

TEMA DE TESIS PROPUESTO:

**“ANÁLISIS JURÍDICO DE LA LEY PARA PREVENIR
Y SANCIONAR LA TORTURA, VIGENTE EN EL
ESTADO DE MEXICO.”**

**LIC. MARISELA RODRÍGUEZ PACHECO.
ASESOR**



Universidad Nacional
Autónoma de México



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 esta 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.

Agradecimientos:

Quiero agradecer a Dios (Lo más grande de la vida), por permitirme realizar todos y cada uno de mis sueños, “GRACIAS SEÑOR”.

Agradezco a mi Alma Mater: “La Universidad Nacional Autónoma de México”, a la Facultad de Estudios Superiores campus “Acatlan”, por la oportunidad de haber realizado los estudios dentro de sus aulas, a mis profesores por transmitir sus conocimientos y a mis compañeros de clase.

Este trabajo es un agradecimiento a mis padres: Manuel Martínez Ramírez y María Alma Dávila Guevara, por su inmenso amor, sus consejos, la confianza y el apoyo incondicional, Para Ustedes. GRACIAS. LOS AMO.

GRACIAS a mis hermanos: Héctor Manuel y Alma Eugenia Martínez Dávila, por su amor, apoyo, consejos y su confianza.

Agradezco a mis sobrinos que los amo muchísimo: Héctor Adrian y Paulina Martínez Martínez, Mónica Adamaris y David Enrique Palma Martínez, espero que el presente sea una inspiración en la realización de sus grandes sueños.

Gracias a mis cuñados: Corina y Enrique por su amor y apoyo.

Gracias a mis tíos Graciela Dávila Guevara y Miguel Soriano Morales, por su inmenso amor, su apoyo incondicional, sus consejos, su confianza, los amo. Esto es para Ustedes. GRACIAS.

Quiero Agradecer a mis Tíos, primos y sobrinos de las familias: Dávila Guevara, Dávila Díaz, Dávila Rodríguez, Gallardo Dávila, Dávila Camacho y Granados Dávila, por su amor y apoyo. A mis Tías: Nora y Santa Dávila Guevara, así como a mi tía Julieta Rodríguez Altamirano. GRACIAS.

Igualmente Agradezco a mi Abuelito Cirilo Martínez Hernández, a mis Tíos, primos y sobrinos de las familias: Martínez Ramírez, Martínez Torres, Neave Martínez, Arteaga Martínez, Martínez Castañeda, Segovia Martínez y Espinoza Martínez por su amor y apoyo.

Gracias a mis primos: Manuel Dávila Díaz, Carlos Reynaldo Dávila Rodríguez, Sergio Ernesto Granados Dávila, Sandra Leticia y Oscar Gallardo Dávila, Alfonso Dávila Rodríguez y Nora Angélica Dávila Díaz, por su inmenso amor y apoyo.

Agradezco a mi primo el Ing. Servando Martínez Castañeda, por su apoyo moral, económico, gracias por tus consejos, tus pláticas, la inspiración y motivación hacia mi persona. Por ser el amigo, GRACIAS. Igualmente agradezco a su esposa la señora Juana Carrera Corte, por su apoyo, a la familia Martínez Carrera. “Dios Los Bendiga”. GRACIAS.

GRACIAS a la empresa Constructora Siglo 2001, S.A. de C.V. por su apoyo total, por ser “La gran empresa que inspira a trabajar con los Grandes”. GRACIAS

Un agradecimiento al Contador Alejandro León Orea, por ser el amigo, por su apoyo, consejos, su guía, sus platicas y orientación. Gracias.

Agradezco a mis Grandes Amigos: Los Abogados Lic. José de Jesús Aguiñaga Jaime, Belem González Pichardo, Sonia Lilia Nájera Pérez, Joaquín Hernández Pérez, Gerardo Nopaltitla Chillopa, Roberto Díaz Castro, Santiago Miguel Álvarez Balderas, María Salome López Rodríguez, igualmente mi agradecimiento a una gran amiga y persona la Lic. Marisela Rodríguez Pacheco, mi asesora en el presente trabajo. GRACIAS.

Por ultimo mi más grande agradecimiento a las Instituciones: Procuraduría General de Justicia del Estado de México, Subprocuraduría de Tlalnepantla; a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Novena Agencia Investigadora del Ministerio Público y a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, Servicio de Administración Tributaria, Administración Local Jurídica de Naucalpan, Subadministración de Notificación y Cobranza. GRACIAS°

CAPITULADO

INTRODUCCION.

I. CAPITULO PRIMERO

1.- REFERENCIAS HISTORICAS SOBRE LA TORTURA.	1
1.1 PERIODO DE LA VENGANZA PRIVADA.	2
a) El pueblo de China;	4
b) Los pueblos de Oriente Medio;	4
c) El Derecho Griego;	5
d) El Derecho Romano;	7
e) Los pueblos Bárbaros.	11
1.2 PERIODO DE LA VENGANZA DIVINA.	13
a) El Derecho Canónico.	13
1.3 PERIODO DE LA VENGANZA PÚBLICA.	28
a) Las Legislaciones Laicas en Europa Continental;	29
b) La Tortura durante los siglos XIII a XVIII, en Algunos países europeos;	34
1.4 PERIODO HUMANITARIO.	37
a) la abolición de la Tortura.	39
1.5 PERIODO CIENTÍFICO.	40
1.6. HISTORIA Y GENERALIDADES EN MATERIA DE LEGISLACION DE LA TORTURA EN MÉXICO.	43
a) El Derecho Penal Precortesiano;	43
b) El Derecho Colonial;	46
c) El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México.	48
d) Época Independiente;	51
e) Época Pos Revolucionaria;	54
1.6.1 Referencias Históricas en Leyes Penales que fueron Vigentes en el Estado de México.	57

II. CAPITULO SEGUNDO

2.- EL SISTEMA DE DEFENSA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO CONTRA LA TORTURA. 72

2.1 LAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN MATERIA PENAL CONTEMPLADAS EN LA CONSTITUCIÓN CONTRA LA PRÁCTICA DE LA TORTURA.75

2.1.1 Las Garantías consagradas en el artículo 19 Constitucional; 76

2.1.2 Las Garantías consagradas en el artículo 20 Constitucional;

a) La garantía de No Auto incriminarse (fracción II);.77

b) La garantía de Defensa (Fracción IX);. 92

2.1.3 Las Garantías consagradas en el artículo 22 Constitucional;. . . . 101

2.1.4 Las Garantías durante la Averiguación Previa.102

2.2 LOS INSTRUMENTOS JURIDICOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE PROMOCION Y PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CONTRA DE LA TORTURA.

2.2.1 Las Garantías Consagradas en los Tratados Internacionales;

a) Los Tratados Internacionales y las Garantías del Proceso Penal. . . . 106

2.3.-LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA. 124

2.4.- LAS LEYES ESPECIALES ESTATALES CONTRA LA TORTURA VIGENTES.132

2.5.- LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS Y SU ACTUACION EN EL AMBITO FEDERAL, ESTATAL Y MUNICIPAL. 133

2.5.1.- Las Comisiones Locales de Derechos Humanos;.139

2.5.2.- El Municipio y los Derechos Humanos; 142

2.5.3.- La Creación de la Comisión de Derechos Humanos en el Estado de México. 143

III. CAPITULO TERCERO.

3.- EL DELITO DE TORTURA.

3.1.- EL CONCEPTO DE DELITO.....	146
3.1.1.- El Delito Doloso.	
a) concepto;	154
b) elementos;	157
c) tipos.	158
3.1.2.- El Delito Culposos.	
a) concepto;	164
b) elementos;	166
c) clasificación.	166
3.1.3.- Los Delitos de Omisión y Comisión por Omisión.	168
3.1.4.- Causas Excluyentes de Responsabilidad.	171
a) la Antijuridicidad y su ausencia;	173
b) Causas de Exclusión del Delito (Causas de Justificación);	174
c) Las Excusas Absolutorias.	193
3.2.- EL DELITO DE TORTURA.	
3.2.1.- El Tipo Penal.	
a) Concepto;	197
b) El Cuerpo del Delito (Los Elementos del Tipo).	201
3.2.2.- Sujetos	
1.- Sujeto Activo.	
a) El Autor Material (El Servidor Público);	220
b) Un Tercero.	225
2.- Sujeto Pasivo.	228
3.2.3.- Orden Jerárquica y Circunstancias Excepcionales.	231
3.2.4.- Medios Comisivos (La Actividad).	234
3.3.- DENUNCIA.	246

3.4.- RECONOCIMIENTO MEDICO.	246
3.4.1.- La Tortura y su Prueba.	249
a) La Utilización de un Dictamen Médico-Psicológico-Especializado Para posibles casos de tortura.	251
3.5.- ¿PRESUNCIONES DE TORTURA?	258
3.6.-ORDENAMIENTOS DE APLICACIÓN SUPLETORIA.	258
3.7.- PUNIBILIDAD	
3.7.1.- Sanción Penal:	
a) Privativa de Libertad (Prisión);	259
b) Sanción Pecuniaria:	
1.- Multa;	262
2.- Reparación del Daño.	262
3.7.2.- Sanción Administrativa.	266
a) Destitución;	269
b) Inhabilitación.	269
3.8.- CONCURSO DE DELITOS.	
3.8.1.- Concepto.	271
3.8.2.- Clases de Concurso de Delitos:	274
a) Ideal o formal;	274
b) Real o material;	275
c) Delito Continuo.	276
3.9.- CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y LOS PRINCIPIOS QUE LO SOLUCIONAN.	277

IV. CAPITULO CUARTO

4.- ANALISIS DE LAS NORMAS Y TEXTO VIGENTE DE LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE MÉXICO.

4.1.- AMBITO DE APLICACIÓN.	279
4.2.- EL CUERPO DEL DELITO (TIPO PENAL) DE LA TORTURA.	280

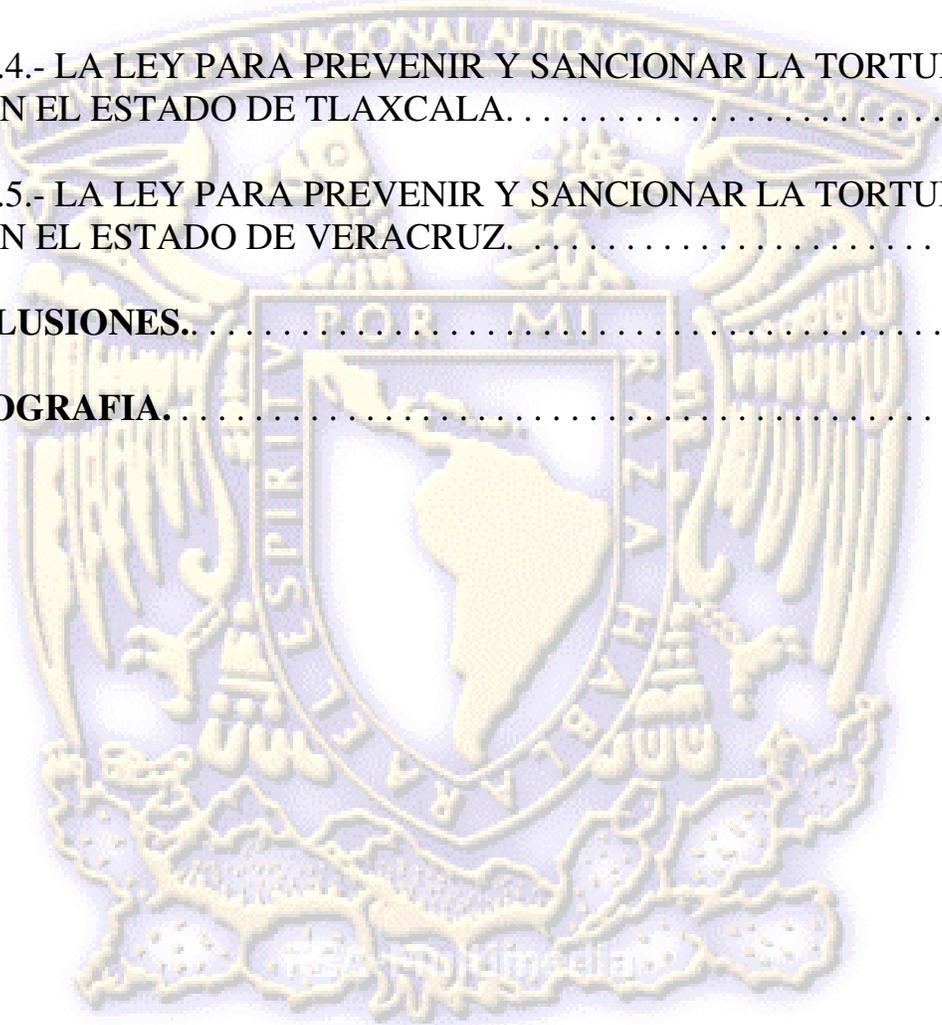
4.2.1 Elementos;	280
4.2.2 Sujeto Activo;	
a) El Servidor Público (El Autor Material);	289
b) El Tercero.	293
4.2.3 Sujeto Pasivo.	295
4.2.4 Carácter de los Dolores o Sufrimientos;	298
4.2.5 Finalidades;	300
4.2.6 Molestias o Penalidades Excluidas.	301
4.3.-ORDEN JERARQUICA Y CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES.	302
4.4.- SANCIONES.	
4.4.1.- Sanción Penal;	304
a) Privativa de Libertad (Prisión).	304
b) Sanción Pecuniaria:	
1) Multa;	305
2) Reparación del daño.	306
4.4.2.- Sanción Administrativa:	310
a) Destitución;	311
b) Inhabilitación.	312
4.5.-DENUNCIA.	313
4.6.- RECONOCIMIENTO MEDICO.	314
4.6.1.- La Tortura y su Prueba..	316
a) La utilización de un Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de tortura.	319
4.7.- ¿PRESUNCIONES DE TORTURA?;	327
4.8.-ORDENAMIENTOS DE APLICACIÓN SUPLETORIA;	327

V. CAPITULO QUINTO

5.- EL DELITO DE TORTURA EN RELACION CON EL DERECHO COMPARADO.

5.1.- LA TORTURA EN EL DERECHO ESPAÑOL.	328
---	-----

5.2.- LA TORTURA EN EL DERECHO ARGENTINO.	351
5.3.- LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.	376
5.4.- LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE TLAXCALA.	378
5.5.- LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE VERACRUZ.	382
CONCLUSIONES.	
BIBLIOGRAFIA.	



INTRODUCCION:

La tortura a lo largo de la vida del hombre siempre ha sido un tema polémico debido al abuso del hombre por el hombre, hoy se encuentra formal y legalmente rechazada, así como castigada su práctica en la mayoría de los países del mundo. Recordemos que en los primeros periodos del derecho penal no siempre fue repudiada o castigada, inclusive estaba reconocida.

El presente estudio profundizara sus orígenes en la historia del hombre como en nuestro país, los diversos instrumentos jurídicos internacionales que surgieron como un gran avance de los países del mundo a fin de repudiar y castigar el empleo de la tortura, los suscritos por México con plena vigencia y aplicación, y a través de los cuales se da el surgimiento de las primeras leyes en contra de la práctica de la tortura en el país como en el caso de la “Ley para prevenir y sancionar la Tortura en el Estado de México”.

Una vez lo anterior, se realiza primeramente un análisis del delito en sus partes, con el correspondiente estudio del ilícito de tortura a través de la Ley Federal y posteriormente su adecuado examen con la ley reglamentaria en el Estado de México, para posteriormente llevar a cabo una exposición comparativa entre diversas leyes reglamentarias nacionales, así como las disposiciones en contra de la tortura en España y Argentina.

I. CAPITULO PRIMERO.

1.- REFERENCIAS HISTORICAS SOBRE LA TORTURA

No es posible rastrear el origen de la tortura, Pietro Verri, afirma que: “el origen de una invención tan feroz sobrepasa los confines de la erudición y, verosímilmente, la tortura será tan antigua cuanto lo es, en el hombre, el sentido de dominar con despotismo a otros hombres, cuanto lo es, que el poder no esté siempre acompañado de las luces y de la virtud, y cuanto lo es, en el hombre armado de fuerza prepotente, el instinto de extender sus acciones a medida más bien de sus posibilidades que de la razón.”¹

Muchos han sido los motivos del tormento en la historia de las ideas y de las prácticas punitivas. Diversas han sido las explicaciones y hasta las justificaciones, no ignorando que existen factores concretos, específicos, que en ciertos tiempos y lugares, determinan y justifican el empleo de la tortura en el sistema punitivo.

La tortura, hoy formal y legalmente rechazada, así como castigada en muchos países del mundo, se propuso y aplicó con amparo legal en otros tiempos o épocas, no siempre fue repudiada, ni considerada delictiva, salvo, cuando se la imponía sin autorización o incurriendo en extralimitaciones; fue adquiriendo mayor o menor importancia según el sistema procesal en vigor en cada uno de los lugares o países donde se aplicaba, así, se podrá comprender aún más, el porque las leyes regularon su práctica y fuese incluso una institución judicial. Fue una práctica inquisitiva común el torturar al procesado para obtener la declaración requerida.

Se considera, el deber de estudiar el desarrollo de la misma, a través, de los diversos periodos del derecho penal. El autor Dr. Raúl Carranca y Rivas señala los siguientes: 1) Periodo de la Venganza Privada (Individual y familiar; con sus limitaciones: el talión y la composición pecuniaria); 2) Periodo de la Venganza Divina; 3) Periodo de la Venganza Pública (en el que Florián destaca el elemento religioso, el político o guerrero, y los periodos intimidatorio,

¹ Pietro Verri. Nació en Milán el 12 de diciembre de 1728 y murió en la misma ciudad el 28 de junio de 1797. Entre 1776 y 1777 escribió sus “Osservazioni sulla tortura”, las que fueron publicadas en 1804, después de su muerte. “Se basaron sus materiales recogidos por el mismo Pietro en 1764, y consultados ciertamente por Beccaria mientras escribía” su renombrado libro “Dei delitti e delle pene”, expresa Piero Calamandrei en el prefacio a su edición de este último libro, Florencia, 1945, citado por Félix Reinaldi, Víctor, “El Delito de Tortura”, Editorial Depalma, Argentina, 1986, pág. 3.

correctivo o humanitario y científico); 4) Periodo Humanitario; hay quienes señalan una quinta etapa correspondiente a los últimos tiempos, por considerar que presenta perfiles y caracteres propios.

El Dr. Fernando Castellanos Tena, los divide de la siguiente manera: 1) Periodo Consuetudinario de Reparación (hasta la edad media); 2) Periodo de expiación o intimidación (Hasta el renacimiento); 3) Periodo Humanitario (Siglo XVIII y parte del XIX); 4) Periodo Científico (Contemporáneo). El Dr. Eugenio Cuello Calón divide los periodos en: 1) Venganza Privada; 2) Venganza Divina; 3) Venganza Pública; 4) Períodos: Humanitario y Científico; La distinción de Carrara advertía diferentes períodos: teológico, metafísico y matemático.

Esta distinción en periodos, no quiere decir que cada uno sea totalmente diferente de los otros, lo más probable, es que todos tengan influencias mutuas, máxime los primeros.

En la humanidad primitiva, la aproximación y convivencia produjo, no obstante, choques y pugnas que culminaron con el predominio del más fuerte y luego del que además, fuera más inteligente o astuto. Sobre la fuerza, la inteligencia y la astucia, vinieron por último los intereses generales creando formulas de derecho, de paz jurídica, para regular los intereses de todos y hacer posible la convivencia social de unos y otros, Y como la función crea al órgano, así las penas fueron creando el derecho penal. Es por ello que a lo largo del tiempo, la función represiva se ha orientado hacia diversas rutas, según los distintos pueblos.

Una vez lo anterior, los periodos del Derecho Penal en que se divide el presente estudio son los siguientes:

1.1.- Periodo de la Venganza Privada.

Las penas primitivas fueron, primero, la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes, vida e integridad corporal. En el interés de los propios hombres estuvo después, reaccionar contra la trasgresión de las normas de convivencia común, castigando al que hubiere atentado contra los intereses de cada uno, de aquí el carácter social de la venganza. Todo cuanto offendía, cuanto atentaba - mundo racional o irracional - contra los bienes de los hombres debía ser castigado.

A esta etapa, suele llamársele también “venganza de la sangre o época bárbara”, es el primer periodo de formación del derecho penal, fue el impulso de la defensa o de la venganza “la ratio essendi” de todas las actividades provocadas por un ataque injusto, por la falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, familia y grupo se protege y se hace justicia por sí mismo.

En este periodo, la función represiva o punitiva, estaba en manos de los particulares. La primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal, debió ser por la naturaleza misma de las cosas, “la venganza”. Pero no toda venganza puede estimarse como antecedente de la representación penal moderna; solo tiene relevancia, como equivalente de la pena actual, la actividad vengadora que contaba con el apoyo de la colectividad misma (autorización), mediante la ayuda material y el respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole su derecho a ejercitarla.

Señala el profesor Fernando Castellanos Tena: “A este periodo se le conoce como de “la venganza de sangre“, porque, se origino por el homicidio y las lesiones causadas, delitos por su naturaleza denominados de sangre. Entre los germanos recibió el nombre de “blutrache”. Como en ocasiones los vengadores, al ejercitar su reacción (a través de un derecho reconocido), se excedían causando males mucho mayores que los recibidos, hubo necesidad de limitar la venganza y así apareció la formula del talión “ojo por ojo y diente por diente”, para significar que “el grupo solo reconocía (autorizaba) al ofendido el derecho de causar un mal de igual intensidad al sufrido”. Este sistema talional supone la existencia de un poder moderador y en consecuencia, envuelve ya un desarrollo considerable del derecho penal y la actividad punitiva”.²

Además de la limitación talionaria, surgió más tarde el sistema de composición, según el cual, el ofensor podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza.

La ofensa vindicatoria pasa a ser limitada solo para los propios; pero ilimitada para los demás, su primera limitación como ya fuera señalada anteriormente: el talión - de “talis“, el mismo o semejante: “ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura”-, acoto la venganza con sentido humanitario hasta la dimensión exacta de la ofensa. Otra limitación: la composición o rescate del

² Castellanos Tena, Fernando, “Lineamientos elementales del Derecho Penal”, Editorial Porrúa, S.A., México, 2007, Pág. 32.

derecho de venganza por medio del pago hecho por el ofensor, en animales, armas o dinero, humanizo igualmente y dentro de un progreso todavía mayor, las proyecciones y fin último de la venganza privada.

En la composición se distinguen dos momentos: el primero, ocurrido el delito, ofendido y ofensor transan mediante pago hecho por el segundo, en el segundo, el grupo exige la composición; es por ello, que la multa en beneficio del estado es una supervivencia evolucionada de la primitiva composición. En este periodo se cree que la tortura se empleó, desde sus comienzos, como medio de investigar la verdad de lo acontecido, lo que llevó a definirla como “inquisitio veritatis per tormenta”.

A continuación, se ejemplifican algunas formas de desarrollo de la práctica de la tortura en los primeros pueblos y culturas de la humanidad, como son:

a) El pueblo de China.

Basta con citar el libro de las Cinco Penas Chinas del Emperador Seinu, que contenía los principios rectores de su derecho penal. Estas penas eran: “amputación de la nariz, amputación de las orejas, obturación de los orificios del cuerpo, incisiones en los ojos y la muerte”. Este libro de las cinco penas, mantuvo su vigencia durante las distintas dinastías del imperio (aproximadamente unos dos mil años antes de Cristo) y llena toda la primera etapa evolutiva de la normatividad punitiva de este pueblo de Oriente. En una segunda etapa se agregan a los anteriores “la ceguera y la mutilación de los órganos sexuales”.

b) Los Pueblos del Oriente Medio.

Todos los pueblos de la antigüedad utilizaron el tormento como medio de arrancar las confesiones, la más antigua Codificación, el Código de Hamurabi, “el Carlo Magno Babilónico”, que data del siglo XXIII AC, y en él se encuentra la base de la venganza privada, bajo la normatividad de “ley del talión”, otorgaba ciertas garantías procesales y establecía lo siguiente: “Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el suyo; Art. 197.- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo”.

En el pueblo hebreo, los delitos deben ser probados mediante testigos, sin exigir la

confesión del inculpaado, aunque existen sus excepciones, lo anterior con motivo de que su derecho penal esta contenido en el Pentateuco mosaico (siglo XIV A.C.), que revela en numerosos puntos la influencia babilónica (Éxodo XXI 12, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 29, 30 ; XXII 10, 11, 17, 18; Levítico XXIV 16, 17, 18, 19, 20, 21). Donde se establece la composición y el tali3n. Un ejemplo de lo anterior, lo es el Levítico XXIV: “19 -Si alguno causa una lesi3n a su pr3ximo, como el hizo, as3 se le har3; 20 -fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente, se le har3 la misma lesi3n que el haya causado a otro”.³

En el Antiguo Egipto, una de sus leyes manifestaba: “no mat3is si no quer3is ser muerto: el que mate sea muerto”. El tali3n no se encuentra en el Manava Drama Sastra o Leyes de Manu, el C3digo Hind3 (siglo XI A.C.); pero s3 la venganza Divina, tampoco se encuentra el tali3n en el Zend Avesta Persa (siglo XI A.C.); Los cartaginenses torturaron, pero no lo hicieron con aquella generalizada finalidad, sino para aumentar el sufrimiento de los condenados a muerte.

c) El Derecho Griego.

El proceso penal ateniense se caracterizaba por la participaci3n directa de los ciudadanos en el ejercicio de la acusaci3n y de la jurisdicci3n, as3 como la correlativa pasividad del Estado en la Administraci3n de justicia. “Se aplicaba la tortura, pero s3lo a los esclavos, porque se consideraba que el dolor sustitu3a en 3stos el juramento que prestaban sus se3ores para dar credibilidad a sus declaraciones. Consecuentemente, no estaba permitido torturar a los hombres libres, salvo que fuesen extranjeros o meteco. El debate que preced3a a la sentencia era oral y en p3blico y la tortura tambi3n se realizaba en p3blico, no alcanzando la crueldad que tuvo en otros pueblos”.⁴

Los fil3sofos, principalmente Plat3n y Arist3teles, penetraron hasta el fin cient3fico de la pena, anticip3ndose a la moderna penolog3a; as3 Plat3n sent3: “que si el Delito es una enfermedad,

³ “Gran Biblia de Jerusal3n Ilustrada, Antiguo y Nuevo Testamento”, coordinadora de edici3n Maya Ramos Smith, Novena Edici3n, Volumen I, Promociones Editoriales Mexicanas, S.A. de CV., M3xico, 1980, P3g. 216.

⁴ Arist3fanes, en un pasaje de las ranas, enumera distintas clases de torturas entonces aplicadas. Lo hace en el di3logo que mantienen Xant3as y Eaco. Dice el primero: “Apod3rate de ese esclavo; som3telo a tormento”. Eaco: ¿A qu3 tormento lo someter3? Xant3as: “a todos: 3tale a una escalera, dale palos, 3chale vinagre en la nariz, c3rgale de ladrillos; en fin, emplea todos los medios, menos el de azotarle con ajos o puerros verdes. Lo cito F3lix Reinald3, V3ctor. Ob. cit. P3g. 5

la pena, es una medicina del alma”, y Aristóteles que: “el dolor infligido por la pena debe ser tal, que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada”, con lo que se anticipo al correccionalismo.

En el capítulo IV de su Retórica, Aristóteles ofrece una lista de cinco pruebas “extrínsecas” utilizables en un proceso legal: las leyes, los testigos, los pactos, la tortura y los juramentos. A la tortura sólo podían ser sometidos los esclavos y en ciertas circunstancias los extranjeros. “La tortura es una especie de testimonio. Parece llevar en sí la convicción, puesto que se añade a ella una coacción. Cuando las torturas no son favorables, es ocasión de insistir sobre el punto de que son los únicos testigos verdaderos. Si están en contra nuestra, o a favor del adversario, se podrá destruir su carácter verídico alegando en contra del principio mismo de la tortura”. La inquisición habría de tomar buena cuenta el pensamiento de Aristóteles. Es señalado igualmente: “La evidencia aportada por un pariente se aceptaba si era perjudicial, pero nunca si era favorable (al reo) escribe Turberville en su estudio sobre la Inquisición Española: Criminales, excomulgados, toda suerte de personas indeseables, eran oídas libremente contra el detenido, pero los judíos, moros y criados del reo, aunque tuviesen la reputación más digna, nunca podían atestiguar por él”.⁵

Daniel Suerio señala: “... Muy cuerdamente amonesta Platón que no ha de omitirse tentativa alguna y, como dicen, dejar piedra sin remover, antes de que se llegue a la pena capital. Antes que nada con razones para que nadie delinca, después con el temor de Dios, que no dejar sin castigo ninguna cosa mal hecha y, por fin, con la amenaza del suplicio. Si con todo esto no se consigue nada, se debe acudir al castigo, pero leve, que remedie el mal, pero que no suprima al hombre...”; Por lo que toca al otro linaje de pena que él (Platón) llama escarmiento, “muy raras veces ha de llegarse a él y no tanto se debe encaminar a que con la monstruosidad de la pena, por terror, la rehuyan los demás, como por su novedad. No hay suplicio, por horrendo que sea, que no deje de causar impresión si se abusa de su frecuencia. Y tampoco hay cosa más inútil, sí los ciudadanos se habitúan a los castigos. . , así como el ánimo del príncipe, la ley también debe ser más propensa al perdón que al castigo, porque, en el caso de que el criminal se haya librado del castigo, indebidamente se le puede reclamar de nuevo para la debida sanción, siendo así, que al

⁵ Suerio, Daniel, “El Arte de Matar”, Editorial Alfaguara, S. L., España, 1968, pág. 45.

condenado con injusticia no se le puede hacer reparación equivalente. Y aun cuando éste no pereció, ¿quién es capaz de ponderar en su justa proporción el sufrimiento ajeno? . . . Platón quiere que los que deben velar por la moral pública sean incorruptibles. Y el buen príncipe, contra nadie debe ejecutar tanta severidad como contra aquellos que administran las leyes con criterio de corrupción... Dice Platón que no puede existir enemigo más nefasto para la patria como el que sujeta al capricho del hombre las leyes que tantísima valía tienen en el gobierno de un buen príncipe”.⁶

d) El Derecho Romano.

La “gens” absorbe la defensa-ofensa, para adoptar formas históricamente superiores: privación de la paz y persecución, el hombre, reforzado en su “gens” hace suyo el derecho a la venganza, se siente ya ligado al grupo: no está solo, cuenta ahora con su derecho a ser protegido y vengado; correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y de someterse.

En la Roma antigua, “Poena” significaba tanto como composición: “Poena est noxae vindicta” (Digesto, fracción 133). En la Ley de las XII tablas (451- 449 AC) se ven consagradas la venganza privada, mediante: el talión y la composición. “Si membrum rupit ni cum eo pacit, talio esto” (VII). “Por la fractura de un hueso o de un diente a un hombre libre, pena de trescientos ases”, “Si injuriam faxit alteri viginti quinque aeris poenae sunt (VIII)”.

Además: “Bajo la Monarquía y la República rigió el proceso de tipo acusatorio, y la tortura, como en Grecia, no se aplicaba más que a los esclavos y la justificaban las mismas razones, o sea, la imposibilidad de apelar al sentido moral y cívico de aquellos. Se le daba el nombre de “questio” y el ciudadano permanecía inmune a ella, aunque se estuviera ante un peligro nacional. No así los extranjeros, toda vez que las confesiones de estos y de los esclavos carecían de valor legal si no se habían hecho bajo la acción de la tortura, como hoy carecen de él las declaraciones testimoniales recibidas sin la protesta a conducirse con la verdad, bajo el apercibimiento de incurrir en delito; así como carecen de valor legal las declaraciones que se vierten bajo el sometimiento de la tortura, es decir, arrancadas bajo su utilización por parte de servidores públicos; en esa época, las había de dos clases: pública y privada. La primera tenía lugar

⁶ Carrillo Prieto Ignacio, cita la obra de Erasmo: “Educación del Príncipe Cristiano “dentro de su libro: “Arcana Imperii, Apuntes sobre la Tortura”, Editorial Inacipe, Segunda Edición, México 2002, Pág. 12.

bajo la dirección del “quaestior” y era ejecutada por el “tortor”.⁷ Lo anterior, en la casa del dueño de los esclavos a torturar y en presencia de las partes y de siete testigos. La privada fue utilizada por los dueños de los esclavos en asuntos domésticos, especialmente durante la República, suprimiéndola en la época del Imperio.

Como fue mencionado: “en la antigua ley romana, como en la ley griega, únicamente los esclavos podían ser torturados, y sólo si habían sido acusados de un delito. Posteriormente, también se permitió torturarlos como testigos, pero con rigurosas restricciones, Los hombres libres, por su parte, que originalmente estaban a salvo de la tortura, cayeron bajo sus fauces en casos de traición durante el Imperio, y después en un abanico cada vez más amplio de hipótesis establecidas por orden imperial, como la lasciva antinatural y el adulterio”.⁸

En el Alto Imperio el proceso romano sufrió una profunda alteración. Aunque el debate siguió siendo oral y público, la instrucción preliminar fue encargada a los jueces y se efectuó por escrito y secretamente, lo que marca el comienzo del sistema inquisitivo. Se sometió, entonces, a tormento, a los acusados del “crimen majestatis”, aunque fuesen libres de nacimiento. La lex Iulia Majestatis (Digesto, XVIII, 4) lo establece como regla general. Fue la consecuencia de considerar al crimen de Estado o político, como un sacrilegio, frente al cual no se podía conceder ninguna garantía, ni ponerse límites al castigo.

Además: “En el Bajo Imperio, la tortura fue ya aplicada por igual a todo acusado por cualquier delito. Es por eso que el edicto de Caracalla - dado en el año 212 D.C.- por el cual se extendió la ciudadanía romana (se otorga la ciudadanía romana a todos los habitantes libres del Imperio, mediante la Constitución Antoniniana) sirvió solo para someter a tormentos a un mayor número de personas”.⁹

Septimio Severo la autorizó para los testigos. Desde Constantino, los testigos libres de más baja condición se asimilaban a los esclavos y se los podía atormentar, cualquiera que fuese el

⁷ Vincenzo Manzini en su Código Teodosiano, 9, 12, 1, “Tratado de derecho procesal penal”, lo cito Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit. pág. 6.

⁸ De la Barreda Solórzano, Luís, “La Lid contra la Tortura”, Editorial Cal y arena, México, 1995, Pág. 49.

⁹ Morineau Iduarte, Marta y otro, “Derecho Romano”, Editorial Harla Oxford, S.A., Cuarta Edición, México, 2007, Pág. 245.

delito. Pero en los procesos de lesa majestad, desde antes, todo testigo podía ser sometido a la tortura, sin que importara su condición.

Cicerón, abogando en favor de quien había resultado acusado por las manifestaciones arrancadas mediante el dolor a un esclavo, al que después se le cortó la lengua y luego se lo crucificó, expresó la indignación que le causaban esos acusadores que, con su comportamiento, demostraron que no perseguían la verdad por la tortura, sino convalidar una mentira. Y demostró que no creía en su utilidad para alcanzar la verdad en su “Oratio pro Lucio Cornelio Sylla” en la cual señala que: “la tortura es dominada por el sufrimiento, gobernada por la complejión de cada uno, así del ánimo como de los miembros..., la corrompe la esperanza, la debilita el temor, de suerte que en medio de tantas angustias no queda ningún lugar para la verdad”.¹⁰

Séneca reprochó a Calígula el haber hecho padecer en el tormento a Sexto Papinio y a su pretor Betiliano Basso, pero lo hizo, no por que repudiara la crueldad de la tortura, sino porque ese acto obedeció solo a un capricho del emperador. El tampoco creía que fuera un medio infalible de obtener la verdad. Lo pone de manifiesto al afirmar: “Etiam innocentes cogit mentiri”, lo que es verdad, por que: “el dolor hasta a los inocentes obliga a mentir”.

Quintiliano, el más importante retórico romano, nacido en España al igual que Séneca y que vivió, como éste, en el siglo I de la era cristiana, dice, coincidiendo con él: “que para algunos, la tortura era un medio de descubrir la verdad; pero, para otros, era causa de declaraciones falsas, porque mienten quienes la resisten callando y mienten los débiles que hablan a la fuerza”.¹¹

Tertuliano objeto su aplicación a los cristianos en “El Apologético”, pero porque, no se los atormentaba para obtener una confesión, como en los demás casos, sino, para que renegaran de la fe que habían abrazado y porque, cuando ello ocurría, a diferencia, también, de los otros casos, rápidamente la aceptaban como sincera haciendo cesar el tormento. “torquemur confitentes!

¹⁰ “Illa tormenta moderatur dolor, gubernat natura cuiusque tum animi, tum corporis, regit quaesitor, flectit livedo, corrumpit spes, infirmat metus ut in tot rerum angustiis nihil veritati locus relinquatur” la cita la hace Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit, pág. 8.

¹¹ “Sicut in tormentis, qui est locus frequentissimus, cum pars altera quaestionem vera fatendi necessitatem vocet, altera saepe etiam causam falsa dicendi, quod aliis patientia facile mendacium faciat, aliis infirmitas necessarium” Institutiones oratoriae, Ídem.

Absolvimur negantes!” exclamó, denunciando esas inconsecuencias.

Ulpiano advirtió, “sin rechazarle toda confianza” a la tortura, que no es posible dar siempre credibilidad a las declaraciones hechas por medios torturadores por que: “son poco seguros, así como peligrosos”, y porque: “traicionan la verdad, pues algunos hombres están endurecidos al castigo y desprecian el dolor hasta el punto de no poder sacarse nada de ellos, en tanto otros prefieren cualquier mentira antes de soportar el dolor”. Esta opinión fue expuesta en “De officio proconsulis”, que constituyó la parte más interesante del libro XLVIII del Digesto de Justiniano titulado “De quaestionibus”, en el cual se autoriza la tortura, se fijan las limitaciones y se previene de sus peligros en sus fines probatorios.

Según las reglas contenidas en el citado libro del Digesto, el tormento se aplicaba para esclarecer los delitos. Se debía recurrir a él sólo cuando recaían sobre el acusado vehementes sospechas y se hubieran agotado todos los recursos.

Las constituciones de los emperadores establecieron que la forma de aplicar la tortura quedaba al prudente arbitrio de los jueces (Ulpiano, D. 1, 48, 18, 7). Se limitó la aplicación de la tortura a los esclavos en los asuntos contra sus dueños para casos de adulterio, de fraude cometido en el censo o del delito de lesa majestad; se eximió de la tortura a los militares como a los hijos de éstos, así como a los veteranos, asimismo, a los descendientes de los varones ilustres hasta sus biznietos, siempre que no hubiera ninguna mancha sobre su honor. Por fin, se estableció el orden a seguir para recibir confesión o declaración a los esclavos.

Constantino fue el primer emperador que prohibió marcar a la gente en el rostro: “a fin de que el rostro del hombre, que es la imagen de la hermosura celeste, no sea deshonrado, indicando que se marcara en la mano, la pierna, etc.”¹²

La tortura romana esta en la parte “De quaestionibus” del Digesto de Justiniano (inspirado a su vez en “De officio proconsulis” de Ulpiano). “Libri terribiles” será la denominación medieval a esta funesta herencia del derecho romano, según Chénon.

¹² Suerio, Daniel, Ob. cit. Pág. 94.

En tiempo de Trajano se extendió todavía más este procedimiento, y en semejantes casos de asesinato, aún los libertos manumitidos en vida del testador eran sometidos al tormento. – Entre el tormento de los acusados criminalmente y el de los testigos no había diferencias jurídicas, y tampoco el juez penal se hallaba muchas veces en disposición de poder establecer una divisoria entre ambos. Además: “Al empleo del tormento únicamente se debía proceder cuando estuviera bien comprobada la existencia del hecho constitutivo del delito; no debía aplicarse tampoco en los casos de delitos de poca importancia, y tampoco, en cuanto fuera posible, al comienzo de la instrucción; tampoco habían de ser sometidos a él las mujeres embarazadas, ni los niños, y en general se debía hacer uso del tormento con moderación. Gracias á estas disposiciones, la mala costumbre de atormentar pudo sufrir restricciones, cuando menos en cierta medida.- Al lado del tormento judicial ordinario, existía – lo mismo que se ha dicho del testimonio – otro tormento extrajudicial, que podía aplicarse con el objeto de que dejase alguna prueba documental acerca del acto de que se tratase y de sus resultados, prueba que luego podía llevarse al juicio, igual que un testimonio escrito”.¹³

d) Los Pueblos Bárbaros.

Con la invasión de los “bárbaros”¹⁴ muchos de los adelantos jurídicos dejaron de utilizarse, se generalizó su costumbre, propia de muchas sociedades primitivas, de determinar la culpabilidad o inocencia del acusado mediante el juramento o los llamados “Juicios de Dios” u “Ordalías”. Se menciona que: “Estos juicios, en los cuales se suplía a la prueba, se realizaban de diversas formas: los del agua hirviente en la cual se sumergía el brazo del acusado y era considerado inocente sí lo sacaba sin lesión, del agua fría, en donde se lo arrojaba y era declarado culpable sí permanecía en la superficie, del fuego o del hierro candente, que demostraban que era inocente la persona, si no se quemaba. Ello explica, que mientras prevalecieron esos “medios probatorios” no se empleara mayormente la tortura (en el sentido arbitrario e injusto con que actualmente se utiliza) - salvo con respecto a los esclavos - por cuanto se podía prescindir de la confesión”.¹⁵

La lex Wisigothorum, reglamentó la tortura y la instituyó para los hombres libres. Esta ley

¹³ Mommsen, Teodoro, “El Derecho Penal Romano”, Editorial Temis, Segunda Edición, Traducción del Alemán por P. Dorado, España, 1940, Pág. 407.

¹⁴ Para los romanos, todo lo que no era puramente romano era bárbaro, como ejemplos: las tribus de los galos, germanos, etc.

¹⁵ Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit, Pág. 10.

estableció tres clases de tortura: la aplicada a un hombre libre, a un emancipado y a un esclavo. El primero de ellos tenía derecho a exigir que la persona acusada por él, fuese asimismo, sometida a tortura, sí era de posición social igual o inferior a la suya. En todo caso, la procedencia de la imposición del tormento se hallaba condicionada, a su vez, por la prueba de la comisión del delito, el cual debía ser de lesa majestad, de alta traición, de homicidio o de adulterio. Los hombres libres inferiores “*liber inferior*” y los más humildes “*liber humilior*” podían ser sometidos a tortura, si se les imputaban otros delitos, siempre que el daño se considerase mayor a quinientos sueldos. La tortura del hombre libre, debía ser presenciada por gentes honestas y no podía exceder de tres días, se debía cuidar de no causar la muerte al torturado, ni afectarle de modo permanente algún miembro de su cuerpo. En caso de morir durante su imposición, el juez era entregado a los parientes del muerto para que se vengaran del mismo modo, salvo que la muerte no hubiera sido intencionalmente causada, sino que hubiera sido el resultado de las propias torturas y bajo juramento, así lo afirmaran el juez y los testigos. En tal caso, aquel debía pagar quinientos sueldos a los herederos del muerto, y si no podía hacerlo, pasaba a ser propiedad de éstos, como esclavo.

La *Lex Wisigothorum* estableció, asimismo, formalidades a las cuales debían ajustarse los pedidos de aplicación de tortura para que fuesen procedentes. Entre ellas, la de que, el acusador a falta de pruebas, debía presentar una declaración detallando todas las circunstancias del delito, firmándola juntamente con tres testigos, la cual debía permanecer secreta, por que, su divulgación obstaculizaba la aplicación de la tortura, si el acusado confesaba el delito y la confesión coincidía con las aseveraciones del acusador, se declaraba culpable. Si no confesaba o no había coincidencia entre la confesión y las declaraciones acusatorias, como quien las había hecho había asumido con ello el compromiso de probar el delito atribuido, era entregado al acusado para que dispusiera de él, sin darle muerte. Así mismo, este, en vez de recibirlo, podía optar por exigir una indemnización, derecho que correspondía a sus herederos si hubiese muerto.

Además: “La “*Lex Francorum Saliorum*” reglamento la tortura aplicada a los esclavos que hubiesen cometido el delito de hurto”.¹⁶ La prueba procesal se finco en el juramento - de distinto valor probatorio según la riqueza agraria - en “el juicio del agua”, el acusado era lanzado a un estanque, probablemente de agua bendita, con pies y manos atadas, era declarado inocente si

¹⁶ Se sometía a tortura si no confesaba, y si lo hacía durante ésta, le correspondía pena de castración.

lograba hundirse derecho, pues el agua aceptaba recibirlo; en el “juicio por el hierro al rojo”, el acusado llevaba empuñado un hierro al rojo vivo y así, recorría cierta distancia, siendo declarada su inocencia por el aspecto de la quemadura al cabo de determinado número de días y en “las ordalías” o lucha entre acusado y acusador, armados ambos de escudo y palo, hasta que alguno demandara gracia.

Posteriormente, para la humanidad, los dioses tomaron la garantía de la defensa, imponiéndose en representación de ellos, el sufrimiento de la pena; el juramento vino a hacer presente al dios en medio de la comunidad como testigo, el incumplimiento de lo prometido habría de ofender e irritar a la divinidad y por ello, en su nombre, la comunidad castigaba. Las reacciones de la ofensa-defensa, pasaron así, a constituir una satisfacción a la divinidad.

1.2.- Periodo de la Venganza Divina.

En este periodo de las ideas penales, conviene puntualizar que muchas de las sociedades antiguas que se sirvieron de la tortura, lo hicieron bajo una visión de realizar el sufrimiento físico para congraciarse con las divinidades, y con la plena conciencia de que se utilizaba legalmente.

En esta etapa evolutiva del derecho penal, la justicia represiva es manejada generalmente por la clase sacerdotal. Aparece en muchísimos pueblos, como el hebreo, pero, por las características propias y los periodos del surgimiento, evolución y desarrollo de dicho pueblo en la historia, pueden revestir características propias de la venganza privada (talión y composición) y de la venganza divina.

Al revestir los pueblos las características de la Organización teocrática, todos los problemas se proyectan hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del estado. Así surge, el Periodo de la Venganza Divina; se estima al delito una de sus causas del descontento de los dioses, por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación.

Ibidem Pág 12.

a) El Derecho Canónico.

El derecho canónico influyó en la humanización de la justicia penal, orientándola hacia la reforma moral del delincuente, la preferencia del perdón sobre la venganza, la rebelión por medio del pecado, en contraposición a la caridad y la fraternidad; la “tregua de dios” y el “derecho de asilo” limitaron la venganza privada, señoreando al estado sobre la comunidad; San Pablo había escrito a los romanos: “coloca la espada de la justicia en manos de la autoridad”. “Ecclesia abhorret a sanguine”: “no ha de derramarse la sangre humana”.

Señala el Maestro Raúl Carranca y Trujillo: “Confundiendo pecado y delito, el Derecho Canónico vio, por ello, en el último, una ofensa a dios; de aquí, surge la venganza divina en sus formas más excesivas de expiación y penitencia y el concepto retributivo de la pena. El delito es pecado, la pena penitencia. (San Agustín, Santo Tomas). Al asumir la iglesia poderes espirituales, en cuanto al procedimiento, fue sustituido el acusatorio por el inquisitorio, considerándose a la confesión como “la reina de las pruebas”, la “regina probatorum”.¹⁷

Este derecho se sustentó, al principio, en el sistema del proceso acusatorio, semejante al secular, porque en los siglos X, XI, XII se consideraba que no era lícito condenar a alguien sin que existiera acusador, en quien pesaba la responsabilidad probatoria. Pero en el siglo XIII, ese criterio fue abandonado, debido a distintas restricciones que el derecho canónico fue haciendo al derecho acusatorio, tales como: la de prohibir hacer acusaciones a los enemigos, a los laicos respecto de los clérigos. A principios de ese siglo, el Papa Inocencio III implantó el sistema del proceso inquisitivo, según el cual se podía proceder sin necesidad de acusador, en nombre de la “publica utilitas”. Preocupados por la defensa de la fe, consideraron que: “la inquisitio est magis favorabilis ad reprimendum delicta quam accusatio...”.¹⁸

La introducción de la tortura en las prácticas legales, en la Europa Occidental, se lleva a cabo a partir del siglo XII. El primero en reglamentar el sistema para procesar fue Bernardo Gui, en el siglo XIII. Tenemos como característica de la Inquisición, que la tortura estaba perfectamente reglamentada y codificada. No así en los tribunales civiles que la han empleado siempre, pero no la

¹⁷ Carranca y Trujillo Raúl, “Derecho Penal Mexicano” Parte General, Editorial Porrúa, S.A. 22ª Edición, México, 2004, Pág. 99.

¹⁸ “La inquisición favorece más que la acusación la represión de los delitos” la cita a sido tomada de Manzini, por Félix Reinaldi Víctor, Ob. cit. Pág. 13.

han reglamentado.

En un inicio, este sistema sólo se aplicaba en casos de delitos cometidos contra la religión o la fe, tales como: la herejía, blasfemia, la apostasía, etc. y fue empleado por un primitivo tipo de tribunal de Inquisición, uno de estos tribunales que comenzó a aplicar el sistema fue el establecido por el papa Inocencio III en Francia, en 1216. En la medida en que es legítimo atribuir el origen de una institución semejante a un hombre y a una fecha determinada, el origen de la Inquisición puede atribuirse al Papa Gregorio IX y al año de 1233, como de su fundación. En los tribunales de nueva creación para el juicio de herejía y otros delitos que implican esta última, la figura central no era la del Obispo, sino la del fraile Inquisidor.

Como “el verdadero objetivo de la batalla era la conciencia del individuo”, así como el delito era su pecado y la sanción su penitencia, “su confesión representa para la Inquisición el precio de la victoria”. Por ello, se procuró obtenerla por cualquier medio, incluso la tortura.

¿Por qué a este tribunal para juzgar la herejía - que propiamente se denomina Santo Oficio - le llamamos Inquisición? ¿Por qué es conocido como Inquisidor el principal oficial que actúa como juez? La respuesta está en que el Inquisidor no era solamente un juez y sus deberes no quedaban encerrados entre las paredes del Tribunal. Era también un investigador, él y sus auxiliares se ocupaban no sólo de enjuiciar al delincuente, sino también de la función policial de llevarlo a los tribunales. La palabra Inquisición está también relacionada con el método con el que se realiza el proceso. El procedimiento normal en los tribunales eclesiásticos ordinarios era, o bien la “denuntiatio” de un eclesiástico o bien la “acusatio” de un individuo particular, que proporcionaba información de su propio conocimiento personal. En el siglo XIII ninguno de estos métodos resultó adecuado para proceder contra la herejía. Los deberes del arcediano (eclesiástico) eran múltiples y no se podía esperar que por su mediación se acusase a un gran número de herejes.

¿Cómo solucionar esta deficiencia? En el Edicto de Verona (1184 D.C.), se ordenó a los obispos que hiciesen visitas periódicas a las parroquias señaladas de herejía, comprendidas en sus diócesis respectivas, y que obligasen a los vecinos de confianza - e incluso a la población entera - a que diesen el nombre de las personas de su trato cuyo modo de vivir difiriese, de manera sospechosa, de los buenos católicos. Este sistema mejoró en 1227 D.C., cuando un concilio

celebrado en Narbona acordó que los obispos debían nombrar en cada una de las parroquias testes sinodales (testigos sinodales), con la obligación de inquirir diligentemente lo relativo a la herejía y dar información a sus obispos. De esta manera se creó una especie de policía extraoficial con el propósito expreso de descubrir a los herejes, y las autoridades obtenían la “diffamatio” de cada localidad contra las personas consideradas como sospechosas por los vecinos. Fundada en la delación, en la denuncia específica en algunos casos, en el mero rumor en otros, la acción del Inquisidor podía seguir su curso. Este proceso de investigación preliminar se conocía técnicamente como la “inquisitio generalis”. A ésta sucedía la “inquisitio specialis” o verdadero juicio de las personas inculadas, y en él aparecía el Inquisidor con la doble calidad de acusador y de Juez, combinación anómala de funciones incompatibles, que respondía al hecho de que el Inquisidor no se consideraba ni como acusador ni como juez, sino simplemente como un Padre confesor que trataba de llevar al arrepentimiento a los equivocados, para imponerles la penitencia adecuada a la falta confesada. La Inquisición española de los últimos tiempos siguió estos métodos de los tribunales medievales, con la excepción de que empleaba un funcionario acusador que presentaba un cargo definido contra el acusado, de manera que la posición del Inquisidor era, en todo caso, ostensiblemente menos ambigua.

Esta – refiriéndose a la tortura - era contraria a la tradición canónica, San Agustín la desaprueba en “De Civitate Dei” con estas palabras: “Mientras se investiga si un hombre es inocente, se le atormenta, y por un delito incierto se le impone un certísimo dolor; no porque se sepa que es delincuente el que lo sufre, sino porque no se sabe si lo es, con lo cual la ignorancia del juez, viene a ser la calamidad del inocente.”¹⁹ El Papa Inocencio IV en el año 1252, dio autorización para aplicarla a los tribunales de la Inquisición, por la bula “Ad stirpanda”, recomendando cuidar de no poner en peligro la vida ni la integridad de los miembros de los torturados. Esta autorización fue confirmada por bulas posteriores, como las de Alejandro IV del 20 de noviembre de 1259 y Clemente IV del 3 de noviembre de 1265. “Esas bulas abrieron un abismo de distancia entre estos pontífices y su predecesor Nicolás I, que había dejado expuesto el pensamiento tradicional de la Iglesia en la carta que en el año 866 dirigió a los búlgaros”.²⁰

¹⁹ De Civitate Dei, Lib. XIX, cap. 6, “Del error en los actos judiciales de los hombres, cuando está oculta la verdad”: “Dum quaeritur utrum sit innocens cruciatur et luit pro incerto scelere certissimas poenas; non quia illud commisisse detegitur, sed quia commisisse nescitur, ac per hoc ignorantia indicis plerumque est calamitas innocentis”, Ibidem pág. 14.

²⁰ “Si un hombre o bandido - decía Nicolás I - es apresado y niega lo que se le imputa, vosotros afirmáis en

Se extendió el sistema a medida que esos tribunales se fueron creando. El Papa Inocencio IV, los estableció en Lombardía, hacia 1250. Más adelante los puso en funcionamiento en Venecia, Toscana, Aragón y en distintos lugares de Francia y Alemania. En 1480 el rey Fernando el Católico, con consentimiento del Papa Sixto IV; los estableció en toda España, en Sicilia y en Cerdeña.

La Inquisición medieval fue esencialmente una institución ideada por el Papado y dominada por él; pero en Francia, de todos modos, tuvo que contar con el poder de la Corona, lo cual ayudó al engrandecimiento de la monarquía francesa, a medida que aumentaba la fuerza de la monarquía y se declinaba la del Papado, decrecía la influencia de la Inquisición en el país, al extremo de que en los tiempos del calvinismo quien emprende la represión de la herejía, no es la Inquisición, sino la Universidad de París - con su gran tradición en la ciencia teológica - , mediante una Cámara especial del "Parlement" llamada "Chambre Ardente".

Un español, Raimundo de Peñafort, fue quizás el principal inspirador de la política de persecución seguida por Gregorio IX, y por tanto, el creador original de la Inquisición medieval, de las medidas tomadas hasta entonces eran, de todas maneras, inadecuadas a los ojos del Clero. Pero años más tarde la Inquisición fue verdaderamente poderosa, pues se sabe que algunos herejes obstinados fueron quemados.

Poco logró en Hungría y Polonia, pero nunca penetró en Escandinavia. En Inglaterra apareció solamente una vez - en 1309 - , cuando comisionados especiales del Papa, de acuerdo con la autoridad episcopal del país iniciaron procedimientos contra los Templarios ingleses, orden que había sido infamada de herejía. El hecho de que la tortura no se empleaba en el país les obstaculizó su función, y a pesar de que más tarde Eduardo II autorizó el uso de aquella, progresaron muy

vuestro derecho que el juez debe molerle la cabeza a palos y atravesarle los costados con puntas de hierro hasta que diga la verdad. Esto ni la ley divina ni la ley humana lo admiten: la confesión no debe ser forzada sino espontánea; no debe ser arrancada por la fuerza sino voluntaria; en fin, si sucede que después de haber inflingido esas penas, no descubríis absolutamente nada de aquello de que se acusa al inculpado, ¿no os avergonzaríais, al menos en ese momento, y no reconoceríais cuán impío fue vuestro juicio? De la misma manera, si el inculpado, no pudiendo soportar semejantes torturas, confiesa crímenes que no ha cometido, ¿quién, os pregunto, carga con la responsabilidad de tal impiedad sino el que le forzó a semejante confesión mentirosa? Más aún, es bien sabido que si alguien profiere con los labios lo que no tiene en su mente, ese tal no confiesa, sino que habla. Renunciad, pues, a estos procedimientos y maldecid del fondo de vuestro corazón lo que hasta el presente habéis tenido la locura de practicar". (Doctrina Pontificia) *Ibidem* pág. 17.

lentamente. Fue en Francia, Alemania e Italia, donde la Inquisición medieval mostró más energía y poder; pero en España, fue hasta la época en que Fernando e Isabel dieron un nuevo paso hacia la actividad inquisitorial, ya que, la Inquisición papal estaba en todas partes virtualmente extinguida o moribunda. Sesenta años más tarde el Santo Oficio recibió también nuevo impulso en Italia, siendo el renacimiento de la Inquisición papal uno de los hechos más sobresalientes de la Contrarreforma, Pío V, uno de los más famosos papas de la época, había sido un celoso Inquisidor antes de su elevación al pontificado.

En España, la institución de la tortura encuentra sus precedentes en la legislación visigótica y se desarrolló en los fueros y en la legislación española. En esta última tienen especial importancia las Partidas (1256 a 1265) de Alfonso el Sabio quien justificó la tortura argumentando que cometen los hombres “graves yerros y males, encubiertamente, de manera que no pueden ser sabidos ni probados. Y es eso que tuvieron por bien los sabios antiguos, que hiciesen atormentar a los hombres, porque pudiesen saber verdad de ellos”. En la Séptima Partida, Libro XXX, denominado “De los tormentos”, figuran nueve leyes relativas a éstos, las que se aplicaban azotando o colgando al imputado de los brazos, poniéndole cosas pesadas sobre sus espaldas y piernas. Se le autorizaba para obtener confesiones, si el delito atribuido se punía con pena de muerte o de mutilación, siempre que existieran presunciones fundadas en contra del inculcado, y se establecían excepciones que respondían a “la honra de la ciencia, la nobleza que ha en sí” y a “que la criatura que la mujer tiene en el vientre no merece mal”. No gozaban de esta excepción los caballeros que hubiesen incurrido en traición al rey o al país. Se le autorizaba, asimismo, para descubrir a los cómplices de un condenado, salvo que estuviera unido a éstos por distintos grados de parentesco que se especificaban o que hubiesen sido libertos o liberadores de ellos. Las restantes disposiciones son similares a las que regían, en general, en los distintos países y a las cuales ya nos hemos referido.

Los suplicios y torturas a que había de someter a los súbditos aparecen ya determinados en el Fuero Juzgo, del siglo VII, así como en los diversos fueros municipales de los siglos XI al XIII. En este último siglo, el Sabio rey Alfonso X dicta en sus partidas que “debe atormentarse para saber de los hombres de verdad”. Carlos V y Felipe II (la famosa Ley Carolina del primero, de 1532, contiene 219 artículos, de los cuales 57 se refieren a la tortura) también aportan su colaboración a la legislación especial en pro del mantenimiento y extensión de la tortura.

“El más notable de los Inquisidores medievales en España fue el dominico Nicolás Eymeric, gran inquisidor en el Reino de Aragón”²¹, cuyo “Directorium Inquisitorum” es el más completo, sistemático y autorizado de todos los manuales de esta naturaleza. Se dictaron normas muy minuciosas que regulaban su aplicación. Escrito en 1358, el Manual de los Inquisidores fue un resumen para los procedimientos del Santo Oficio en España y Portugal. Pero la multiplicación de tribunales no representó un engrandecimiento del poder inquisitorial, y parece que en el siglo XV el Santo Oficio no ejerció gran influencia en el reino ni gozó de muchas consideraciones.

En el capítulo V de ese Manual, denominado “De las torturas”, se especifica la finalidad perseguida con el sometimiento a ellas: “que era la de hacer confesar al acusado su crimen contra la fe; los casos en que procedía aplicarlas”²²; la resolución que se debía dictar al ordenarlas y los extremos que debían agotarse antes de hacerlo, porque - se admitía - “ni siquiera los tormentos son un medio seguro para conocer la verdad”. Claro que como se tenía por “grave pecado mortal mentir contra sí mismo”, en un asunto en que estaba en juego la vida, estimaban imposible, en principio, que lo hicieran. Pero no ignoraban que “hay hombres débiles que ante el primer dolor llegan a confesar crímenes que no han cometido”, porque así se consigna en el Manual de que tratamos, y que algunos culpables, “fuertes y empecinados”. Que “después de sufrir una tortura, la toleran luego con mayor constancia, por que sus miembros se estiran y resisten mejor”; otros, por sus hechicerías, se tornan casi insensibles y morirían en el suplicio antes de confesar. “Esos desdichados emplean para sus maleficios pasajes de la Escritura que escriben de extraña manera sobre pergaminos en blanco, entremezclando en ellos nombres de ángeles desconocidos, círculos, signos particulares, llevándolos en algún lugar oculto de su cuerpo, por lo que se recomienda

²¹ En Aragón, precisamente, se suprimió la tortura en 1325, durante el reinado de Jaime II “el Justo”, por lo que se anticipó, en muchos años, a otros países. Pero subsistió para las herejías y las falsificaciones de moneda, Félix, Reinaldi Víctor, Ob. cit. pág. 15.

²² Dispóngase: Se enviara al suplicio: 1. Al acusado que dé diferentes respuestas acerca de las circunstancias, negando el hecho principal. 2. A quien teniendo fama de hereje y habiéndosele probado su deshonor, tenga un testigo en su contra (aunque fuese solo uno) que declare haberlo oído decir o hacer algo en contra de la fe, ya que tanto ese testigo como la mala fama del acusado constituyen una semiprueba y son indicios suficientes para aplicarle el tormento. 3. Si en vez del testigo que acabamos de suponer, se añaden a la difamación de herejía otros indicios de peso (o aun solo uno), se debe asimismo aplicar el tormento. 4. Aun cuando no existiese difamación de herejía, bastará un solo testigo que hubiese visto o escuchado decir algo en contra de la Fe y uno o varios indicios de peso, para someter al acusado al suplicio”. “Cuando el acusado hubiera huido, este indicio, junto con la mala reputación, basta para que se aplique el tormento”, Ibidem pág. 16.

revisarlos esmeradamente y: “despojarlos de ellos, antes de someterlos al suplicio”.²³ “Si mediante actos persuasivos”²⁴ no se obtuvo la confesión, “se fija el procedimiento para aplicarla”²⁵ y la sentencia que se debía dictar, disponiendo de su libertad si había soportado el suplicio sin confesar o, si confesaba, teniéndolos como herejes penitentes no relapsos (sin. v. “apostata“, reincidente en el pecado o la herejía), los que lo hicieran por primera vez; como impenitentes, si no quieren abjurar (renunciar o renegar a su religión); y como relapsos, sí se trata efectivamente de la segunda vez que caen en herejía”. Para estos últimos estaba reservada la muerte en la hoguera.

Se trata a continuación de: “las torturas a aplicar”²⁶ y se concluye el capítulo con la categórica afirmación de que su imposición “es una loable costumbre”, por que se creía que ellas, para bien de las almas y mayor gloria de Dios, permitían el castigo de quienes lo ofendían gravemente y ponían a otros, en peligro de condenación eterna. Si alguno moría inocente, se creía también que la tortura había sido provechosa para lavar sus otros pecados, al igual que los sufrimientos padecidos por quien salió con vida de ella. Pero, de todos modos, se desaprueba “a esos jueces sanguinarios” que no se sabe “en virtud de que vano amor propio utilizan suplicios tan rebuscados y crueles que los acusados perecen en ellos o pierden alguno de sus miembros”. Y “esos jueces sanguinarios” no fueron pocos. Tanto es así que el papa Clemente V se vio obligado a tomar medidas en la bula “Multorum querela”, y otros pontífices también debieron reprobar los excesos.

²³ Para ello se rasuraban los vellos y se suministraban purgantes, porque los elementos mágicos o diabólicos que insensibilizan frente al dolor podían estar “in locis corporis secretissimis abditis” (ocultos en las partes más secretas del cuerpo) la cita a sido tomada de Manzini, Ibidem pág. 17.

²⁴ Sobre esos actos persuasivos, se prescribía: “Cuando haya sido dictada la sentencia de tortura y mientras los verdugos se preparen a ejecutarla, el inquisidor y otras personas de bien harán nuevos intentos para obligar al acusado a confesar la verdad. Los torturadores desvestirán al criminal con una especie de turbación, precipitación y tristeza capaces de atemorizarlo, y cuando lo hayan despojado de sus ropas se lo dejará aparte, exhortándosele una vez más a que confiese. Se le prometerá la vida a cambio de su confesión, a condición de que no sea relapso, en cuyo caso no se le puede prometer tal cosa”. Ídem.

²⁵ Durante el tormento “se lo interrogará, primeramente sobre los cargos menos graves de que se le acusa, ya que confesará más fácilmente las faltas más benignas que las mayores. Sí se obstinara en la negativa, se le mostrarán los instrumentos de otras torturas, diciéndosele que tendrá que pasar por todas ellas si persiste en no querer confesar la verdad. Finalmente, si el acusado no confesara, podrá continuarse con el suplicio durante el segundo y tercer día, pero sólo se proseguirá con las torturas, sin repetir las, ya que esto no puede hacerse si no aparecen nuevos indicios, aunque no está prohibido continuar con ellas”. Ídem.

²⁶ “Puesto que el derecho canónico no determina tal o cual suplicio en particular, los jueces podrán utilizar los que estimen más apropiados para lograr que el acusado confiese su crimen. Sin embargo, no se podrá hacer uso de tormentos desacostumbrados”. Ídem.

Tanto en España como en Roma, las inquisiciones modernas fueron en parte creaciones nuevas, y en parte renacimientos. Fernando e Isabel no comenzaron en suelo absolutamente virgen. Además: “La Inquisición papal había entrado en España en la Edad Media, pero no había sido en este país una institución floreciente”.²⁷

No existe un motivo central como el de la reconquista cristiana en España, que le dé unidad e interés a la creación de la Inquisición Española, ya que en 1474 subió al trono Isabel de Castilla y cinco años más tarde su marido Fernando ciñó la corona del reino de Aragón, empezando con esto una nueva era. La unión de los dos reinos constituida por esta alianza matrimonial fue solamente personal; en muchos aspectos sus intereses permanecieron independientes. Pero este enlace fue mucho más que un mero signo de concordia; significaba unidad política y fusión de recursos: era la creación de la España moderna.

No es de extrañar que la Inquisición no jugase un gran papel en la España medieval, puesto que el país había sido cristiano solamente en parte, y los reyes cristianos se habían enfrentado con la tarea de recuperar el territorio en manos de sus adversarios de otro credo, más que con la de mantener la integridad del que poseían.

La instalación de la nueva Inquisición por los reyes Católicos debe considerarse como una parte de su propósito de organización y unificación política. Fue posible gracias al progreso que ya se había realizado en el proceso de unificación; fue el resultado de la gradual reconquista cristiana de la Península y puede, también, considerarse como la iniciación de la última etapa de ese proceso.

Torquemada, que pronto iba a hacerse famoso como primer inquisidor, instigaba constantemente a Isabel acerca del deber de librar a sus dominios de la corruptora presencia de los crucificadores de cristo.

“Utilizando siempre la religión como disculpa - dice Maquiavelo -, [Fernando] se dedicaba con ferviente piedad a expulsar y eliminar del reino a los judíos”.

²⁷ Stanley Turberville, Arthur, “La Inquisición Española”, Edit. Fondo de Cultura Económica, serie

Tras el Inquisidor general y el Consejo estaban la Monarquía española y el papado. Fernando fue el verdadero creador de la Inquisición española moderna, y él fue quien le dio su distintivo carácter nacional. El autoritario creador estaba obligado moralmente a tener dominio sobre su creación. Siempre se enorgulleció de la influencia y autoridad que aquélla gozaba, pero fue principalmente porque la consideraba como uno de los grandes valores de la Corona. Él no hubiera nombrado inquisidores a personas que le fuesen desagradables; no hubiera consentido que ningún Inquisidor recibiese la bula papal sin que le comunicase su contenido. No es cierto que utilizara la institución para fines seculares, y no intervino en sus actividades principales cuando se trataban cuestiones de doctrina.

La Inquisición española en sus días de esplendor, antes de que comenzase la decadencia, fue indudablemente eficiente para sus propósitos. Su poderío se debió al apoyo real y a la buena organización. Fernando e Isabel lograron grandes éxitos como gobernantes, principalmente porque llevaron a cabo la centralización administrativa en manos de cuatro grandes Consejos: el de Estado, el de Finanzas, el de Castilla y el de Aragón. Con el consentimiento de Sixto IV crearon otro: el Consejo de la Inquisición o Supremo.

Muchas tentativas que hicieron los conversos para influir sobre Carlos V a fin de que mitigase la severidad de la Inquisición. El monarca no tardó mucho en estar plenamente convencido, como nunca lo había estado Fernando, de la gran utilidad de los tribunales, pues sus convicciones eran tan sinceras como fanáticas, cosa que no se puede decir de Fernando. Durante su reinado, la Inquisición se afianzó más que nunca en todas partes de España, y en sus postreros días encargó a su sucesor, Felipe II, que mantuviese el Santo Oficio hasta el último.

Se refiere que: “La imaginación popular ha falseado de tal manera la figura del Inquisidor ordinario, presentándolo como un ogro poseído de un anhelo de crueldad, que tal vez sea conveniente decir que si hay ciertamente ejemplos de inquisidores de tipo indeseable, que abusaban de la responsabilidad de su situación, la gran mayoría, con toda probabilidad cumplió con los requisitos de que debían ser “hombres prudentes y capacitados, de buena reputación y conciencia sana y amantes de la fe católica”. Si eran crueles, se debía a un sentido del deber, no al

breviarios, México, 2007, Pág. 14.

desenfreno”.²⁸

El puesto de verdadera importancia inmediato al del Inquisidor lo ocupaba el promotor Fiscal o acusador. En la Inquisición medieval no existía este funcionario, pues el procedimiento era estrictamente por “inquisitio”, no por “accusatio”. La posición y la importancia del Fiscal mejoraron con el tiempo. Retribuido al principio con un sueldo mucho menor, como subordinado del Inquisidor, posteriormente, si no llegó a tener la consideración de este último, poco le faltó. Los inquisidores a veces eran nombrados para ese cargo y entonces utilizaban el título de Inquisidor-fiscal.

Los escribanos o secretarios eran una pieza esencial en el mecanismo inquisitorial. Sus obligaciones consistían en tomar nota detallada de los interrogatorios y demás actos del proceso, y de cuidar de los archivos. En los primeros tiempos de la Inquisición española los informes eran a veces toscos y fragmentarios, y a pesar de las constantes exhortaciones del Supremo, los documentos no siempre se conservaban cuidadosamente; no obstante, con el transcurso del tiempo, la Inquisición almacenó mucho material de información, incluyendo innumerables datos genealógicos de inestimable valor para ella.

Además existían los sujetos llamados calificadores a quienes se requería para que hiciesen un examen preliminar de la prueba documental contra el acusado o para que inspeccionasen las publicaciones cuando se trataba de un escritor, tenían una gran importancia, puesto que de ellos dependía la decisión de si un caso era “prima facie” que justificase una acción posterior. Cuando la censura de los libros llegó a ser una de las obligaciones principales de la Inquisición, se requería constantemente a los calificadores para que examinasen la literatura reputada como herética.

En cuanto a los funcionarios de menor categoría de los tribunales bastará simplemente con mencionarlos: el alguacil, tipo de hombre que servía para todo, y cuya ocupación principal, sin embargo, era la de detener a los acusados y de apoderarse de sus bienes; el alcaide o carcelero; el portero, que entregaba los avisos y citaciones; el médico, cuya presencia se requería para el examen de los presos antes y después de la tortura y para los casos de locura fingida o sospechosa;

²⁸ Stanley Turberville, Arthur, Ob cit. Pág. 46.

el capellán, que celebraba misas para los Inquisidores (no para los presos, a quienes se les negaba el sacramento); el barbero y, el receptor de confiscaciones, conocido a veces como tesorero.

Las condiciones bajo las cuales se tramitaba el juicio inquisitorial impedían una defensa verdaderamente completa y eficaz. La Inquisición siempre desconfió cuando se alegaba locura, muchos pobres desdichados, a quienes un juez de hoy no habría dudado en enviar a un manicomio, el Inquisidor los mandaba a la hoguera. En todo caso, era probable que la alegación de locura fuese comprobada mediante el uso de la tortura y, sin duda, se empleaba ésta en los que negaban su intención herética.

El tormento se utilizaba cuando el acusado era incongruente en sus declaraciones, si esto no estaba justificado por estupidez o por flaqueza de memoria; cuando hacía solamente una confesión parcial; cuando había reconocido una mala acción, pero negaba su intención herética; cuando la evidencia era en si defectuosa. Por ejemplo, era un sano principio el que para probar la herejía fueran necesarios dos testigos del mismo acto; pero, por otra parte, la prueba de un testigo, apoyada por el rumor general o la difamación, era suficiente para justificar la tortura. Este razonamiento tenía la curiosa consecuencia de que cuanto más débil era la evidencia para la persecución, más severa era la tortura. Sin embargo, hay que recordar que la alternativa inmediata al tormento era la condenación.

La última fase del proceso era el pronunciamiento formal de la sentencia. Para los culpables de faltas leves esto se hacía privadamente dentro del palacio de la Inquisición; pero en el caso de los delitos graves se reservaba para una gran ceremonia pública o auto de fe. A la mayoría de los que tenían que comparecer en el auto de fe, no se les informaba de la naturaleza del castigo que se le iba a imponer hasta la mañana del día del acontecimiento, en que se les vestía de manera característica que permitía a los espectadores reconocer la índole de sus delitos; pero a los mas culpables, a los que tenían que perecer en la hoguera, les era anunciado en la noche anterior para darles la última oportunidad de confesarse y salvar su alma. Las sentencias podían ser pronunciadas con méritos o sin méritos, es decir, con una enumeración detallada de los delitos de que se hacía culpable al procesado o sin ella. Las primeras, a veces, eran tan extraordinariamente extensas que su lectura requirió, en alguna ocasión, horas enteras.

Tales eran las fases del procedimiento de la Inquisición española. Sus rasgos más destacados fueron el uso de la tortura, la situación desventajosa en que actuaba la defensa y el papel principal que desempeñaba en todo el proceso el Inquisidor que presidía.

Gran parte del odio que la Inquisición española despertó en el espíritu del pueblo ha sido la asociación de aquélla con las crueldades de la cámara de tortura. La idea de inflingir graves tormentos físicos a fin de forzar las confesiones de un hombre enjuiciado por sus opiniones religiosas repugna actualmente a la sensibilidad y ciertamente esta repugnancia tiene que aumentar con la relación de los hechos que se encuentran en los archivos de la Inquisición acerca de todo lo que ocurrió durante la aplicación de los tormentos. Se tomaron notas meticulosas, no sólo de todo lo que la víctima confesó, sino de sus giros, llantos, lamentaciones, exclamaciones entrecortadas y voces pidiendo misericordia. Lo más emocionante de la literatura de la Inquisición no son los relatos de la víctimas acerca de sus sufrimientos, sino los sobrios informes de los funcionarios de los tribunales. Angustian y horrorizan precisamente por que no tienen intención de conmover. El escribano que de manera metódica registra estos penosos detalles, no tiene idea de que haya en ellos nada conmovedor. Esta actitud de despego por su parte se debe, no al hecho de que fuese un funcionario del tribunal acusador, sino a que vivió en una época de mentalidad distinta a la nuestra.

En la Inquisición española. En algunas ocasiones, la tortura se aplicaba a un testigo si contestaba con evasivas o se retraía, al mismo tiempo que el acusado podía ser torturado en calidad de testigo “in caput alienum”, para usar la frase técnica, es decir, para sacarle información relativa a los cómplices. Ninguna confesión se consideraba completa si no contenía esta información. Así, un hombre que hiciera confesiones voluntarias contra sí mismo, podía ser torturado al resistirse a traicionar a sus amigos.

Con frecuencia se ha atribuido a la inquisición española la creación de nuevos refinamientos y excentricidades de crueldad; de hecho parece haber sido muy conservadora en su proceder. Generalmente empleaba para este fin ejecutores públicos, que utilizaban únicamente los métodos más corrientes entre la gran variedad de los practicados en los tribunales civiles. Los más comunes eran el tormento de la garrucha y el del agua. El primero consistía en amarrar las manos de la víctima a su espalda, atándole por las muñecas a una polea u horca, mediante la cual eran levantados. En los casos severos se ataban a los pies de la víctima grandes pesos; se le levantaba

durante un rato y después se le dejaba caer de un golpe que dislocaba el cuerpo entero. La tortura del agua era probablemente peor. El reo era colocado en una especie de batidor, conocido como la escalera, con travesaños afilados, la cabeza situada más baja que los pies en una cubeta agujerada y mantenida en esta posición por una cinta de hierro en la frente. Se le enroscaba en los brazos y piernas cuerdas muy apretadas que le cortaban la carne. La boca tenía que mantenerse forzosamente abierta, y metiéndole un trapo en la garganta, se le echaba agua en un jarro, de manera que nariz y garganta eran obstruidas y se producía un estado de semiasfixia. Estas dos formas de tortura fueron desplazadas, en el siglo XVII, por otras consideradas menos perjudiciales para la vida y los miembros del cuerpo, pero apenas más soportables. Bastante tiempo antes de la abolición de la Inquisición los instrumentos de tortura se habían convertido en simples vestigios de un terrible pasado.

Se señala que: “Antes de aplicarse tortura la víctima era examinada por un médico, y las incapacidades graves normalmente posponían el acto, cuando no lo evitaban.”²⁹ Por otro lado ni la juventud ni la vejez estaban a salvo; viejas de ochenta años y muchachas de quince a veinte eran igualmente sometidas a tormentos. Todo el trabajo de la cámara de tortura se llevaba a cabo con la mayor decisión. En cuanto la víctima era conducida a la habitación y aparecía la horrible figura enmascarada del ejecutor, se le exhortaba insistentemente a que se salvase confesando voluntariamente. Si rehusaba, se le desnudaba dejándole sólo unos calzones y se le exhortaba nuevamente a que confesase. Si el acusado no cedía empezaba la tortura. Procedían de manera lenta, a fin de que a cada tirón y sacudida se obtuviera el máximo efecto. Era norma no dirigir preguntas concretas al reo mientras estuviera en la escalera - aunque fuese inarticulado -, se anotaba. Había también la norma de que nunca se podía repetir la tortura, pero tal como había ocurrido en los tribunales medievales, en la España esta prohibición fue salvada de manera casuística, mediante la evasiva de considerar la segunda o tercera aplicación como continuación de la primera. Las confesiones verificadas durante la tortura debían ser ratificadas dentro de las veinticuatro horas después de salir de la cámara de los tormentos sin hacer uso de amenazas: “No hay que suponer que la tortura fuese una coexistencia invariable de los juicios inquisitoriales; probablemente en la mayoría de los casos no se estimaba necesaria, y no se permitía en el juicio de

²⁹ El Inquisidor presidente, normalmente hacía una protesta formal de que si la víctima moría o sufría graves daños corporales bajo la tortura, esto debía atribuirse no a la Inquisición, sino al mismo reo, por no decir la verdad voluntariamente. Lo cita Stanley Turberville, Arthur, Ob.cit. Pág. 60.

gran número de faltas menores comprendidas dentro de la esfera de la Inquisición”.³⁰

Finalmente, la defensa era difícil por que la Inquisición no era un tribunal de justicia ordinario y el Inquisidor no era tampoco un juez ordinario. El Santo Oficio pretendía ser el tribunal más clemente de todos porque sus fines no eran la administración de una justicia rígida y automática, sino la reconciliación del delincuente. Confesarse culpable con el Santo Oficio era obtener perdón; ¿de qué otro tribunal se podía decir eso? el Inquisidor era Padre confesor “como juez”, que pretendía no una condenación, sino acabar con un extravió y devolver al rebaño la oveja descarriada. Por esto se instaba constantemente al acusado a que recordase la diferencia fundamental entre la Inquisición y los tribunales ordinarios, y que su finalidad no era el castigo del cuerpo, sino la salvación del alma, y por lo mismo, se le exhortaba a que tratara de salvarse por medio de la confesión.

El Santo Oficio, al no ser un mero tribunal de derecho que inexorablemente daba su merecido a las malas acciones, sino un medio para la salvación de las almas, no castigaba, hablando estrictamente; solo imponía las penas adecuadas a la gravedad del pecado que habían sido admitidas como signos externos y visibles de arrepentimiento. Además: “El último y más terrible castigo para la herejía era el de la hoguera”.³¹

El sistema inquisitivo establecido por los canonistas invadió las costumbres y legislaciones laicas desde el siglo XIII hasta el siglo XVIII favorecido por el descrédito del proceso germánico hasta entonces imperante, a causa de las invocaciones supersticiosas que la iglesia desaprobó y por el hecho de que el inquisitivo resultaba “más lógico y racional, más conforme a los nuevos tiempos y aun más popular”, pues aparecía como el medio más eficaz para: “expurgare civitatem malis hominibus”³² ya que, de muchos ilícitos, pese al daño evidente que causaban al Estado, no habían acusadores. Esos delitos, por consiguiente, quedaban impunes, y sus autores, alentados por esa experiencia, podían cometer otros nuevos. Además, se estimo que no se les daba cabida a los falsos acusadores que abundaron durante la vigencia del proceso acusatorio.

³⁰ Ídem.

³¹ Ibidem pág. 62.

³² “Limpiar la ciudad de malos hombres” M.A. Blancus De indiciis et tortura, en la colección de Zilette, Venezia, 1580. la cita ha sido tomada de Manzini, por Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit. Pág. 18.

En el sistema inquisitivo, el juez procedía “ex officio”, representando a la acusación y dictando la sentencia. Tenía pues, a su cargo, averiguar los delitos de cuya comisión tuviese conocimiento y si la culpabilidad del imputado resultaba comprobada por su confesión o por otras pruebas, dictaba sentencia condenatoria. Si, al contrario, no hubiera plena prueba de su culpabilidad y no hubiera confesado, revistiendo el delito gravedad, el juez debía recurrir a medios coercitivos para arrancarle la confesión, es decir, a la tortura, que fue, al decir de Fiorelli: “durante siete siglos, el alma de la vida jurídica en Europa.”³³

1.3.- Periodo de la Venganza Pública.

Los Estados empiezan haciendo la Distinción entre Delitos Privados y Públicos, según el hecho que lesione de manera directa los intereses de los particulares o del orden público. Aparece la etapa llamada “Venganza Pública o Concepción Política”; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad para la salvaguarda de esta y se imponen penas cada vez más crueles e inhumanas, con justicia el Dr. Cuello Calón afirma: “que en este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba”, los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes, de estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores; no los pusieron al servicio de la justicia, sino al del los déspotas y los tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este espíritu inspiró el derecho penal Europeo hasta el siglo XVIII.

Refiere el Maestro Fernando Castellanos Tena lo siguiente: “No solo en Europa Impero esa concepción, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los súbditos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes, en este período de la humanidad puntualiza el Dr. Carranca y Trujillo: “la humanidad aguzó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción y una cuestión previa antes de la ejecución, a fin de obtener revelaciones o confesiones. Nacieron los calabozos (“Oubliettes” de Oublier – Olvidar -, donde la víctima sufría prisión perpetua en subterráneos); la Jaula de Hierro o Madera, La Argolla (pesada pieza de madera cerrada por el cuello); el “Pílori”,

³³ “Ergo iudex hic semper duas sustinet personas, actoris et iudicis”. *Ibidem*. Pág. 19.

rollo o Picota en que la cabeza y manos quedaban sujetas y la victima de pie, la horca, los azotes; la rueda (en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes); las galeras; el descuartizamiento por la acción simultanea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulamiento y los trabajos forzados y con cadenas”.³⁴

El sistema de composición que paso a la comunidad representó un desplazamiento o tránsito del derecho a la venganza en favor de una autoridad superior a individuos o familias. No obstante lo anterior, como las clases dominantes fundaban su poder en el sometimiento de las dominadas, la venganza pública se tradujo en la más cruenta represión y en la máxima inhumanidad de los sistemas a fin de asegurar el dominio de las oligarquías de guerreros y de políticos por medio de la intimidación más cruel.

Además: “Como todo procedía del Rey, símbolo vivo de las oligarquías dominantes, la justicia no era otra cosa que la venganza contra las acciones que les dañaran. Ya Platón había escrito en la República: “que la justicia no es más que lo que produce ventajas a los poseedores de la autoridad o a los más fuertes” (I, 9); y un trovero medieval, Pedro Carroival, pudo llamar “a los valores embusteros, opresores de sus vasallos, más ávidos que los lobos” la fuerza es la regla absoluta de su conducta; “cuando un señor emprende un viaje la maldad le precede, la codicia le escolta, la injusticia le abandera y el orgullo le guía”. Luis XIV enseñaba a su hijo “que los Reyes, señores absolutos, tienen la propiedad plena y libre de todos los bienes que están en poder tanto del clero como de los civiles”; y en atención a ello, los jueces, como Machaud y Laffemos en tiempos de Richelien como Vanni, Guidobaldini, y Speciale en los de los Borbones, condenaban a capricho de monarcas y ministros”.³⁵

La crueldad de las penas corporales solo buscaba un fin: intimidar a las clases inferiores, por ello las penas eran desiguales según las clases. La intimidación aspiraba a mantener intactos los privilegios reales u oligárquicos.

a) Las Legislaciones Laicas en Europa Continental.

³⁴ Castellanos Tena Fernando, Ob. cit. Pág. 34.

Las normas que regulaban la tortura presentaban gran similitud con las establecidas por los tribunales de la Inquisición. Podían preceder a seguir el interrogatorio del procesado y podía empleársela, también, con los testigos reticentes o sospechosos de falsedad. Debía disponérsela por sentencia, la que era apelable en la mayoría de los países.

Se dividía en tres grados: “si bien algunos quieren que sean cinco... La cual, como el reo mismo, se distribuye en tres partes del cuerpo, esto es, en las articulaciones de las manos cuando se atan a la espalda, gravitando en ellas todo el peso del cuerpo, y después en el pecho, continuando el dolor desde el principio hasta el fin, de lo que resulta más fácilmente que el reo confiese con la cuerda que con el fuego, etc. El primer grado es cuando el juez atemoriza al reo amenazándolo con la tortura, y en este grado se comprende también el terror que siente mientras se le conduce a la cuerda, mientras se lo despoja y ata, siempre que la ligadura no sea atroz. El segundo grado es cuando se pone al reo en los tormentos, ya que se lo interroga en dichos tormentos, se lo eleve y se lo tenga colgado por un buen espacio de tiempo. El tercer grado es cuando se lo tortura y sacude bastante, esto es, el saco y dos sacudidas, y entonces se dice “quod bene et acriter torquetur”, la cual sacudida, estando el reo alzado en medio de la tortura, hace que los brazos y los huesos se desencajen y se capaciten para recibir la tortura. Si hay más indicios, se lo puede torturar dos o tres veces, repitiéndolo en varios días, pero no en un solo día ni en una sola vez”. Su duración era, generalmente, de una hora, pero algunas se efectuaron por más tiempo.

En caso de delitos ordinarios, se empleaban medios ordinarios de tortura, y en delitos extraordinarios - entre ellos, el de lesa majestad - se aplicaban medios más crueles, algunos de una “atrocidad infernal”

Por lo que: “Para que la aplicación de la tortura fuera procedente, era indefectible la previa comprobación de la existencia del delito, porque sin ella no se podía dictar una condena aunque mediare confesión y perdía sentido torturar para obtenerla”.³⁶

³⁵ Carranca y Trujillo, Raúl y otro, Ob. cit. Pág. 101.

³⁶ Por ejemplo: que el acusado confesase haber dado muerte a una persona y haber arrojado su cadáver al mar y no se lo encontrase. Se hizo excepción del caso en que resultare comprobado, por “fama pública”, que esa persona había sido efectivamente muerta. Esa “fama pública” podía, sin embargo, llevar a condenas por homicidios cuyas presuntas víctimas seguían “gozando de buena salud”, la cita a sido tomada de Manzini, por Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit. Pág. 20.

Sí, por naturaleza, el ilícito no tenía ningún “cuerpo de delito”, éste era reemplazado por los indicios, que podían ser generales, o bien específicos de determinadas clases delictivas. Cualquier indicio debía ser comprobado por dos testigos, y el acusado, antes de sufrir tortura, tenía derecho a demostrar su inocencia presentando conindicios o invocando presunciones legales, tales como su anterior vida honrada o el desempeño fiel de un cargo importante.

Conforme a las reglas que la doctrina fue elaborando, la tortura no debía ser ordenada injustamente ni aplicada sin moderación, para no poner en peligro la vida o la integridad física de los torturados. Por ello, además de las condiciones personales del acusado y “la gravedad del delito”³⁷, se debía tener particularmente en cuenta “su edad”³⁸ y “su salud”³⁹. Si éste moría por el rigor de los tormentos, el juez era considerado como homicida doloso, correspondiéndole pena de muerte. Pero si no se le podía imputar algún exceso, no le cabía responsabilidad alguna por el fallecimiento. En tal caso, éste era atribuido a “circunstancias imprevisibles”⁴⁰ o a obra del demonio. La tortura podía ser aplicada con distintas finalidades, las que dieron a aquélla “distintos fundamentos”.⁴¹

Se las efectuaba para inducir al acusado a confesar su culpabilidad, ya que lejos de tener,

³⁷ La tortura procedía sólo si el delito imputado estaba castigado con pena de muerte o pena corporal. En el primer caso y si existían “indicios evidéntísimos” se podía aplicar “la tortura atrocísima” En el otro, se debía aplicar una tortura más suave. Si el delito, aunque castigado con pena de muerte, no era muy grave - como ocurría con el hurto -, se dejaba librada la gravedad de la tortura al prudente arbitrio del juez, la cita a sido tomada de Chr. Koch Jenae, 1791, *Ibidem* pág. 22.

³⁸ Estaban exceptuados de la tortura los menores de catorce años. En otras partes, los menores de diez años y medio. Pero entre esta y aquella edad, podían ser apaleados y azotados. *Ídem*.

³⁹ Se exceptuaba a las embarazadas hasta cuarenta días del parto; a los dementes furiosos, a los valetudinarios. Respecto de los sordomudos, se llegó a considerar que quien no sabe confesar el delito por ese defecto, tampoco podía ser torturado para obtener confesión. A personas débiles se las podía torturar dentro de los límites de su resistencia. *Ídem*.

⁴⁰ Como la muerte de un joven robusto cuya tortura fue ordenada y ejecutada bajo la dirección, nada menos, que de Bartolo de Sassoferrato, profesor de Perugia y Bolonia, cuya autoridad fue muy grande en buena parte de Europa durante los siglos XIV y XV. Bartolo mismo lo cuenta en su Comentario general sobre todo el Corpus Iuris justiniano, y lo repite Calamandrei, en su prefacio a la obra de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1950, *Ídem*.

⁴¹ Beccaria alude a esas finalidades al comenzar el capítulo XII, “De la tortura”, en su obra *De los delitos y de las penas*: “Una crueldad consagrada por el uso de la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, bien para constreñirlo o para confesar su delito, bien por las contradicciones en que hubiere incurrido, bien para descubrir a los cómplices, bien por no sé que metafísica e incomprensible purgación de infamia, o bien, finalmente, por otros delitos de los que pudiera ser culpable, pero de los que no está acusado”. Beccaria, Cesare, “Tratado de los Delitos y de las penas”, Edición actualizada, Editorial

por aquellos tiempos, el derecho de no ser obligado a declarar contra sí mismo, tenía el deber de: “declarar bajo juramento de decir la verdad”⁴². La negativa a responder, al igual que la declaración considerada mendaz, autorizaban el tormento cuando, a su vez, éste podía ser aplicado por la gravedad del delito imputado.

Se las ordenaba, así mismo, para obligar a condenados a revelar el nombre de sus cómplices. También, para descubrir delitos desconocidos que pudieran haber cometido. Esta tortura, llamada de “inquisición”, solo se aplicó durante el siglo XVI, y Beccaria, repudiándola, señaló que: “equivale a este raciocinio: Tú eres culpable de un delito; por tanto, es posible que lo seas de otros ciento, esta duda me pesa y quiero cerciorarme con mi criterio de verdad; las leyes te atormentaban por que eres reo, porque puedes ser reo, porque quiero que seas reo”.

Si eran varias las personas cuya tortura se había ordenado en una misma causa, se consideró que la sagacidad del juez le permitiría darse cuenta de cual confesaría más rápidamente, para comenzar el tormento por ella. Se estableció, empero, que si había débiles y fuertes, debía empezar por los primeros; si eran padre e hijo, por este ultimo, porque el padre, a quien debía obligárselo a presenciar el acto, “teme más por la salud del hijo que por la salud propia”, por lo que se adelantaría a confesar; si había varones y mujeres, también por las ultimas, y entre aquellos, por los más viciosos. Por fin, se dispuso que si alguno tuviese “un nombre feo, debía empezarse por él”. Tal vez se suponía que las burlas a que ello hubiera dado lugar, le habían creado complejos debilitantes de la confianza en si mismo y, a su vez de la capacidad de resistencia.

Se entendía que si la persona sometida a tortura la había sobrellevado con paciencia y se mantenía en sus negativas, “había purgado los indicios”, que obraban en su contra hasta el comienzo de ese acto procesal. Recuperaba, entonces, su libertad, previa caución que debía ofrecer a fin de asegurar su futura comparecencia para el caso de que surgieran nuevos indicios comprometedores. Pero, aunque no hubiese confesado, si no había soportado el tormento, los indicios subsistían, por lo que podía ser nuevamente torturado.

Porrúa, S.A. 16a Edición, México, 2006, pág. 95.

⁴² “Reus mendaciter respondens potest torqueri, quia tacendo veritate videtur esse in dolo” (El reo que responde con mentira, puede ser torturado, por que al callar la verdad se conceptúa que esta en dolo). Así

Si había efectuado una confesión durante el suplicio y la había ratificado inmediatamente después de este y los dolores producidos hubieran cesado - siempre que esa confesión, confrontada con los hechos, coincidiera con ellos - debía ser condenado. Pero no podía serlo si no mediaba esa ratificación, salvo que la confesión hubiera tenido lugar al comienzo de la tortura, por que, en tal caso, se la consideraba “espontánea” y, como tal, no necesitaba ratificación. Lo mismo ocurría con la confesión efectuada en la cárcel, si de la investigación que debía hacer el juez resultaba que no había respondido a un duro tratamiento, No así cuando mediaba tortura, aunque suave.

Durante los siglos XVI a XVIII, se abandonaron las reglas observadas durante la edad media, consideraron que debían reglamentar los efectos de la revocación de la confesión arrancada durante la imposición del tormento. Se llegó a aceptar la revocación cuando la tortura había sido injustamente aplicada por no ser procedente en razón de que el delito atribuido no revestía la gravedad requerida, o por la calidad de la persona que la había sufrido, o por que no se la había ordenado por sentencia en la cual se debía hacer constar la existencia del cuerpo del delito, y su efectiva comisión, o porque había respondido a un capricho del juez. Se admitió, también, la revocación cuando las circunstancias declaradas no coincidían con las comprobadas o cuando se había allanado a confesar por simple “tendió a la vida”. Pero no se admitió cuando la revocación había sido hecha después de la sentencia, aunque la confesión hubiera sido ilegalmente obtenida - mediante promesas de indulgencia, por ejemplo, luego incumplidas - , porque así lo autorizaba el principio: “confessio injuste extorta confitenti non nocet”⁴³ y la presunción de legitimidad de que gozaba el acto realizado por el juez, del cual, su secretario, dejaba constancia en acta.

Si el torturado, revocaba la confesión pretextando haberla hecho únicamente para hacer cesar los sufrimientos, sin invocar razones demostrativas de su inocencia, debía soportar un nuevo tormento. Si durante éste volvía a confesar y, luego, a revocar esa confesión, se lo torturaba por tercera vez. Pero después de ésta, si la situación se reiteraba, no se le volvía a torturar, porque entonces - y solo entonces - se aceptaba que efectivamente esa confesión se debía al dolor. De este modo, se mantenían observantes del principio que mandaba evitar la infinidad de la tortura.

opinaba Franciscus Casonius, De indiciis et tortura, 1580, la cita Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit. Pág. 23.

⁴³ “La confesión injustamente sacada no perjudica a quien ha confesado”, Ibidem. Pág. 26.

Además: “La variedad de tormentos legales que Europa conoció fue muy grande” ⁴⁴. Tanto es así que cada región tuvo sus formas propias. Fiorelli califica a esa diversidad de: “infinita y repugnante”. Y con sobrada razón afirma que ella: “constituye uno de los más tristes capítulos de la historia de la crueldad humana.”

b) La Tortura durante los siglos XIII a XVIII, en algunos países europeos:

En **Italia**, la tortura de la cuerda, con la cual se estiraban las extremidades del torturado, era la más común. Se utilizó, también, la de la “veglia”, de atroz aspecto, en cuyo extremo se hacía sentar al torturado de modo que su columna vertebral soportase todo el peso del cuerpo y sufriera, como consecuencia de ello, dolores tan intensos que le producirían reiterados desvanecimientos. De Marsilio contó catorce clases de torturas vigentes en su tierra y se le atribuye la invención de otra. La de la vigilia. Lo hizo, sin duda, con la buena intención de evitar la producción de las lesiones, tantas veces graves, que se inferían. La propuesta por él, consistente en la privación del sueño durante varios días - mediante cachetadas, los verdugos hacían abrir los ojos al torturado cada vez que los cerraba - no se producían lesiones visibles, pero no reparó en que destrozaba el sistema nervioso pudiendo llevar a la locura, por lo que sus buenas intenciones se sumaron a las otras de las cuales está empedrado el camino del infierno.

Francia aplicaba la tortura preparatoria, por la cual se trataba de obtener la confesión del acusado, y la previa, accesoria de la pena de muerte, que se aplicaba al condenado para que suministrara el nombre de sus cómplices. Había torturas que se aplicaban en todo el país, y otras que constituían modos propios de cada ciudad. Entre las primeras figuraban la del agua, que se hacía tragar al torturado después de tensarse su cuerpo mediante cuerdas y la de los borcegués, especies de polainas de cuero que se mojaban, se ponían a aquel en sus piernas y luego se aproximaban al fuego, lo que producía un violento encogimiento e insoportables dolores.

La Asamblea Francesa abolió asimismo “todo genero de tormento” en 1789, un año después de que Luís XVI, que iba a morir en la guillotina, reconociera “los inconvenientes de ese genero de prueba, que no conduce nunca con seguridad al conocimiento de la verdad, prolonga ordinariamente sin fruto el suplicio de los condenados y puede más frecuentemente engañar a

⁴⁴ La multiplicidad de formas de torturas no son patrimonio exclusivo de los países de Europa. Sabemos que Asia conoció formas realmente refinadas y crueles de torturas. Pero la atención se centra en aquellos

nuestros jueces que iluminarlos” En Junio de 1791, la misma Asamblea suprimía “toda mutilación, las torturas, la pena de la horca, la rueda, etc.”, para decretar a renglón seguido que “la pena de muerte debe sustituir en forma a la decapitación”.

Para **Alemania**, la institución de la tortura se introdujo junto con el sistema inquisitivo, lo que ocurrió en los Estatutos de Worms (1498), la Ordenanza criminal de Bamberg (1507) y la Constitución Criminal Carolina. Fue el país en donde se desarrolló de modo más extraordinario, merced al carácter secreto del proceso. En los delitos contra la religión, la paz pública y el honor, en los cuales correspondía entender al Tribunal de la Santa Vehme, eran secretos hasta el lugar en que el juicio tenía lugar, e incluso el nombre de los jueces y la propia sentencia.

Eran muy numerosos los casos en que procedía su aplicación. Por el Art. 61 de la citada Constitución Carolina se prescribía que si el torturado no resultaba culpable, debía absolverse, pero debía pagar el tercio de las costas del juicio, con lo que el Estado, en vez de indemnizar por el proceso y las torturas que hizo soportar, resultaba recompensado por la víctima.

En 1498 es promulgado en Colonia el famoso “Malleus maleficarum” (Martillo de brujas), de Kramer y Sprenger, una especie de guía conforme a la cual torturaron los jueces e inquisidores de la época en lo sucesivo. Una de las cosas que más llama la atención de Huxley, en este extraño texto legal, es la minuciosidad con que se explican las diversas posibilidades que tiene el juez para hacer falsas promesas a los acusados en razón a las sentencias que finalmente han de sufrir.

En el Imperio Romano-Germano, la Ordenanza de 1499 del Emperador Maximiliano multiplica la tortura en todo lo referente a la brujería. De modo que: “el cuadro de Europa del siglo XVI – es un cuadro sombrío. Es la época del arte de los suplicios, de las guerras de religión, de los autos de fe. Se prodiga la tortura militar; la tortura religiosa es rígida norma; la tortura judicial se enriquece cada día con verdaderas novedades. Nunca la crueldad humana había sido lanzada tan lejos como en ésta época resplandeciente a causa del humanismo, las letras y las artes”.⁴⁵

En **Inglaterra**, si bien el derecho no la permitía nunca, en la práctica se le usaba, pese a

por la influencia que ejercieron sus legislaciones, especialmente en América y sobre todo en México.

⁴⁵ Suerio, Daniel, Ob. cit. Pág. 46.

que el sistema acusatorio empleado la hacía innecesaria. Algunos autores consideran que esa costumbre, reñida con la Carta Magna, se inició en el siglo XIII durante el reinado de Eduardo II; otros, en tiempos de Enrique VI. Al producirse la separación de la Iglesia nacional de la de Roma, se crearon las “Courts of High Comission”, que ejercían el poder de los reyes como jefes de la Iglesia de Inglaterra y la “Star Chamber”, con jurisdicción sobre asuntos religiosos cuyos procedimientos revelaban marcada influencia de las prácticas del Santo Oficio, pese a haber quedado eliminado en amplios sectores, a causa de aquella separación, el procedimiento espiritual de la Iglesia Católica y el de la filosofía escolástica. Para quienes se negaban a confesar se empleó, hasta 1772, la llamada “pena fuerte y dura”, que era, en realidad, una tortura muy cruel.

En **Austria** se introdujo en el siglo XIV, y a partir de entonces alcanzó considerable desarrollo. Se usaban las empulgueras o planchas en las cuales se colocaban los dedos pulgares, que eran de hierro y dentadas. Entre otros tormentos, solía también elevarse al acusado en el aire con grandes pesas en los pies. La Constitución Criminal Teresiana, promulgada por la emperatriz María Teresa en 1768, ilustraba con cuarenta y ocho grabados, acerca de distintos modos torturadores.

En **los Países Bajos**, donde se quemaban lentamente los pies o se usaban torniquetes y otros medios muy crueles, fue introducida legalmente por la ordenanza de Felipe II promulgada el 9 de julio de 1570, aunque, desde mucho antes, había sido impuesta por la costumbre. Uno de los cometidos que Hugo Grotius cumplía como fiscal general de Holanda, era el de estar presente mientras se torturaba a los sospechosos de cometer delitos.

Por lo que: “La tortura fue abolida teóricamente en casi todos los países civilizados entre fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, en efecto, aunque verdaderamente subsistan aún hoy numerosas y terribles formas de tortura oficiales que, si no pueden inscribirse en los Códigos, tampoco pueden negarse ni ocultarse”.⁴⁶

Bernardi atacó la doctrina de los indicios, que constituían el fundamento de la tortura, y calificó a ésta de inmoral e injusta porque es propiamente una pena, y la pena es justa sólo cuando

⁴⁶ Ídem.

se aplica después de comprobada la culpabilidad del reo. Advirtió, además, que la tortura “otorgaba a los tiranos la oportunidad de sacrificar a sus súbditos, so pretexto de hacer justicia”, y que era contraria al derecho natural, “porque cada hombre tiene derecho a defender su vida y no puede ser justamente constreñido a declarar contra si mismo”, principio éste, por entonces desconocido y que los torturadores de nuestros días siguen desconociendo.

1. 4.- Periodo Humanitario.

A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de penas y en general de los sistemas penales con tendencia humanitaria, esto tomo cuerpo hasta la segunda mitad del siglo XVIII con Cesar Bonnesana, Marques de Beccaria, aun cuando no debe desconocerse que también propugnaron por este movimiento Montesquieu, D’Alembert, Voltaire, Rousseau y muchos más.

“En el terreno de las ideas ha sido necesario siempre encontrar un hombre de lenguaje sugestivo, elegante y capaz de persuadir, para centuplicar el efecto de pensamiento que sin este recurso pudiera permanecer en la penumbra o en el patrimonio exclusivo de algunos especialistas, buen ejemplo de ellos: Voltaire, Juan Jacobo Rousseau, y Enrico Ferri. Por lo que ve a la reforma penal, fue acertadamente designado por el destino y por algunos amigos suyos de la revista “II CAFE” el joven Bonnesana, Marques de Beccaria. En este libro titulado “dei delitti e delle pene”, se une a la critica demoledora de los sistemas empleados hasta entonces, a la proposición creadora de nuevos conceptos y nuevas prácticas; se pugna por la exclusión de suplicios y crueldades innecesarias; se propone la certeza, contra las atrocidades de las penas, suprimiendo los indultos y las gracias que siempre hacen esperar la impunidad a los delincuentes; “se orienta la represión hacia el porvenir, subrayando la utilidad de las penas sin desconocer su necesaria justificación; se preconiza la peligrosidad del delincuente como punto de mira para la determinación de las sanciones aplicables y se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de confinar la interpretación de la ley, por el peligro de que pudiera servir de pretexto para su verdadera alteración . . .”.

De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes: a) El derecho de castigar se basa en el Contrato Social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes; b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; estas han de ser generales y solo los jueces pueden declarar que han sido violadas; c) Las penas deben ser

públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles, nunca deben ser atroces; d) Los jueces por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley; f) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; g) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el Contrato Social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual el mismo no puede disponer por no pertenecerle.

Recordemos que: “Al Marques de Beccaria se le consideraba, por algunos, como el iniciador de la Escuela Clásica, estima Florián que Beccaria no es su fundador, por ser superior a las escuelas; pero es el apóstol del derecho penal renovado del cual inauguro la era humanitaria y romántica, con espíritu mas filantrópico que científico.”⁴⁷

El célebre autor de *De los delitos y de las penas* afirma que ningún derecho, sino el de la fuerza, “concede poder a un juez para aplicar una pena - considera tal al tormento - mientras se duda si es culpable o inocente”; que “el delito es cierto o incierto. Si es cierto, no le corresponde otra pena que la establecida por las leyes, y los tormentos son inútiles en tal caso, como inútil es la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es según las leyes un hombre cuyos delitos no están probados” ; que como “es mayor el número de hombres que, o por temor o por virtud, respetan las leyes que el de los que las infringen, el riesgo de atormentar a un inocente debe estimarse tanto mayor, cuanto mayor es la probabilidad de que un hombre en igualdad de circunstancias las haya respetado en vez de infringido”. Rechaza que el dolor pueda convertirse en “crisol de verdad, como si el criterio de ella residiera en los músculos y en los nervios de un desgraciado”. Se muestra convencido que la persona sensible, aunque inocente, “se declara culpable si cree hacer cesar con ello el tormento”, de suerte que toda diferencia entre un inocente y un culpable “desaparece por el mismo medio que se pretende emplear para encontrarla”. De ese modo, “de dos hombres igualmente inocentes o igualmente culpables, será absuelto el robusto y valeroso, será condenado el flaco y tímido”. Pero el inocente, o “es condenado, o es declarado inocente”, y ha sufrido, en ambos casos, “una pena indebida. Pero el culpable tiene una posibilidad a su favor”, porque cuando habiendo resistido con firmeza la tortura

⁴⁷ Castellanos Tena, Fernando, Ob. cit. pág. 36.

debe ser absuelto como inocente, ha cambiado una pena mayor por otra menor, Así, pues, “mientras el inocente no puede más que perder, el culpable puede ganar”.

Y junto con Beccaria, corresponde citar a Pietro Verri de cuya obra “Observaciones sobre la tortura” se ha dicho que constituye: “el documento más característico sobre la campaña dieciochesca contra está”.⁴⁸ Enfáticamente sostiene que si el delito es solamente probable: “es una injusticia exponer a un suplicio seguro y a un crudelísimo tormento a un hombre quizá inocente, y someter a un inocente a desgarramientos y miserias es tanto más injusto, cuanto que se hace mediante el propio poder público confiado a los jueces para defender los ultrajes del inocente”. Y aunque “todos los que tienen parte en ella creen que es indispensable para la seguridad pública mantener la práctica vigente”, abriga la esperanza - con esa manifestación concluye su obra - de que ella no “pueda regir por largo tiempo todavía...”

a) La abolición de la tortura.

Federico II la abolió en Prusia en 1740, tres días después de subir al trono, salvo para los delitos más graves y con carácter general, en 1754 y 1756; Gustavo III la abolió en Suecia en 1772; Maria Teresa mandó suspender su aplicación - que autorizaba la “Constitutio Criminalis Theresiana” - en 1773 y el 2 de enero de 1776 decretó en Viena su abolición, con carácter general y sin limitación alguna, no alcanzando la medida a Milán, donde su sucesor José II, la hizo desaparecer en 1784; Pedro Leopoldo la suprimió en el Gran Ducado de Florencia en 1786 (“Codice Penale del Gran ducato di Toscana”, Cáp. XXIII). En Francia, Luís XVI hizo lo propio en cuanto a la tortura preparatoria, en 1780, y abolió también la previa, el 8 de mayo de 1788. La Asamblea Constituyente lo hizo el 3 de noviembre de 1789.

⁴⁸ De esta campaña formaron parte Montesquieu, para quien la tortura no es necesaria por naturaleza: “Son tantos los hombres hábiles y tantos los grandes genios que han escrito sobre esto, que no me atrevo a hablar después de ellos. Iba a decir que la tortura podría convenir en los gobiernos despóticos, en los cuales todo lo que inspira temor queda dentro de los resortes del gobierno; iba a decir que entre los griegos y los romanos, los esclavos ... Pero oigo la voz de la naturaleza que clama contra mí” (Del espíritu de las leyes , Cáp. XVIII, Edit. Orbis, S.A. Bs. As. 1984., t. I [de la colección “Historia del Pensamiento], Pág. 98). Y Voltaire, que repudió la tortura con insistencia, aunque admitió excepciones “para los malvados empedernidos que hayan asesinado a un padre de familia o de la patria” (Commentaire sur le livre “Des délites et des peines”, 1766, XII); y para el “solo caso... del asesinato de Enrique IV...” (Prix de la justice et de l’humanité, 1777, Art. XXIV, cit. por Rivacoba y Rivacoba, prólogo cit., p. XXVIII). la cita ha sido tomada de Félix Reinaldi, Víctor, Ob. cit. Pág. 36.

La revolución francesa cancela los abusos medievales con su “*declaration des droits de l’homme et du citoyen*” (1791), que consigna que “las leyes no tienen el derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad” (Art. 5), que “no deben establecerse mas que aquellas penas estrictamente necesarias” (Art. 8), que “nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley promulgada con anterioridad al delito y aplicada legalmente” (Art. 8), que “nadie puede ser acusado, arrestado y preso sino en los casos determinados en la ley y con arreglo a las normas en ella prescritas” (Art. 7) y por último, que “la ley debe ser la misma para todos, tanto cuando protege como cuando castiga” (Art. 6), antes ya había abolido la revolución toda diferencia penal “por razón del rango social del culpable” (1790) y consagrado así la igualdad de la pena. Tras la revolución toda Europa adoptó las reformas penales correlativas.

En España las Cortes Generales y Extraordinarias la declararon abolida para siempre por decreto del 22 de abril de 1811, sin que ningún juez pudiese mandar imponerlas bajo pena de ser destituidos del cargo. La Constitución de Bayona, dictada durante el breve reinado de José Bonaparte, establecía en el Art. 133: “El tormento quedaba abolido; todo rigor o apremio que se emplee en el acto de la prisión o en la detención y ejecución, que no esté expresamente autorizado por la ley, es un delito”. La Constitución de las Cortes de Cádiz de 1812 disponía que: “no se usará nunca el tormento ni de los apremios”. Fernando VII, que declaró nula esa constitución, abolió la tortura judicial el 25 de julio de 1814.

1. 5.- Periodo Científico.

Este período: “consideraba al delito como efecto de complejos factores, el delincuente es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia. El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que readaptar a éste a la sociedad corrigiendo sus inclinaciones viciosas. Tal corrección es el pivote sobre el cual gira este nuevo periodo. La pena como sufrimiento carece de sentido; lo que importa es su eficacia dado aquel fin”.⁴⁹

Si el humanitarismo, vertebrado por la escuela que se denomina Clásica, humanizó las penas - la historia de la pena, como expreso Ihering, es una abolición constante - y garantizó derechos básicos de la personalidad humana frente a las arbitrariedades del poder, edificó, no

⁴⁹ Carranca y Trujillo, Raúl, Ob. cit. Pág. 102.

obstante, su sistema sobre una concepción abstracta del delito. Las ciencias criminológicas vinieron luego a iluminar el problema hasta su fondo y a caracterizar el nuevo periodo en el que la personalidad compleja del sujeto es lo que se destaca en primer término del panorama penal.

Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre la materia penal, puede hablarse del periodo científico. Esta etapa, en rigor, se inicia para algunos con la obra de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara, quien, es el principal exponente de la escuela clásica del Derecho Penal.

El tratadista Fernando Castellanos Tena, establece que algunos autores, señalan: “como principio científico, las doctrinas de los positivistas de fines del siglo XIX, no obstante, tales estudios no forman propiamente parte del derecho penal, los positivistas confeccionaron ciencias causales explicativas de la criminalidad, pero no derecho normativo por esencia. Por otra parte, para la existencia de un conocimiento científico basta con perseguir un fin o una verdad en forma ordenada y sistemática; tal cosa ocurre a partir de la obra admirable del Marques de Beccaria; en consecuencia es desde entonces cuando surge el periodo científico. Sin embargo, ya antes de Beccaria hubo inquietud por el estudio de los problemas del derecho penal y se hicieron algunas sistematizaciones para tratar de resolverlos convenientemente”.⁵⁰

En el nuevo período, al que corresponden el presente y el porvenir, la pena no es un fin en si sino el medio para un fin: la corrección y readaptación del delincuente o, siendo imposible, su segregación. Para la defensa de la sociedad. Al respecto dice Liszt: “la idea de fin, que engendra la fuerza del derecho, esta reconocida en la pena y con este reconocimiento se hace posible utilizar los múltiples efectos de la amenaza penal y de la ejecución de la pena para la protección de los intereses de la vida humana, el legislador, cada vez más separado de la prevención general, se ve obligado a ver el fin de la pena en la adaptación o segregación del delincuente”.

Se refiere que: “Todo el lento y doloroso curso del progreso humano quedo, así desconocido, mediante un circunstancial y deleznable aparato de pretensión filosófico-jurídico, que redujo al hombre, inerme a una cosa en manos del grupo dominante y lo entrego a la

⁵⁰ Castellanos Tena, Fernando, Ob. cit. Pág. 37.

arbitrariedad de un jefe que interpretaba a su modo “la sana conciencia popular”. No hay ni puede haber divorcio con el pueblo cuando la ley penal es dictada democráticamente, atendiendo a la voluntad popular, solo puede haber divorcio si le es impuesta al mismo pueblo por la violencia y el terror. El demagógico sofisma sólo un fin persiguió consagrar la omnipotencia del grupo dominante y gobernante, desconociendo hasta el último vestigio de libertad individual”.⁵¹

El siglo XX participa de un movimiento regresivo. Apenas terminada la Primera Guerra Mundial, la tortura retorna y, desde esa época, constituye una fuente de preocupación. El holocausto nazi, las purgas estalinistas, la crueldad increíble de los servicios de inteligencia militar, de ambos bandos durante la guerra fría, en el conflicto de Vietnam, los métodos de la CIA, etc.

En un informe de la Naciones Unidas dado a conocer por la Comisión de los Derechos Humanos de aquel organismo, se menciona: “las torturas continúan propagándose por el mundo y podrían convertirse en la plaga de principios del siglo XXI”.

Los métodos citados en ese documento van desde golpeaduras y quemaduras, a la extracción de las uñas y los dientes, las descargas eléctricas y las violaciones sexuales. Entre otros más, figuran la asfixia en agua o en excrementos, administración obligada de drogas (muy utilizada durante la guerra de Vietnam), y falta forzada de sueño. Entre las torturas psicológicas se cuentan las ejecuciones simuladas y las amenazas de torturar o matar familiares. De los treinta y tres países investigados sólo se mencionan expresamente a Chile, El Salvador, Guatemala, Ecuador, Honduras, la ex Unión Soviética, ahora Rusia, Irán, Sudáfrica, Afganistán, Indonesia, Uganda e Islas Comores.

Al día de hoy subsisten, aún numerosas y terribles formas de tortura oficiales que, si no pueden inscribirse en los Códigos, tampoco pueden negarse ni ocultarse. “El escándalo no es hoy que se torture, sino que esto se sepa, y todos los esfuerzos tienden, no a hacer cesar las torturas, sino a ocultarlas mejor” – exclamara patéticamente una argelina torturada por los franceses”. Algunas de esas torturas (los azotes, por ejemplo) sí están determinadas en los Códigos, y son defendidas como el castigo más adecuado para los delincuentes considerados como brutales,

⁵¹ Carranca y Trujillo, Raúl, Ob. cit. Pág. 104.

desmoralizados, desprovistos del sentimiento de la dignidad personal, para los que constituye una pena insustituible”, aún cuando la Declaración Internacional de Derechos del Hombre haya proclamado solemnemente al finalizar la II Guerra Mundial que: “nadie será sometido a tortura ni a penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes”... La diferencia entre la tortura antigua y la moderna consiste en que la tortura del siglo XVIII era legal y practicada según ciertos reglamentos y ciertas órdenes del juez o inquisidor, mientras que la practicada hoy es abusiva, porque no está autorizada por la Ley, pero en cuanto a la crueldad y refinamiento en la atroz habilidad de hacer sufrir a la gente, la tortura actual, no tiene nada que envidiar a la antigua. “¡Se han sustituido los borceguíes por la corriente eléctrica!”, gritara un torturado francés ante el Tribunal del Sena en 1947, tres años después de que Camus acusara a los nazis del espectáculo de los camaradas destripados, sus miembros despedazados y sus ojos cegados a talonazos. Señalándose: “Y ésta es la gran contradicción de nuestro mundo: que por un lado somos más conscientes que nunca de que se debe apartar la violencia de entre los medios legítimos que usan los hombres, y por otro lado nunca se ha llegado a los excesos de refinamiento de un campo de concentración, o de un interrogatorio con lavado de cerebro, como en los últimos cincuenta años.”⁵²

México no escapa a las prácticas tan deleznable del tormento practicado por las Autoridades en todas sus épocas, como en el siguiente punto lo comentaremos.

1.6.- Historia y Generalidades en Materia de Legislación de la Tortura en México.

Desafortunadamente, la historia de la práctica de la tortura en nuestro país es larga y abundante. Si bien las circunstancias y objetivos de dicha práctica van desde una visión primitiva hasta una patológica, la tortura siempre ha estado presente en nuestra sociedad. Por tanto, se ofrece una breve pero interesante visión panorámica sobre la práctica de la tortura en nuestro país, a través de diferentes periodos de la historia de su derecho penal, y que son, los siguientes:

a) El Derecho Penal Precortesiano.

Muy pocos datos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores para esclarecer la práctica de la tortura que rigió en esa época; indudablemente los

⁵² Sueiro, Daniel, Ob. cit. Pág. 58.

distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal.; y, debieron haberla practicado. Por lo que: “Se llama Derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortes, designándole así no solo al jurídico de los tres señoríos (el azteca, el maya y el Tarasco), sino también el de los demás grupos”.⁵³

La principal fuente del Derecho Penal Azteca, debió de haber sido la costumbre. No cabe duda, sin embargo, que existieron documentos jurídicos y aún legislación escrita, o mejor dicho, pintada, entre los aztecas. Clavijero nos asegura que en su tiempo aún existían originales de las leyes antiguas en forma de pintura. Entre los principales documentos jurídicos indígenas que han llegado hasta nosotros deben contarse el Código Mendocina, las Leyes de Nezahualcoyotl (adoptadas por Moctezuma I) para que rigieran en el Estado azteca y el libro de Oro que figuran en la obra de Orozco y Berra. Numerosos datos aparecen además diseminados en las obras de los cronistas relativos a las instituciones jurídicas, de carácter penal, civil, mercantil, etc. existente entre los antiguos mexicanos.

Además: “Por lo que toca a las penas cabe advertir que Sahagún menciona la de confiscación, y Pomar cita las de destierro, suspensión y destitución de empleo”.⁵⁴

Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporal, pecuniaria y la muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza.

Para el investigador Carlos H Alba, en su “Estudio comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano”, algunos tipos de delitos son: Entre los Delitos contra la seguridad del Imperio figura: “A los nobles o plebeyos que cometan el delito de traición al soberano se les castigara con el descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de su casa y

⁵³ Chavero, “Historia Antigua y de la Conquista, México a través de los Siglos”, tomo I, Cáp. X, la cita es tomada por Castellanos Tena, Fernando, Ob. cit. pág. 40.

⁵⁴ Moreno M. Manuel, “La Organización Política y Social de los Aztecas”, Editorial Instituto Nacional de

esclavitud para sus hijos”. Como ejemplo de delito contra la moral pública, podemos citar el siguiente: “Los hombres homosexuales serán castigados con la muerte. El sujeto activo será empalado y al pasivo se le extraerán las entrañas por el orificio anal. A las mujeres homosexuales se les aplicara la pena de muerte por garrote.” Dentro del título Delitos contra el Orden de las Familias se lee: “El que Injurie, amenace o golpee a su padre o a su madre será castigado con la pena de muerte y se le considerará como indigno para heredar, por lo que sus descendientes no podrán suceder a sus abuelos en los bienes de éstos”. Por último en el título Delitos contra las personas en su patrimonio: “No cometerá el delito de robo el viajero o caminante que durante su viaje y con el deseo de saciar el hambre, tome menos de veinte mazorcas de maíz de las plantas que se encuentran en la primera ringlera a la orilla del camino.”⁵⁵ Estudio que tuvo su origen del análisis de la “Recopilación de Leyes de los Indios de la Nueva España, Anahuac o México” por Fr. Andrés de Alcóbiz de 10 de Septiembre de 1543.

De las ordenanzas de Netzahualcōyotl, reproducidas por Don Fernando de Alba Ixtlixóchitl, tomamos por vía de ejemplo las siguientes: 1.- “La primera, que si alguna mujer hacia adulterio a su marido, viéndola él mismo, ella y el adúltero fuesen apedreados en el tianguis (mercado); 6.- “La sexta, que si alguna persona matase a otra fuese muerta por ello”; 11.- “La adúltera y el cómplice, si fuesen aprehendidos por el marido en el delito, muriesen apedreados y para justificación fuese bastante la denuncia del marido; pero si este no los aprehendiese en el delito, sino por sospecha los acusase a los jueces y se averiguase ser cierto, muriesen ahorcados.” 4.- “Al adúltero si le cogía el marido de la mujer en adulterio con ella, morían ambos apedreados; y si era por indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorcados y después los arrastraban hasta un templo que fuera de la ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que servían de terceros o terceras.”

Inclusive: “Otros textos se refieren al ladrón, quien debía ser arrastrado por las calles y después ahorcado; al homicida, decapitado; al que se embriagaba hasta perder la razón, que si era noble, ahorcado, y si plebeyo, perdía su libertad a la primera infracción, a la segunda era muerto; a los historiadores que consignaban hechos falsos y a los ladrones del campo que robaban siete o

Antropología e Historia, México, 1962, pág. 128.

⁵⁵ Ibidem pág.43.

más mazorcas, muertos”.⁵⁶

Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques, tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si alguien robaba y no era una persona importante se le declaraba esclavo; pero si era un señor principal se le marcaba el rostro desde la barba hasta la frente.

El pueblo maya no uso como pena ni la prisión, ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles

En el pueblo tarasco: “el adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia, los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba junto con su servidumbre; además, se le confiscaban sus bienes. Al violador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. Al ladrón reincidente se le despeñaba, dejando que su cuerpo fuera devorado por las aves de rapiña”.⁵⁷

El Dr. Raúl Carranca y Rivas, establece que: “El Derecho Penal precortesiano ha sido de nula influencia en Derecho Penal colonial y en el vigente, su estudio pertenece a la arqueología criminal.”⁵⁸

b) El Derecho Penal Colonial.

En nada influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado, a pesar de la disposición del emperador Carlos V, anotada más tarde en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo tanto, la legislación de Nueva España fue netamente europea. Esto represento el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a territorio americano.

⁵⁶ Carranca y Trujillo, Raúl, Ob. cit. pág. 114.

⁵⁷ Castellanos Tena, Fernando Ob. cit. pág. 41.

Recordemos que: “Instaurada así la justicia, los alcaldes guiaron la administración novohispana a partir de las leyes españolas que les conferían poderes casi absolutos en sus localidades y que no variaron considerablemente durante los 300 años de la vida colonial, y aun durante las primeras décadas del México independiente”.⁵⁹

Además: “La Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680, constituyó el cuerpo principal de leyes de la Colonia, completado con los Autos Acordados, hasta Carlos III (1759); a partir de este monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, que dio origen a la Ordenanzas de Intendentes y a las de Minería”.⁶⁰

Estas leyes señalaban como penas: los azotes, la expulsión de la tierra, mutilaciones de miembros, la marca, etc. El método más común de torturar durante este periodo lo constituían los azotes, estos eran propinados de forma pública y constituían un modo de distracción común para el pueblo; generalmente eran utilizados fuetes con puntas de plomo o simplemente pencas de maguey.

Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal existió un cruel sistema intimidatorio para los negros, mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y de azotes, todo por procedimientos sumarios, “excusado de tiempo y proceso”. Contenido en el Libro V denominado “De los mulatos, negros, berberiscos e hijos de indios” (con 29 leyes) de la Recopilación de las

⁵⁸ Carranca y Trujillo, Raúl, Ob. cit. pág. 116.

⁵⁹ “Independientemente de que la función judicial haya sido una facultad delegada estrictamente por el príncipe, por ser él el titular de la potestad, en un principio, los alcaldes de los municipios o cabildos, fueran a quienes se les había delegado esa facultad, desde la promulgación de las leyes nuevas, eran funcionarios elegidos democráticamente, instrucción que por variadas ocasiones fue reiterada por la corona, a fin de afirmar sus políticas de control de los sectores poderosos que iban gestándose en la Nueva España. Empero, la metrópoli, siempre ávida de recursos económicos, a la par de la muy difundida venta de títulos nobiliarios, e inclusive con anterioridad, experimentó y radicalizó la venta de oficios, desde finales del XVI; esto es, la venta de puestos gubernamentales, entre los cuales estaban las escribanías, como los alguacilazgos y finalmente, también quedaron bajo venta las alcaldías otrora puestos de elección popular.” La cita es tomada de Tenorio Tagle Fernando, “500 años de Razones y Justicia, Las Memorias del Ajusticiamiento” editorial Inacipe, Primera edición, 1992. pp. 83-86.

⁶⁰ Ibidem pp. 116-117.

Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680. Para los indios, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los Delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos. Contenido en el Libro VIII denominado “De los delitos, penas y su aplicación” (con 28 leyes) de la Recopilación de las Leyes de los Reynos de las Indias, de 1680.

c) El Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México.

El Santo Tribunal de la Inquisición fue una institución que reglamentó y vigiló el comportamiento religioso, moral y político en la Nueva España. Ejerció el control sobre mentes y cuerpos de españoles, negros, mestizos, mulatos e indígenas por espacio de doscientos cincuenta años. La iglesia y el estado la consideraban necesaria como parte de la educación social sustentándose mediante penas y castigos públicos, basados en el desprestigio social de hombres y mujeres, los inquisidores hacían respetar las normas establecidas.

Se señala que: “La inquisición surgió en sus orígenes como un instrumento auxiliar de la autoridad judicial en cada lugar donde fue instituida. No era una institución permanente, solo constituía un procedimiento eclesiástico para problemas concretos. La inquisición moderna de la España de los Reyes Católicos – heredada al nuevo mundo – fue construida en un contexto de concentración monárquica del poder y de una explosión espiritual renacentista. Fue concebida como una poderosa institución de control social”.⁶¹

Durante el periodo de la conquista, se estableció la Inquisición Episcopal con Fray Juan de Zumárraga, que tuvo una función importante en el control de la población indígena, con el discurso ideológico de llevar a cabo la evangelización y erradicar la idolatría, esto es, hubo funciones políticas, religiosas, sociales y culturales implicadas en este sistema inquisitorial que tuvo un papel definitivo en la introducción del catolicismo. La dureza de los castigos que impuso Juan de

⁶¹ Quezada Noemí, Martha Eugenia Rodriguez y otro. “Inquisición Novo hispana” Editorial UNAM, UAM, Primera Edición, México, 2000, pág. 15.

Zumárraga, hizo que la corona estableciera que los indios fueran Juzgados por el Tribunal Ordinario para castigar sus faltas contra la fe. Para españoles, negros, mulatos y mestizos, en 1571, se estableció el Santo Tribunal de la Inquisición como una institución de control social y vigilancia religiosa. Claro está que se debe mencionar que existieron continuos conflictos generados entre sus representantes, sobre todo fuera de la ciudad de México, para castigar las faltas cometidas contra la fe sin transgredir las normas jurídicas y legales que servían de base a los funcionarios.

Por todo esto, el proceso de conquista, colonización y evangelización provocó el enfrentamiento de dos visiones del mundo, la europea y la mesoamericana. La Corona española, con el objetivo de incorporar a la población indígena buscaba conseguir el orden y el equilibrio entre los diferentes sectores de la nueva sociedad. Para los españoles, negros y grupos de mezcla se implantó como institución de control social “el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición”, brazo normativo de la vida religiosa. Para los indios, el Juzgado Ordinario Diocesano los sancionó en sus faltas contra la fe, mediante el provisor o vicario general, quien delegaba en sus sacerdotes o ministros de doctrina la facultad de juzgar y castigar a sus feligreses, ya que en su calidad de neófitos, los indios no entraban en la categoría de herejes, pero sí en la de idolatras. Los curas funcionaban como inquisidores locales para recibir denuncias, dirigir las testificaciones y aplicar sentencias. Existió una complicada confusión jurisdiccional y numerosas disputas sobre la competencia y funciones y procedimientos entre los juzgados ordinarios, los juzgados civiles y los tribunales inquisitoriales en materia de indios y sus prácticas idolatras. Se menciona además que, para el siglo XVIII, los conflictos diocesanos, propiciando la necesidad de introducir la Inquisición Ordinaria de los Indios y chinos, como parte de los Juzgados Eclesiásticos del Provisorato, siendo de ipso, una inquisición para los indios. Se concluye que ésta fue un aparato represor de una minoría dominante, que documentaba rigurosamente sus acciones, con limitada influencia sobre la mayor parte de la población novo hispana, los indios, a quienes juzgaban los tribunales ordinarios – que no documentaban sus procesos por ignorancia, descuido o tolerancia – y cuyo funcionamiento se vio trastocado por los conflictos de competencia, funciones y procedimientos.

Cuando la Nueva España fue colonizada, Felipe II Rey de España, atendiendo posiciones fundamentalmente del clero, en la real cédula del 25 de Enero de 1569, crea el Tribunal del Santo Oficio, que dependía directamente de España, ya que el Tribunal de la fe no daba todas las garantías necesarias para conjurar el creciente peligro de influencias judaicas y protestantes, que

significaban un peligro para la fe cristiana.

Las características del procedimiento dan una idea clara de la naturaleza, el procedimiento era secreto, se iniciaba con una denuncia, aunque fuera anónima, el acusado no sabía el nombre de su acusador, ni del delito, no sabía el nombre de los testigos, y se hacía todo lo posible para que no los averiguara. El defensor era un integrante del mismo tribunal, la prisión preventiva era indefinida, se conocía toda clase de delitos, y se torturaba cruelmente a los acusados para hacerlos confesar. La evidencia era secreta y no se daba ningún elemento de defensa, se prohibía toda comunicación, incluso con otros reos, estaban autorizadas todo tipo de penas, como son: la infamia, los azotes, el tormento, la confiscación de bienes, el destierro y otras de carácter trascendental. Era un tribunal de conciencia no sujeto a la aplicación exacta de la ley.

Entre las torturas más comunes se encontraban las siguientes: la de los corceles (consistía en estrangulamiento de miembros hasta lograr la confesión); el potro o burro (que producía fractura de huesos); el del agua (consistía en colocar un lienzo muy fino llamado toca, sobre él se vertía agua lentamente, con lo que se adhería la tela a las ventanas de la nariz y la boca, impidiendo la respiración).

Dentro de: “las Picotas o rollos” ⁶² la de la Nueva España, fue la primera de las de América cuya fecha cierta sabemos: el 22 de abril de 1519, viernes Santo, cuya circunstancia la ciudad nueva mereció que se llamara “Villa Rica de la Veracruz”. Bernal Díaz del Castillo nos lo dice en cuatro palabras: “y diré como se puso una picota en la plaza, y fuera de la villa una horca”.

⁶² La Picota fue el Poste de ejecución de la pena de exposición de los reos a la vergüenza y de la exhibición de los restos corporales de éstos, como escarmiento general. Es la Estatua representativa de la penalidad durante una larga época que va desde los siglos centrales de la Edad Media hasta principios del siglo XIX. Por lo general, este poste fue el propio rollo jurisdiccional del lugar respectivo, como emblema que era éste de la soberanía del señor de la localidad y consiguientemente del ejercicio de la justicia punitiva, en todo su desarrollo, hasta la muerte, de que estaba investido, o sea del imperio, como se decía entonces. En la asociación íntima que con la picota mantiene el rollo jurisdiccional, el rollo es la totalidad, el conjunto de la institución; la picota, su ejercicio penal. “Picota es la palabra popular, representativa de algo – el rollo – que acaba en punta. Acaso pueda ser una palabra, la única que se conserva, de la primera, de la más antigua “germanía”, o lengua de los malhechores de Castilla, expresiva de una característica. Terminal muy pronunciada del propio rollo jurisdiccional, que casi siempre se presenta arquitectónicamente como una esbelta columna rematada en un cono o en una pirámide truncada. Bernaldo de Quirós Constancio, “La Picota en América”, Editorial Jesús Montero, Cuba, 1948. pág. 13 y 14.

Aparato punitivo que bien pronto hubo que poner en uso, para reprimir una traición contra Hernán Cortes, que envió a la horca a Juan Escudero y a Diego Cermeño y a distintas penas corporales a Gonzalo de Umbria (amputación de los pies) y a Alfonso Peñate (azotes). “Salvándose sólo del rigor de la penalidad, en consideración a su estado religioso, el P. Juan Díaz, compañero de Fray Bartolomé de Olmedo”.⁶³

d) Época Independiente

“La Constitución de Cádiz, del 19 de marzo de 1812. Con sus 384 artículos es la más larga de la historia española. Y ello no sólo porque es, prácticamente la primera y necesita innovarlo todo, sino porque sus autores se creyeron obligados a especificar, punto por punto, extremos que más tarde sería frecuente excluir de los códigos fundamentales. el artículo 303 establecía: “no se usará nunca del tormento ni de los apremios”. Nada más era preciso declarar, porque entre nosotros se sabía, con creces, de los horrores inquisitoriales”⁶⁴

Uno de los primeros antecedentes Constitucionales en contra de la tortura se estableció en el artículo 32 de los “elementos constitucionales de Rayón”, elaborados por Don Ignacio Rayón en Agosto de 1811, al referir: “Que queda proscrita como bárbara la tortura, sin que pueda lo contrario admitirse aún a discusión”.⁶⁵

En el artículo 18 de los “Sentimientos de la Nación”, propuestas sugeridas por Don José María Morelos y Pavón, para la constitución de Apatzingan, suscritos en Chilpancingo, el 14 de septiembre de 1813, se indicó: “Que en la nueva legislación no se admitía la tortura.”

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814. En los papeles de Morelos y de los primeros constituyentes, aparece esbozada la nueva sociedad que proponen a los mexicanos. Aunque la carta constitucional no llegó a regir la vida política de un Estado que para entonces no acababa de surgir, es de importancia básica para comprender la evolución posterior de las ideas y de las instituciones políticas mexicanas. Se

⁶³ Ibidem pág. 46.

⁶⁴ Carrillo Prieto Ignacio Ob. cit pág. 101.

⁶⁵ Tena Ramírez Felipe, “Leyes Fundamentales de México, 1808-2002”, 19° Vigésima Tercera Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 23-27.

establece en dicha declaratoria “solo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido algún ciudadano... Debe reprimir la ley todo rigor que no se contraiga precisamente a asegurar las personas de los acusados... La Ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y útiles a la sociedad... La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: está no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos... Son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un ciudadano sin las formalidades de ley... Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declara culpable... No podrá el Supremo Gobierno arrestar a ningún ciudadano en ningún caso más de cuarenta y ocho horas, dentro de cuyo término deberá remitir al detenido al tribunal competente con lo que se hubiese actuado”.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, de 4 de octubre de 1824. Previno tajantemente: “ninguna autoridad aplicará clase alguna de tormentos, sea cual fuere la naturaleza y estado del proceso, artículo 149 y A ningún habitante de la República se le tomara juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales, artículo 153”.

Las constituciones locales también enfrentaron la “crueldad consagrada” que dijo Beccaria. La de Coahuila y Tejas la prohibió para siempre: “No se usara nunca de tormentos y apremios”. Guanajuato estatuyo: “En el curso de las causas quedan extinguidas para siempre las promesas, amenazas y violencias, sin que puedan imponerse a los delincuentes otras maneras que sólo servían para asegurar y en ningún modo para molestar a los presos”. La Constitución del Estado de México prescribió que: “nunca se usará del tormento ni de los apremios”. Los neolonenses dijeron: “nunca se usara de tormentos”, al igual que los oaxaqueños cuando declararon: “nunca se podrá usar con los presos del tormento ni de los apremios”. La queretana decretó: “Queda prohibido para siempre el uso de toda clase de tormento”.

En las leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836, la Quinta de las Leyes, suscritas en la ciudad de México el 29 de diciembre de 1836, dispone en su artículo 49: “Jamás podrá usarse el tormento para la averiguación de ningún genero de delito.” Además, “las declaraciones del procesado serán recibidas sin juramento por lo que respecta a sus propios hechos.”

El Proyecto de Reforma de Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México, en Junio de 1840, afirma en su artículo 9, fracción VI, que son derechos del mexicano: “Que no se puede usar el tormento para la averiguación de los delitos, ni de apremio contra la persona del reo, ni exigir a éste juramento sobre hechos propios en causa criminal.”

El artículo 7 del Primer proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana fechado en la ciudad de México el 25 de agosto de 1842, en el apartado de las Garantías Individuales establece: “La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes: XI.- Nunca se podrá usar el tormento para el castigo de los delitos, ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando él lo confesare libre y paladinamente, en la forma legal.”

El voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la ciudad de México el 26 de agosto de 1842, contiene un artículo 5º conforme al cual: “La Constitución otorga a los derechos del hombre, las siguientes garantías: “XII... En los procesos criminales, ninguna constancia será secreta para el reo; nunca podrá ser obligado por tormentos, juramentos, ni otra clase alguna de apremio, a confesarse delincuente...”

Además, en el rubro de Disposiciones Generales sobre la Administración de Justicia, ordenó que a los reos se les recibiese su declaración preparatoria sin juramento ni promesa de decir verdad, dentro de las veinticuatro horas siguientes al auto de prisión.

El segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la ciudad de México el 2 de noviembre de 1842, en su artículo 13, reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia, las siguientes garantías: “XVI. Nunca se podrá usar el tormento para el castigo de los delitos, ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando él lo confesare libre y paladinamente en la forma legal.”

Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional de 14 de Junio de 1843, último intento constituyente de los conservadores, enumeran

en su artículo 9º entre otros derechos de los habitantes de la República, el de que: “X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por que se le juzga”. Esta norma reviste especial importancia dado que, por vez primera en nuestro Derecho, abandona la mención específica del tormento para referirse, en forma genérica, a toda clase de “apremio o coacción” que pueda llevar al reo a confesar el hecho por el que se le juzga.

El Estatuto Orgánico Provisional de la Republica Mexicana, de 15 de mayo de 1856, producto de la victoria de los partidarios del Plan de Ayutla, que se legitimo invocando el peligro que, bajo Santa Anna, corrieron la independecia y la libertad de la Nación, bajo el rubro de la Garantías Individuales y más precisamente subsumiéndola en la seguridad, en su artículo 54 estableció: “A nadie se tomará juramento sobre hecho propio en materia criminal, ni podrá emplearse genero alguno de apremio para que el reo se confiese delincuente, quedando en todo caso prohibido el tormento”.

La Constitución Política de la República Mexicana, del 5 de febrero de 1857, retoma la clásica declaración de los derechos del hombre, que en su titulo primero, los transmuta en seguida en garantías, es decir, los reconoce primero para, sobre una base jurídica, iniciar el edificio de la ley a partir de la cual, a su vez, se arregla racionalmente al individuo como creador y destinatario del derecho y a la sociedad como una instancia en que el hombre se reconoce plenamente como tal. La tortura es ahora considerada bajo la especie de las penas. El artículo 22 establece: “quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales”. No es correcto este desplazamiento, pues bien se sabe que la tortura no es declarada como pena y que aparece antes de la sentencia en que esa se contiene. No obstante este enfoque deficiente o distorcionante, el constituyente liberal advirtió, en el artículo 19 y a propósito de la detención, que “todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades”.

e) Época Posrevolucionaria.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, que reforma la del 5 de febrero de 1857, reprodujo, en el artículo 19 la preocupación de los liberales de

1857: “Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.” Además, el artículo 20 señala: “En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías: la fracción II establece: 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.” Ahí, sin mencionar su nombre, en primer plano, surge la tortura, que es el medio empleado con mayor frecuencia, quizá el único medio, para forzar una confesión o declaración.” En el artículo 22 se señala: “Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.”

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en materia del Fuero Federal de 1929. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931, Señala en su artículo: “214.- Comete el delito de ejercicio indebido de servicio público, el servidor público que: V.- Teniendo la obligación por razón de su empleo, cargo o comisión, de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos, incumpliendo su deber, en cualquier forma propicie daño a las personas, o a los lugares, instalaciones u objetos, o pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado. Imponiéndose de dos años a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometer el delito y destitución e inhabilitación de dos años a siete años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

El artículo 215 señala: “Cometen el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las infracciones siguientes: II.- cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare. Imponiéndose de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos; así como la fracción VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones. Imponiéndose de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

El artículo 219, señala: “Comete el delito de intimidación: I.- El servidor público que por sí, o por interpósita persona, utilizando la violencia física o moral, inhiba o intimide a cualquier persona para evitar que ésta o un tercero denuncie, formule querrela o aporte información relativa a la presunta comisión de una conducta sancionada por la legislación penal o por la Ley Federal de responsabilidades de los Servidores Públicos. Imponiéndose de dos a nueve años de prisión, multa por un monto de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometer el delito, destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.”

El artículo 225 referente a los “Delitos cometidos por los servidores públicos” se establece: “Son delitos contra la administración de justicia, cometidos por servidores públicos los siguientes: VII.- Ejecutar actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien una ventaja indebidos. Imponiéndose pena de prisión de uno a seis años y de cien a trescientos días multa; XII.- Obligar al indiciado o acusado a declarar en su contra, usando la incomunicación o cualquier otro medio ilícito. Imponiéndose pena de prisión de dos a ocho años y de doscientos a cuatrocientos días multa.

En todos los delitos previstos en este capítulo, además de la pena de prisión correspondiente, el agente será privado de su cargo e inhabilitado para el desempeño de uno nuevo, por el lapso de uno a diez años.

Artículo 227.- Las disposiciones anteriores se aplicarán a todos los funcionarios o empleados de la administración pública, cuando en el ejercicio de su encargo ejecuten los hechos o incurran en las omisiones expresadas en los propios artículos.”

El artículo 282 señala: “ Se aplicará sanción de tres días a un año de prisión y multa de cien pesos: I.- Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien está ligado con algún vínculo, y II.- Al que por medio de amenazas de cualquier genero trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.” ⁶⁶

⁶⁶ Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia

Sobre las Declaraciones, Tratados, Convenciones, Pactos internacionales que nuestro país ha suscrito contra la tortura, así como las leyes Federales correspondientes, serán mencionados los temas correspondientes en el Capítulo Segundo del presente estudio.

1.6.1 Referencias Históricas en Leyes Penales que fueron Vigentes en el Estado de México.

Al instaurarse la República Federal en nuestro país, las antiguas intendencias pasaron a ser estados, según disponía el acta constitutiva de la Federación, promulgada el 31 de enero de 1824. Este fue el origen jurídico de las entidades federativas, el Estado de México, tiene existencia legal desde el 2 de marzo de 1824, fecha en que se declaró instalado su congreso, que a su vez designó a los responsables de los Poderes del Estado.

El Estado de México se erigió con el territorio que había formado parte de la intendencia de México, sus límites fueron modificados, cuando se creó el Distrito Federal y en el momento de erigirse los estados de Guerrero, Hidalgo y Morelos. Sus capitales lo fueron: Texcoco, San Agustín de las Cuevas (Tlalpan), Toluca y algunas casuales como Lerma, Sultepec y Metepec. Han sido cuatro sus Constituciones a partir del decreto de 2 de marzo de 1824, que son: la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dada en Texcoco el 14 de Febrero de 1827, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dada en Toluca el 12 de octubre de 1861, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dada en Toluca el 14 de octubre de 1870 y la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México dada en la ciudad de Toluca el 31 de octubre de 1917 (actualmente vigente).

“Los antecedentes primarios de la normatividad en el Estado de México, es posible dividirlos en 5 periodos y que son los siguientes: 1) Las disposiciones expedidas por el Poder Legislativo del 2 de Marzo de 1824 hasta el 14 de Febrero de 1827; 2) Las leyes expedidas por el Poder Legislativo del 15 de Febrero de 1827 hasta el 12 de Octubre de 1861; 3) Las Disposiciones expedidas por el Poder Legislativo del 13 de Octubre de 1861 hasta el 14 de Octubre de 1870; 4) Las Disposiciones expedidas por el Poder Legislativo del 15 de Octubre de 1870 al 31 de Octubre de 1917, y; 5) Las Leyes expedidas por el Poder Legislativo del 1º de noviembre de 1917 hasta la

del Fuero Federal. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 14 de agosto de 1931, Editorial Porrúa, México, 1990.

fecha”.⁶⁷

Conforme a la autorización contenida en el Decreto (número 27) del 12 de enero de 1875, aún siendo Gobernador Constitucional el Lic. Alberto García, expidió el Código Penal, siendo éste el primer ordenamiento, estando integrado por 1802 artículos, distribuidos en 3 libros. Los artículos que señalan algunas situaciones relacionadas con castigos o tormentos son:⁶⁸

El artículo 28.- “Son circunstancias agravantes de 3ª clase”:⁶⁹ I.- Cometer el Delito haciendo violencia física o moral al ofendido (no específica particular o servidor público); El artículo 80.- Se podrán emplear como agravantes, las siguientes: II.- La disminución de alimentos; V.- Incomunicación absoluta; VI.- Incomunicación absoluta, con trabajo; VII.- Incomunicación absoluta, con trabajo fuerte; El artículo 83.- La pena de muerte se ejecutará siempre sin añadirle ninguna clase de tormento que aumente los sufrimientos del reo, aunque su delito tenga cualidades agravantes, el artículo 127.- se prohíbe imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada en una ley exactamente aplicable al delito de que se trate, anterior a él, y vigente cuando éste se cometa.

El Artículo 269.- Los abusos de autoridad constituyen los delitos oficiales; el Artículo 270.- Hay abuso de autoridad, siempre que el empleado ó funcionario público, hace mal uso de las atribuciones que le concede la ley ó un reglamento especial, omite el cumplimiento de sus preceptos, los extralimita o los resiste; el Artículo 271.- Son circunstancias agravantes en los delitos oficiales: II.- Obrar deliberadamente, con intención marcada en sus propios actos, de perjudicar á un tercero; III.- Abusar de la fuerza pública armada; IV.- Cometer un delito en persona presa, ó inmediatamente sujeta al responsable; V.- Ceder á la influencia de alguno para causar mal á un tercero; VIII.- VALERSE DEL TORMENTO COMO MEDIO PARA LA PERPETRACION DEL DELITO; XVII.- Hacer cómplice de un delito oficial á algún reo ó

⁶⁷ Sánchez y Sánchez, Gerardo, “Panorámica Legislativa del Estado de México 1824-1993”, Primera Edición, Editorial IAPEM, Toluca, México, 1993, Biblioteca del Poder Legislativo “Dr. José María Luís Mora”, pp. 7-8.

⁶⁸ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de México, Tomo XII, Toluca, 1875, Editorial “Imprenta del Instituto Literario”, dirigida por Pedro Martínez, Archivo Histórico del Estado de México.

⁶⁹ Las circunstancias agravantes del delito se establecían desde 1ª hasta 6ª clase, que iba desde aumentar 6 décimas partes la pena, hasta aumentar una décima parte, establecido así en el artículo 24 del Código Penal vigente en 1875.

persona sujeta por algún hecho punible á la vigilancia, inquisición o juicio de la autoridad; XVIII.- Cometer el delito oficial después de haber recibido órdenes o instrucciones en contrario sentido, del superior respectivo; XIX.- Ejercer un acto de la autoridad, que aunque lícito en sí, sirva de medio para la perpetración del delito oficial; XX.- Suponer ordenes o instrucciones de la autoridad superior respectiva, al ejecutar actos oficiales punibles.

El Artículo 277.- El abuso de autoridad contra los particulares comprende: XIII.- imponer a los reos privaciones indebidas o rigor innecesarios; XIV.- Imponer penas no prescritas por la ley; XVII.- Omisión en el ejercicio de sus atribuciones; XXIV.- Violencias ilegítimas contra particulares.

El Artículo 326.- Si al ejecutar una sentencia se hiciere más grave la pena á que el reo hubiere sido sentenciado, ya porque se le prive de alimentos, ya porque se le torture de algún modo, ó ya porque de cualquier manera se le haga más grave su condición, se castigará al responsable con la destitución del empleo ó cargo, y prisión por tres meses, sin perjuicio de que si la agravación de la pena hubiere causado al reo alguna lesión ó la muerte, se castigue á aquel acumulando la pena anterior con la que la ley imponga por la lesión ó el homicidio considerándolo cometido con circunstancia agravante de cuarta clase.

El Artículo 345.- El funcionario ó autoridad que viole el artículo 22 de la Constitución General, aplicando penas inusitadas o trascendentales, ó las otras de que hace mención dicho artículo, se castigará con la destitución del empleo ó cargo, prisión de seis meses, e inhabilidad para desempeñar el mismo cargo ú otro superior en escala, por tres años.

El Art. 360.- El funcionario, empleado o autoridad, que moleste á los reos durante su prisión con privaciones indebidas o con un rigor innecesario para su seguridad, ó para el esclarecimiento de los hechos será castigado con las mismas penas de que habla el artículo 326.

Artículo 361.- El funcionario ó autoridad que imponga a un reo una pena no prescrita por la ley; si dicha pena llega a ejecutarse, será castigado con las dos terceras partes de la diferencia que haya entre la pena impuesta y la determinada por la ley. Si el hecho castigado no estuviere penado por la ley. Se impondrá al funcionario responsable tres cuartas partes de la pena que

indebidamente haya aplicado en el caso de que esta fuere la de muerte, y si se hubiere ejecutado, se observará lo dispuesto en el artículo 346. Si la pena fuere la de muerte, y no se hubiere ejecutado, se impondrán al reo cuatro años de prisión.

Pero si la pena indebidamente pronunciada, no fuere la de muerte, ni hubiere llegado a ejecutarse, se aplicara al funcionario responsable una cuarta parte de la que hubiere impuesto.

Artículo 398.- El funcionario de cualquier carácter, que en el desempeño de sus funciones, cometiere vejaciones injustas contra las personas, ó usare de apremios ilegítimos o innecesarios para el desempeño del servicio respectivo, no, estando comprendidos tales casos en artículos especiales de este código, será castigado con suspensión por dos meses y multa de cincuenta pesos.

De 1912 a 1917, se suspende de hecho la vigencia de este Código, es hasta el 18 de agosto de 1917, cuando la XXIV Legislatura, ordenó la vigencia de los decretos 2 y 4 de 3, 5 y 10 de Abril de 1916, expedidos por el General y Doctor Rafael Zepeda, por los cuales se declararon vigentes en el Estado de México, los Códigos Federales.

El Código de Procedimientos Judiciales en Materia Criminal para el Estado de México, vigente en el año de 1876, señalaba lo siguiente: ⁷⁰ Artículo 2.- La violación de los derechos que garantiza la ley penal, da lugar a dos acciones, la Penal y la Civil. La Penal tiene por objeto el castigo del culpable. La Civil, que solo puede ejercitar la parte ofendida ó su causahabiente, no debe tener más objetos que los que se expresan en el libro segundo del Código Penal.

Artículo 9.- La Policía en materia Judicial tiene por objeto la investigación preliminar al juicio, de los Delitos y faltas que la administración no haya podido impedir, la reunión de sus pruebas, y el descubrimiento de sus autores y cómplices

Artículo 13.- Los agentes de la policía tienen obligación de perseguir y aprehender á los delincuentes, reunir las pruebas de su delincuencia, y la de la comisión del delito, consignando

⁷⁰ Código de Procedimientos Judiciales en Materia Criminal para el Estado de México, Volumen Segundo, Tomo XII del Decreto que contiene el Código Penal, Toluca, 1876, Editorial "Imprenta del Instituto Literario", dirigida por Pedro Martínez, Archivo Histórico del Estado de México.

todo a la autoridad judicial dentro de las veinticuatro horas á más tardar. Está Consignación la hará directamente ó por los conductos que las leyes establecen.

Artículo 129.- En general en todos los Delitos en que se haga un daño, ó se ponga en peligro á las personas, ó a la propiedad ajena de diferente modo de aquellos á que se refieren los artículos anteriores, el juez deberá comprobar la calidad de la fuerza ó astucia que se haya empleado, los medios o instrumentos de que se haya hecho uso, la importancia del daño causado ó que se haya pretendido causar, e igualmente la gravedad del peligro para la propiedad, la vida, la salud ó la seguridad corporal de las personas.

Artículo 136.- Si al Detenido por culpable se le ha privado de su libertad, la declaración indagatoria debe tomarse dentro de las veinticuatro horas de haber sido detenido, con pena de responsabilidad.

Artículo 212.- Fuera del caso de pena impuesta por sentencia, la libertad de las personas solo puede restringirse con el carácter de detención, ó con el de prisión preventiva; pero es necesario que se verifique en los términos que señala la ley y por los funcionarios y agentes á quienes expresamente se compete esa facultad. El arresto se considera en todo caso como una pena, que solo podrá aplicarse en los casos que determina el Código Penal.

Artículo 213.- Ninguno podrá ser aprehendido sino por los agentes á quienes la ley da facultad de hacerlo, en virtud de orden escrita de autoridad competente, y cuando contra el aprehendido obren indicios de ser responsable de algún hecho u omisión ilícitos, penados por la ley.

Artículo 215.- El mandamiento de aprehensión se entregará á los agentes de la policía, quienes cuidarán de asegurar la persona, evitando violencia y el uso innecesario de la fuerza, y la entregarán al jefe de la prisión, dejando ahí el mandamiento escrito, en virtud del cual se hubiere procedido á la aprehensión. Los alcaldes de las cárceles no podrán recibir detenida á persona alguna sin asegurarse previamente del mandamiento escrito en que se hubiere ordenado la aprehensión.

Artículo 217.- La detención en ningún caso podrá exceder de tres días; El Artículo 218.-

La detención trae consigo la incomunicación del acusado: para levantarla es necesario mandamiento escrito expreso.

Artículo 219.- La incomunicación no impide que se faciliten al que la sufra, todos los auxilios compatibles con el objeto de esta precaución, y los medios de recreo y distracción que no los hagan ilusoria. El incomunicado, en casos urgentes, podrá hablar con otras personas, o comunicarse con ellas por escrito, á juicio del juez siempre que la conversación se verifique á presencia de este funcionario, ó que por su conducto se remitan las cartas abiertas.

Artículo 220.- La incomunicación no se prolongará por más de tres días, sino por mandamiento expreso del juez.

El 30 de Diciembre de 1936, la XXXIV Legislatura Constitucional del Estado, mediante decreto No 62, concedió facultades extraordinarias al Gobierno del Estado, para que dentro del receso de la misma legislatura, comprendido del 1º de Enero al 31 de Agosto de 1937, procediera al estudio y expedición de nuevos códigos penal y de procedimientos penales, como se desprende del inciso b) del referido decreto, que fue promulgado por el entonces Gobernador Eucario López Contreras, el 30 de Diciembre de 1936 y publicado en la gaceta del Gobierno el 6 de Enero de 1937.⁷¹

Como resultado del ejercicio de estas facultades extraordinarias, el citado Gobernador del Estado de México, expidió el 21 de julio de 1937 el Código Penal para el Estado de México, mismo que estuvo en vigor hasta el año de 1956.

Dentro del citado ordenamiento se establece lo siguiente: Artículo 197.- Al que cometa el delito de abuso de autoridad, se le impondrán de un mes a 6 años de prisión, multa de veinticinco a mil pesos y destitución del empleo.

Artículo 198.- Comete el delito de abuso de autoridad todo funcionario público, agente de gobierno o sus comisionados, sea cual fuere su categoría, en los casos siguientes: II.- Cuando,

⁷¹ Código Penal para el Estado de México, Tomo XLIII, Decreto No 62, Gaceta de Gobierno, Anexo 11, Editorial, Talleres Gráficos de la Escuela Industria, 384 arts y 3 arts transitorios, Archivo Histórico del Estado de México, 1936.

ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona, sin causa legítima, o la vejare, o la insultare; IV.- Cuando ejecute cualquiera otro acto arbitrario y atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución; XI.- El funcionario que, teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad, no la denunciare a la autoridad competente o no la haga cesar, si esto estuviere en sus atribuciones; y, XII.- Cuando ejecute un acto que constituya una extralimitación de las funciones que le estén encomendadas por las leyes que norman su competencia, y también cualquier violación a los preceptos imperativos de las mismas leyes, siempre que, que en uno u otro caso, se cause un perjuicio, daño o mal de cualquier especie a un tercero.

Artículo 340.- Se aplicarán prisión de uno a seis meses y multa de diez a cien pesos: “II.- Al que de alguna manera viole, con perjuicio de otra persona, los derechos y garantías establecidas por la Constitución General de la República a favor de las personas.”

El Código de Procedimientos Penales vigente en 1937, señala en sus artículos lo siguiente:⁷² Artículo 172.- En ningún caso y por ningún motivo podrán emplear la incomunicación, ni otro medio para lograr la declaración del detenido.

En el año de 1956, cuando la XXXIX Legislatura, mediante Decreto No 71 del 16 de marzo de 1956, aprobó el Nuevo Código Penal para el Estado de México, Código que fue promulgado el 6 de Abril de 1956, por el entonces Gobernador Salvador Sánchez Colín, y publicado en la Gaceta del Gobierno, del 7 de Abril del propio año, dicho Código contenía 348 artículos y 3 artículos transitorios.

Este Código Penal estuvo inspirado en principio por el Código Penal de 1931, para el Distrito Federal y Territorios Federales, así como las legislaciones más adelantadas del país, en ese momento, como son: el Código Penal para el Estado de Veracruz, el Código de Defensa Social de Puebla, Hidalgo, Sonora, Yucatán y el Nuevo Código Penal para el Estado de Morelos.

Es creada una nueva Ley de Responsabilidades de los funcionarios y empleados públicos

⁷² Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, Tomo XLIV, Gaceta de Gobierno, Decreto No 62, Editorial Talleres Gráficos de la Escuela Industrial, 618 arts publicados y 6 arts. Transitorios, Archivo Histórico del Estado de México, 1937.

del Estado, de los Municipios y Organismos públicos descentralizados, se reestructura el Título Séptimo del Código Penal, los Delitos de “Responsabilidad Oficial” pasan o se incluyen los tipos penales en esta nueva ley, con la correspondiente sanción.

Este Código señala: Artículo 314.- Se aplicaran prisión de uno a seis meses y multa de 10 a 100 pesos: “II.- Al que de alguna manera viole con perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República a favor de las personas.”

El Título Séptimo, Libro Segundo, de la Responsabilidad Oficial, relativo al Abuso de Autoridad, fue suprimido por imperativo del artículo 128 de la Constitución Política Local que crea una nueva ley (ya enunciada) absorbiendo dentro de un cuadro normativo todas aquellas reglas que sobre responsabilidad oficial, existían dispersas en diversos cuerpos de leyes locales, su composición requirió de la asociación de capítulos sobre responsabilidad oficial.

Deja en el ámbito propio de una ley especial la organización y represión de los Delitos de responsabilidad oficial, que reciben en este particular ordenamiento un tratamiento adecuado a la naturaleza sui generis de este tipo de infracciones y una modulación tanto sustantiva como adjetiva de los problemas jurídicos y judiciales que suscitan tales delitos, se conservan las mismas penas en dicha ley y se reprodujo cualitativamente los mismos términos de mínimos y máximos que establecía el Código Penal de que se trata para esta clase de Delitos.

Este Código estuvo vigente hasta el año 1960, por haber expedido la XLI Legislatura, el Código Penal de 1961, según se desprende del Decreto No 15 del 29 de noviembre de 1960, publicado en la Gaceta del Gobierno, correspondiente al 4 de enero de 1961. (Este Código no señalaba ningún tipo, en referencia a la Tortura, toda vez que fuera creada la Nueva Ley de Responsabilidades), únicamente se estableció el Artículo 197.- Se impondrán de cinco a treinta años de prisión y multa hasta de cincuenta mil pesos, al que prive a otro de la libertad con el fin de obtener rescate, o causar daños o perjuicios al plagiado o a otra persona relacionada con éste, haciendo uso de amenazas graves, de maltrato o tormento u ostentándose como autoridad; en camino público en paraje solitario, o ejecutando el hecho obrando en grupo o en banda.

Igualmente señala el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México,

para 1961, lo siguiente: Artículo 107.- Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, esta obligado a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición, desde luego, a los inculcados, si hubieren sido detenidos.

Artículo 108.- La omisión de denunciar el delito será sancionada por el Procurador de Justicia con una multa de diez a dos mil pesos, sin perjuicio de que se proceda penalmente contra el omiso, si su omisión constituyera otro delito.

Artículo 119.- Cuando una autoridad distinta del Ministerio Público practique diligencias de policía judicial remitirá a éste, dentro de tres días de haberlas iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiere detenidos, la remisión se hará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención.

Estos mismos plazos regirán para que el Ministerio Público remita al Tribunal competente la averiguación inicial, excepto en el caso en que no hubiere detenidos y sea indispensable que el propio Ministerio Público retenga las primeras diligencias para el mejor éxito de la investigación. Practicadas las diligencias urgentes que motivaron la retención, el funcionario citado hará la consignación correspondiente.

Artículo 120.- Cuando se presentare el funcionario o agente que hubiere iniciado una averiguación, ante un funcionario del Ministerio Público, éste podrá continuar por sí mismo la averiguación, en cuyo caso el primero cerrará el acta en el estado en que se encuentre, y la entregará a dicho funcionario, así como los detenidos y los objetos que se hayan recogido, comunicándole todos los demás datos de que tenga noticia; pero si el Ministerio Público lo estima conveniente para el éxito de la averiguación, podrá encomendar a quien la haya iniciado, que la continúe bajo su dirección, debiendo el funcionario o agente comisionado acatar sus instrucciones y hacer constar esa intervención en el acta.

Artículo 121.- Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial determinarán en cada caso que personas quedaran en calidad de detenidas y en que lugar haciéndolo constar en el acta respectiva.

Por último, éste Código prolongó su vigencia hasta el 8 de enero de 1986, al expedirse el Código Penal del Estado de México que ha sido reformado y adicionado en diversas ocasiones, mediante diversos decretos.

Igualmente señala el Código Penal vigente en el Estado de México, para 1985, lo siguiente: Artículo 135.- Comete el delito de incumplimiento de funciones públicas, el servidor público que incurra en alguna de las conductas siguientes: I.- Omitir la denuncia de alguna privación ilegal de la libertad de la que tenga conocimiento o consentir en ella, sí está dentro de sus facultades evitarla.

Artículo 139.- Se impondrán de tres meses a cinco años de prisión y destitución del cargo e inhabilitación de tres meses a cinco años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, al servidor público que en razón de sus funciones y excediéndose en su ejercicio, realice dolosamente un hecho arbitrario o indebido.

Comete asimismo el delito de abuso de autoridad, el miembro de los cuerpos policíacos y de los establecimientos de detención que incurra en alguna de las infracciones siguientes: I.- Cuando en ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, violentare de palabra o de obra a una persona sin causa legítima; V.- Cuando por sí o a través de otra persona, ejerciendo violencia física o moral, desaliente o intimide a cualquier persona para impedir que ésta o un tercero denuncie o formule querrela, informe sobre la presunta comisión u omisión de una conducta delictiva o de la que pudiera resultar responsabilidad administrativa; VI.- Cuando realice alguna conducta ilícita u omita una lícita debida, que lesione los intereses de la persona que presente la querrela o denuncia a que se refiere la fracción anterior, o contra algún tercero con quien dicha persona guarde vínculo familiar, de negocio o afectivo; VII.- Cuando sin mandato legal prive de la libertad a personas o las mantenga en incomunicación; **IX.-** Cuando realice detenciones arbitrarias y/o por sí o valiéndose de un tercero y en el ejercicio de sus funciones, inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos o la coacción física o moralmente con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, inducirla a un comportamiento determinado o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

En el caso previsto en la fracción que antecede, la sanción consistirá en pena privativa de

libertad de dos a diez años, doscientos a quinientos días multa, privación de su cargo e inhabilitación para el desempeño de cargo, empleo o comisión de carácter público, hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta.

Si además del delito consignado en este precepto resulta otro diverso, se estará a las reglas de concurso de delitos.

“Mediante decreto de fecha 17 de octubre de 1988, por el que se adiciona el artículo 139, se reforma el primer párrafo del artículo 301, publicado en la Gaceta del Gobierno el 29 de octubre de 1988, con reformas igualmente en octubre de 1991 y marzo de 1993”.⁷³

Señalando el artículo 139.- Se impondrán de tres meses a cinco años de prisión y destitución del cargo e inhabilitación de tres meses a cinco años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, al servidor público que en razón de sus funciones y excediéndose en su ejercicio, realice dolosamente un hecho arbitrario o indebido.

Comete así mismo el delito de abuso de autoridad el miembro de los cuerpos policíacos y de los establecimientos de detención que incurra en alguna de las infracciones siguientes:

I.- Cuando en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, violentare de palabra o de obra a una persona sin causa legítima; II.- Cuando sin causa justificada retrase o niegue a los particulares la protección o servicio que sea su obligación prestar, o impida la prestación o el curso de una solicitud; IV.- Cuando siendo responsable de cualquier establecimiento de detención preventiva o administrativa, reciba como presa, detenida, arrestada o interna, sin orden de autoridad competente a una persona, o la mantenga privada de sus libertades, sin poner en conocimiento el hecho a la autoridad que corresponda; niegue que se encuentra detenida si lo estuviere, o no cumpla la orden de libertad girada, por autoridad competente dentro del término de legal; V.- Cuando por sí o a través de otra persona, ejerciendo violencia física o moral, desaliente o intimide a cualquier persona para impedir que ésta o un tercero denuncie a formule querrela, informe sobre la presunta comisión u omisión de una conducta delictiva o de la que pudiera

⁷³ Sánchez y Sánchez, Gerardo, Ob. cit. Pág. 334.

resultar responsabilidad administrativa; VI.- Cuando realice una conducta ilícita u omita una lícita debida, que lesione los intereses de la persona que presente la querrela o denuncia a que se refiere la fracción anterior, o contra de algún tercero con quien dicha persona guarde vínculo familiar, o de negocio o afectivo; VII.- Cuando sin mandato legal prive de la libertad a personas o las mantenga en incomunicación; VIII.- Cuando sin orden de autoridad competente obligue a los particulares a presentar documentos o realice la inspección en bienes de su propiedad o posesión; IX.- Cuando realice detenciones arbitrarias y/o por sí o valiéndose de un tercero y en el ejercicio de sus funciones inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos o la coaccione física o moralmente con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, inducir la a un comportamiento determinado o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

En el caso previsto en la fracción que antecede, la sanción consistirá en pena privativa de libertad de dos a diez años de prisión, doscientos a quinientos días multa, privación de su cargo e inhabilitación para el desempeño de cargo, empleo o comisión de carácter público, hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta. Si además del delito consignado en este precepto resulta otro diverso, se estará a las reglas de concurso de delitos.

La Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, vigente, establece dentro de sus artículos lo siguiente:

Artículo 130.- Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título, se considera como servidor público a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en alguno de los poderes del Estado. En los ayuntamientos de los municipios y organismos auxiliares, así como los titulares o quienes hagan sus veces en empresas de participación estatal y municipal, sociedades o asociaciones asimiladas a éstas y en los fideicomisos públicos. Por lo que toca a los demás trabajadores del sector auxiliar, su calidad de servidores públicos estará determinada por los ordenamientos legales respectivos.

La Ley de Responsabilidades regulará sujetos, procedimientos y sanciones en la materia.

Por lo que, una vez lo anteriormente mencionado a lo largo de este capítulo, es que ha

partir de toda la historia y las referencias señaladas, existió la inquietud por parte de los legisladores en la creación de una ley especial para el tratamiento de hechos cometidos con motivo del delito de Tortura, lo cual se vio reflejado en la exposición de motivos a la misma, en el año de mil novecientos noventa y cuatro, en donde se señala:⁷⁴

“El Estado de derecho descansa en el irrestricto respeto a la integridad de las personas, pues es obligación intransferible del poder público ofrecer a los ciudadanos la seguridad que les permita vivir en sociedad, que preserve las libertades y garantice la igualdad jurídica como requisito para mantener la paz.

Consecuentemente, las autoridades y los servidores públicos deben realizar las atribuciones propias de su función con estricto apego a la Constitución General de la República la particular del Estado y a las leyes que de ambas emanen.

Uno de los intereses fundamentales consiste en establecer medidas para la prevención y sanción de las conductas lesivas a dicha dignidad de las personas, como es el caso de aquellas prácticas en las que pudieren incurrir servidores públicos que, apartándose de la ley, se valgan de instrumentos, mecanismos o actos para infligir tortura.

Se han hecho esfuerzos importantes para combatir y castigar los actos cometidos por servidores públicos, especialmente por quienes tienen la encomienda de prevenir o investigar conductas antisociales, tipificando los delitos respectivos en el Código Penal y creando la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

Con la expedición de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México, se subraya el interés de combatir estas prácticas que niegan de raíz los principios de la dignidad humana y de la racionalidad en que debe darse la función pública.

Finalmente, la presente iniciativa de Ley es consecuente con la política nacional

⁷⁴ Dictamen para la creación de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México, Decreto No 23, Poder Legislativo, Gran Comisión de la H. LII Legislatura del Estado de México, Toluca, Editorial, García San Juan Impresores, 1996, Pág. 7.

encaminada al reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona humana, y da continuidad a las vigorosas acciones que recientemente han iniciado los organismos públicos de protección y defensa de los derechos humanos”.

Igualmente dentro del Dictamen, se establece lo siguiente:⁷⁵ “Los Comités Dictaminadores, están consientes de los constantes esfuerzos del Gobierno del Estado para combatir y castigar los actos cometidos por los servidores públicos, fuera de todo orden jurídico y con abuso de su carácter de autoridad y en el caso particular que nos ocupa, por quienes realizan la función de prevenir e investigar conductas antisociales, estableciendo los delitos correspondientes al Código Penal para el Estado de México y creando el organismo estatal responsable de proteger los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano a los habitantes del Estado.

Por lo tanto, se considera que es adecuada la Ley para Prevenir la Tortura en el Estado de México, por responder a exigencias prácticas apremiantes para combatir conductas que transgredan los principios de la dignidad humana y de la racionalidad en que debe darse la función pública, como lo expresa la iniciativa respectiva.

La libertad personal, la integridad corporal y la dignidad de toda persona, merecen una protección eficaz, por tanto es menester que estos derechos no sea conculcados por los servidores públicos encargados de prevenir e investigar los delitos, evitando que en el ejercicio de sus funciones cometan actos arbitrarios y atentatorios de los derechos garantizados por la Constitución Federal y las leyes respectivas.

Por tal motivo, es operante la configuración del delito de tortura, aplicable a cualquier servidor público que con motivo de sus atribuciones, instigue, compela, autorice, ordene, consienta, o inflija a cualquier indiciado o inculcado, golpes, mutilaciones quemaduras, dolor o sufrimiento físico o psíquico, o lo prive de alimentos o agua, con el fin de obtener de este o de un tercero, confesión o información de un hecho, omisión o cualquiera otra conducta que dañe el pasivo o a un tercero, ya que cualquier exceso debe ser penado por ley.

⁷⁵ Ídem Pág. 15.

Así mismo, los comités Dictaminadores, estiman que las penas propuestas para el delito que nos ocupa, de tres a doce años de prisión, multa de doscientos a quinientos días, destitución del cargo e inhabilitación para desempeñar otro, son acordes a la gravedad e importancia del ilícito, circunstancias de derecho, y la menor o mayor capacidad de daño o peligro y se ajustan a una realidad tangible.

Por otra parte, de particular importancia nos parece el espíritu de la iniciativa de ley, de dar continuidad a las vigorosas acciones de protección y defensa de los derechos humanos, que llevan a cabo los organismos públicos que tienen encomendada tan importante función, así como la política nacional encaminada al reconocimiento y respeto a la dignidad de la persona humana”.

Hasta aquí se realizó un estudio de las referencias históricas, relacionadas con la práctica y desarrollo en la comisión de hechos relacionados con tortura, ya sea, que en alguna época fuera práctica permitida para averiguar la verdad en la comisión de delitos o faltas, por parte de las autoridades, y posteriormente abolida la misma, en los diversos ordenamientos o Códigos, se llevo a cabo, pero practicada materialmente con aquel mismo fin, oculta de la sociedad. Por lo que, pasaremos en los próximos capítulos a un análisis mas exhaustivo de la correspondiente ley, así como la mención de los diversos tratados, Convenciones, Pactos, que México ha celebrado para prohibir su práctica y la responsabilidad del propio agente activo, como subsidiariamente del Estado.

II. CAPITULO SEGUNDO

2.- EL SISTEMA DE DEFENSA JURIDICA DE LOS DERECHOS HUMANOS, EN MÉXICO CONTRA LA TORTURA

Para elaborar una definición de lo que son los Derechos Humanos, encontramos de inmediato dificultades muchas veces insalvables, de orden sobre todo ideológico y doctrinario. El concepto depende en gran medida de la orientación que se asuma o de las ideas o tendencias que se profesen. Por ello, se suelen encontrar múltiples definiciones con matices distintos y en ocasiones hasta encontradas, dadas la dificultad respecto de sus contenidos.

La Enciclopedia Jurídica Mexicana, en su tomo II del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, define a los Derechos Humanos como: "...el conjunto de facultades, prerrogativas, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantía de todas ellas, que se reconocen al ser humano considerado individual y colectivamente."

Por cuanto hace al Derecho Positivo, el propio Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos establece en su artículo 6º, una definición, al señalar que: "Los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México."

Igualmente, siguiendo las tendencias más actuales de la materia, existen diversos conceptos, como son: "Se entiende por Derechos Humanos el conjunto de garantías que establecen los ordenamientos legales nacionales e internacionales con objeto de proteger, frente al poder público, los derechos fundamentales de los seres humanos, en cuanto a su dignidad y el respeto que merecen por el mero hecho de pertenecer a la especie humana."⁷⁶

⁷⁶ Quintana Roldan Carlos F y otro. "Derechos Humanos", Primera Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998. Pág. 23.

En cuanto a las características que la doctrina jurídica señala para esta serie de derechos tan importantes para el hombre, son: a) Generalidad; b) Imprescriptibilidad; c) Intransferibilidad; d) Permanencia.

Los Derechos Humanos son: “Generales porque los tienen todos los seres humanos sin distinción alguno; son universales porque para estos derechos no caben limitaciones de fronteras políticas, ni las creencias o razas; su esencia los lleva a manifestarse con dicha validez universal;

Son imprescriptibles porque no se pierden por el tiempo, ni por alguna otra circunstancia o causa que de ordinario extinga a otros derechos no esenciales;

También son intransferibles, porque el derecho subjetivo derivado e individualizado que de ellos emana, no puede ser cedido, contratado o convenido para su pérdida o menoscabo;

“Son permanentes, porque protegen al ser humano desde su concepción hasta su muerte, porque no tienen valor solo por etapas o generaciones, sino siempre”.⁷⁷

En un estado de Derecho como el mexicano, en el que tanto los particulares como el poder público (federal, estatal y municipal) deben ajustar sus conductas al orden jurídico, el estricto apego a este es requisito indispensable para lograr un accionar ausente de violaciones y con un menor número de conflictos legales.

En el ámbito penal, la relevancia de los bienes protegidos y la trascendencia de las medidas adoptadas para su custodia, requieren de los participantes del proceso punitivo (desde que se toma conocimiento de una conducta presumiblemente delictuosa hasta su ejecución a través del sistema penitenciario), el estricto apego a la legalidad. En este proceso pueden existir fallas y abusos por parte de los individuos encargados de esas funciones, ya sea por ignorancia, mala fe o corrupción, entre otras causas. La línea divisoria entre la violación y el respeto a los derechos humanos, en este aspecto, es muy difícil de distinguir. Toda persona debe conocer sus derechos y la forma de hacerlos valer eficaz y responsablemente, así como sus deberes hacia los demás dentro de un orden justo y solidario.

⁷⁷ Ibídem Pág. 24.

Por su parte: “los poderes públicos (estatales, municipales y federal) deben darse a la tarea de promover las condiciones para dar efectividad a los derechos humanos y a las garantías individuales, debiendo eliminar los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar su participación en la vida política, económica, cultural y social. “Mientras los derechos humanos no se respeten, solo existirá un reino de fuerza y tiranía”.⁷⁸

Con todo lo lamentable que es la transgresión a un Derecho Humano: “lo más importante cuando está se presenta, es que tal conducta no quede impune y que los gobiernos las reprochen hasta sus últimas consecuencias jurídicas. Solo así, la violación a los derechos fundamentales será una excepción y no una práctica sistemática y tolerada que impida el ejercicio real de la democracia, la procuración de justicia, el desarrollo de la sociedad y la vivencia de la paz”.⁷⁹

El Dr. Ignacio Burgoa Orihuela señala al respecto que: “... Desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental, las garantías individuales implican no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de Derecho, sino lo que se ha entendido como derechos del gobernado frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, garantía individual y derecho del gobernado, se deduce de la gestación por la mentoria del artículo primero de la Constitución de 1857. Como se ha advertido, los constituyentes del 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios (o como dijera Mirabeau “los que la justicia natural acuerda a todos los hombres”) y que, dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catalogo”.⁸⁰

Además, agrega que: “no pueden identificarse, no obstante, las garantías individuales, con los derechos del hombre o el derecho del gobernado, pues no es lo mismo el elemento que garantiza (garantía) a la materia garantizada (derecho humano).

⁷⁸ Terrazas Carlos R. “Los Derechos Humanos y las Sanciones Penales en México”, Cuadernos Inacipe, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Primera Reimpresión, 1992, pp. 12-13.

⁷⁹ Madrazo Jorge, “Derechos Humanos, el nuevo enfoque mexicano”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, Primera Edición, 1993, pág. 26.

⁸⁰ Burgoa, Ignacio, Las garantías Individuales, 2005, Editorial Porrúa, pág. 161.

En este sentido la potestad de reclamar al Estado y a sus autoridades estos derechos fundamentales por el sujeto pasivo (individuo), adquiere la naturaleza de un derecho subjetivo público.

Por otra parte: “siguiendo las clasificaciones más utilizadas por los tratadistas nacionales e internacionales, así como la secuencia misma de la Constitución, podemos hablar de la siguiente categoría de garantías individuales básicas: garantías de libertad, garantías de igualdad, garantías de seguridad jurídica, garantías de propiedad”.⁸¹

Además: “Las llamadas garantías Constitucionales, son también mencionadas como garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado”.⁸²

2.1 Las Garantías Individuales en Materia Penal Contempladas en la Constitución, contra la práctica de la Tortura.

Dentro de Nuestra carta magna, se encuentran contempladas diversas garantías de protección a los derechos humanos, que todo individuo por el hecho de encontrarse dentro de territorio, adquiere y que los gobernantes no pueden trastocar, con la correspondiente molestia o violación a los mismos, siendo los que son encaminados a la materia penal, y sobre todo a la prohibición de la práctica de la tortura y son las siguientes:

No exceptúo que fueron publicadas el día 18 del mes de Junio del año 2008, diversas reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus artículo 16, 17, 18, **19**, **20**, 21 y **22** y demás relativos, las cuales entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, pero no son aplicables por las autoridades correspondientes al día de hoy, esto a partir de lo establecido en su artículo segundo y tercero transitorios al señalar: “entrara en vigor (las reformas y adiciones) cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente” que en caso concreto lo es, el Código de Procedimientos Penales en el Estado de México.

⁸¹ Quintana Roldan Carlos F y otro. Ob. cit. pág. 42.

⁸² Burgoa Orihuela, Ignacio, Ob. cit. p. 137.

Por lo que, forjaré el presente trabajo con referencia a los mismos únicamente, sin entrar a un estudio más profundo sobre el contenido de las reformas o modificaciones actuales, aplicándose el estudio a las disposiciones anteriores de la entrada en vigor del decreto correspondiente, por parte de las autoridades correspondientes, ya sea el Ministerio Público o la Autoridad Judicial, por la estipulación de los artículos transitorios correspondientes, ya mencionados.

A criterio de este tesista el fundamento constitucional (anterior a la publicación del Decreto) de la ley a estudio, lo encontramos en el párrafo cuarto del artículo 19, las fracciones II y IX del apartado A del artículo 20, así como el primer párrafo del artículo 22.

El fundamento constitucional (**posterior a la publicación del Decreto**) de la ley a estudio, lo encontramos en el párrafo séptimo del artículo **19**, las fracciones IX y X del apartado A y las fracciones II, III y VIII del apartado B del artículo **20**, así como el primer párrafo del artículo **22**, los cuales serán mencionados únicamente al término de cada análisis.

2.1.1 Las Garantías Consagradas en el artículo 19 Constitucional.

Dentro de las garantías de procedimientos, destacan aquellas que se otorgan a las personas por el texto constitucional, respecto de su situación específica de ser acusados o procesados dentro de un juicio penal, plasmándose fundamentalmente en los artículos 19, 20 y 23 de nuestra Ley Suprema, no sin advertir que de parecida naturaleza son las garantías a que se refiere el artículo 16, en buena parte de su texto, contemplándolas como requisitos constitucionales mediante los cuales se puede privar de la libertad física a una persona, pero evidentemente cumplimentándose procedimientos que también pueden ser enmarcados en este grupo de garantías que estamos examinando.

Al elevarse al rango de garantía constitucional ciertos procedimientos que aseguran la correcta defensa de los penalmente procesados, se está reforzando a la libertad personal de los individuos frente al poder público – lo cual sí es propio de las garantías constitucionales -, en forma tal que dicho poder no pueda avanzar mediante disposiciones ordinarias sobre la mencionada libertad individual, impidiendo así, hacerlas nugatorias si se carece de un texto regidor de aquellas normas que si pueden manejarse a un nivel inferior al constitucional.

El último párrafo del artículo 19 está directamente relacionado con el artículo 22 de la propia Constitución, ya que en el fondo ambas disposiciones ratifican y reafirman la dignidad y el respeto a la persona humana, en relación a penas y tratamientos que no se compadecen con su naturaleza, y prohíben actitudes de la autoridad que afectan gravemente al individuo como persona. Al señalar lo siguiente: “Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.”

El fundamento constitucional (**posterior a la publicación del Decreto**) de la ley a estudio, lo encontramos en el **párrafo séptimo del artículo 19**, las fracciones IX y X del apartado A y las fracciones II, III y VIII del apartado B del artículo **20**, así como el primer párrafo del artículo **22**.

Los cuales señalan lo siguiente:

Artículo **19**.-“....

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”.

2.1.2 Las Garantías Consagradas en el Artículo 20.

a) La Garantía de no Auto incriminarse. (Fracción II)

La reina de las pruebas.

El Derecho procesal penal acepto como verdad indiscutible la máxima: “La confesión es La reina de las pruebas.” Así se expresaba la valoración de esta probanza como plena. Si el acusador producía la confesión del reo, se veía relevado por completo de la carga probatoria.

Los fiscales encontraron que la forma más eficaz y expedita para obtener la confesión del acusado consistía en someterlo a tormento y, llevados sin duda por su amor al principio de

economía procesal, desarrollaron métodos siempre más eficaces de tortura. La más refinada ferocidad venía a ser un “ordo procedenti”, cuyas fases se estudiaban con solemne gravedad: “Después de extendido, los verdugos queman a fuego lento la piel de las demás partes del cuerpo del sometido a inquisición; o torturan extremidades de sus dedos, clavándoles pequeñas cuñas con pez entre las uñas y la carne, y haciendo luego que ardan las cuñas clavadas; o hecho un toro o un asno de metal y recalentado poco a poco al fuego, ponen en él al delincuente e intensifican más y más el calor hasta que los dolores llegan al límite de lo inconcebible.”⁸³

Además señala que: “La tortura, según la definición que de ella daban los doctores, en sentido jurídico, no era una pena, es decir, una sanción aflictiva aplicada a quien ya se hubiese reconocido reo de un delito, sino una “quaestio procesal” un modo de esclarecer la verdad, a fin de decidir ante todo si el imputado era culpable o inocente: “quaestio est veritatis indagatio per tormentum” (la cuestión es la investigación de la verdad por medio del tormento). De manera que, si por medio de la tortura llegaba el juez a convencerse de que la acusación era infundada (que también esto podía ocurrir, aunque raras veces), el inocente, devuelto en parihuelas a su casa, con los brazos y las piernas maltrechos, podía consolarse pensando, que aquello no había sido jurídicamente una pena, sino una simple “quaestio” llevada a feliz término”.⁸⁴

El artículo 20 de la Constitución dispone que: “En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías: A. Del Inculpado: II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.”

En esta materia, nuestra Constitución se encuentra a la altura de las más avanzadas del mundo. La garantía que otorga prohíbe no solo el tormento, sino también la incomunicación y, genéricamente, cualquier otro medio que tienda a compeler a una persona a declarar en su contra.

⁸³ Calamandrei, Piero es citado por Zamora-Pierce Jesús, “Garantías y Proceso Penal”, 13ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 2006 pág. 178.

⁸⁴ Ídem.

En consecuencia, cuando un procesado manifiesta su voluntad de declarar, no puede exigírsele que rinda protesta de decir verdad, ni tampoco, si falta a ella, podrá imputársele delito de falsedad en declaraciones, pues en ambos casos se le estaría coaccionando para que declarase en su contra. A más de ello, debemos entender que la garantía protege tanto al indiciado que declara ante el Ministerio Público, ante cualquier otra autoridad, como al procesado que lo hace ante los tribunales. Hueca e inútil sería la norma que estudiamos si, impidiendo a determinadas autoridades que obtuvieran confesiones coaccionadas, dejara a otras mano libre para hacerlo.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis de jurisprudencia ha sostenido lo siguiente:

“DECLARACION DEL ACUSADO. NO PUEDE SER COMPELIDO A DECLARAR EN SU CONTRA. La fracción II del artículo 20 Constitucional establece que el acusado no debe ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto. En acatamiento a este precepto, al indiciado no se le puede exigir que declare bajo protesta y esta ventaja es aplicable al caso en que se le examine en la averiguación previa, toda vez que el precepto constitucional no establece ningún distingo. Así es que si desde su primera declaración incurre el acusado en mentira, no incurre en el delito de falsedad de declaraciones judiciales ni en informes falsos dados a la autoridad, pues de lo contrario se le compelería a declarar en su contra, con infracción del citado precepto constitucional. Amp. Dir. 3057/58, Informe 1959, Primera Sala, pág. 30.”

Se señala: “Si contrariando la disposición constitucional, alguna autoridad presionase a una persona para que se declarase culpable de un delito, la confesión así obtenida sería nula, dado que la conducta de la autoridad sería violatoria de garantías”.⁸⁵

⁸⁵ Concuerdan Olga Islas y Elpidio Ramírez. “El inculpado no podrá ser compelido a aceptar la autoría o a no invocar excluyentes cuando espontáneamente ha aceptado la autoría (declarar en su contra), por lo cual queda rigurosamente prohibida la incomunicación, la coacción, el internamiento en reclusorio distinto del judicial o cualquier otro medio que tienda a que el inculpado pueda ser compelido a declarar en su contra. Esta prohibición significa que es nula toda aceptación de la autoría y/o toda no invocación de las excluyentes cuando el inculpado sea compelido a aceptar aquella o a no invocar estas. (artículo 20, fracción II)”, El Sistema Procesal Penal en la Constitución, Ibidem, p. 183.

Congruentemente, la Ley de Amparo dispone (artículo 160, fracción XIV) que “En los juicios del orden penal se considerarán violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte a las defensas del quejoso: XIV.- Cuando la sentencia se funde en la confesión del reo, si estuvo incomunicado antes de otorgarla, o si se obtuvo su declaración por medio de amenazas o de cualquiera otra coacción.”

De donde resulta que, cometido un delito, la justicia puede valerse de dos procedimientos de investigación totalmente contrarios: “el primero es el procedimiento inquisitorio, “que presume la culpabilidad del indiciado y se fija, como meta única, obtener su confesión. Todos los medios son validos para obtener esa confesión, a la cual se le otorgara pleno valor y que será el fundamento inatacable del proceso y de la sentencia condenatoria.” Evidentemente, es necesario abandonar ese sistema cuando una nación ha llegado a un estado de civilización en el que se considera que la tortura, en todos sus grados, no es admisible, pues constituye un atentado intolerable en contra de la persona humana. En forma general, no existe actualmente una nación civilizada que admita, al menos abiertamente, que la tortura sea un medio legítimo de investigar la verdad, y nadie osaría hoy pretender el restablecimiento de ese sistema universalmente condenado. El segundo es el procedimiento acusatorio, conforme al cual “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa...Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito, tal como lo establece la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 11)”.⁸⁶ De donde resulta que el órgano de acusación tiene la carga de la prueba, que no puede valerse de coacciones para obtener la confesión del inculpado y que éste pueda negar hasta el absurdo.

La lógica consecuencia es que, a partir de la abolición de la tortura, la declaración del imputado ha dejado de tener un valor como prueba de cargo, y solo subsiste como medio de defensa. La excepción será el caso del indiciado que, movido por escrúpulos de conciencia, decida libremente confesar su culpabilidad. El Ministerio Público no puede nunca presumir que contará con esa confesión, y está obligado a demostrar la culpabilidad por otros medios de prueba.

⁸⁶ Quintana Roldan Carlos F y otro. Ob. cit. pág. 260.

Para asegurar al acusado la posibilidad de declarar libremente, los constituyentes crearon la figura de la declaración preparatoria, y la rodearon de una serie de garantías: Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, se hará saber al acusado el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria, ello ocurrirá en audiencia pública, en presencia del juez que conozca de la causa y del defensor del acusado (artículo 20, fracciones III y IX).

Pero, antes de rendir su declaración preparatoria, el acusado si, así lo desea, puede emitir otra ante el Ministerio Público, debiéndose observar las normas destinadas a garantizar la libertad de la confesión. Ello obliga a determinar ¿cuál de esas dos declaraciones deberá prevalecer?, ¿a cuál deberá otorgársele valor probatorio? (Lo anterior con fundamento en lo establecido por el último párrafo del artículo 20 Constitucional en su apartado A).

Tanto el legislador ordinario como la Suprema Corte afirmaban que, en presencia de dos declaraciones contradictorias, debería atenderse a la rendida en la averiguación previa, con preferencia a la declaración preparatoria. El Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (artículo 286) otorga valor probatorio pleno a las diligencias practicadas por el Ministerio Público y por la Policía Judicial, siempre que se ajusten a las reglas relativas, señaladas en la propia ley.

Pero la primera versión (declaración), de una espontaneidad que no siempre aparece en la confesión judicial, es superior a esta última, cuando ya los defensores han tenido oportunidad de “programar” una historia que facilite la defensa.

La Corte en tesis de Jurisprudencia ha resuelto:

“CONFESION. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.

De acuerdo con el principio procesal de inmediación procesal y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

485 Octava Época:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 289. Tesis de Jurisprudencia.

CONFESION. PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.

La confesión tiene pleno valor probatorio de acuerdo al principio de inmediación procesal, porque fue producida por el acusado sin aleccionamiento o reflexiones defensivas y por ello debe prevalecer sobre las posteriores; tanto más si fueron emitidas al día siguiente de ocurridos los hechos delictuosos.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

487 Octava Época:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 290. Tesis de Jurisprudencia.

CONFESION, PRIMERAS DECLARACIONES DEL REO.

De conformidad con el principio jurídico de inmediatez procesal, con excepción de la procedencia legal de la retractación confesional, la primera declaración del inculpado es la que debe prevalecer sobre las posteriores, pues éstas generalmente se vierten con base en reflexiones defensivas que devienen de sugerencias del defensor para obtener una sentencia favorable.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

484 Octava Época:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 289. Tesis de Jurisprudencia”.

Luego entonces, y conforme al criterio de la Corte, la confesión rendida durante la averiguación previa prevalece siempre y en todo caso, sobre la declaración preparatoria. Si el inculpado ratificaba su declaración inicial, semejante ratificación hacía inútil la declaración preparatoria, y confirmaba el valor pleno de lo actuado por y ante el Ministerio Público; si no la ratificaba, decía la Corte, debemos olvidarnos de la preparatoria y otorgar valor a la declaración inicial, de acuerdo con el principio de inmediación procesal.

Poco servía al acusado pretender o señalar que su declaración inicial le había sido arrancada con violencia, y que era nula, por haber sido obtenida contrariando lo dispuesto por el artículo 20

constitucional. A ello, la Corte le respondía arrojándole la carga de la prueba de las violencias de que decía haber sido objeto. Decía la Corte:

“CONFESION COACCIONADA, PRUEBA DE LA.

Cuando el confesante no aporta ninguna prueba para justificar su aserto de que fue objeto de violencias por parte de alguno de los órganos del Estado, su declaración es insuficiente para hacer perder a su confesión inicial el requisito de espontaneidad, necesaria para su validez legal.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

475 Octava Época:

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Apéndice de 1995, Octava Época. Tomo II, Parte TCC. Pág. 282. Tesis de Jurisprudencia”.

Es lógica, la existencia de la tesis jurisprudencial, porque quien alega coacción – física o moral -, ejercida en su contra para obtener su confesión, debe probar su afirmación, pues de otro modo se restaría validez a la primera confesión alegando simplemente que en su contra se ha ejercido violencia.

El inculcado, en la casi totalidad de los casos, encontraba que le era imposible rendir la prueba que la Corte le exigía. Recordemos, ante todo, que la garantía a estudio no se limitaba a prohibir la tortura (a la que ni siquiera mencionaba en forma expresa), sino que extendía su interdicción a “cualquier medio” que tienda a compeler a un acusado a incriminarse. Quedaban, pues, vedadas tanto las violencias físicas como las morales. Estas últimas, por su naturaleza misma, no dejan rastros que puedan ser, posteriormente, objeto de prueba.

Por lo que hace a la violencia física, sería infantil suponer que la víctima como en la Edad Media, ostentara un hueso roto o tendrá unas carnes desgarradas, como prueba de la ordalía por la que ha atravesado. La tortura, al igual que la industria, se ha tecnificado en nuestro siglo, y se vale de los recursos que han puesto a su disposición la psicología, la química, la electricidad, etc. ¿Cuáles son, pues, esas violencias, de que se decían víctimas numerosos procesados? Bueno sería saber, cómo pretende un juez, demuestre un indiciado que se le hizo creer que su mujer o su hija eran violadas en la habitación contigua, o que fue golpeado en el estómago y amordazado le echaron agua gaseosa por las fosas nasales, si además, en el acta de averiguación previa, se

acompaña (al ser consignada ante un juez) un certificado médico de la misma institución (que practicó los interrogatorios) o que estuvo tres días o más encerrado en una habitación oscura sin que se le permitiera sentarse, probar alimento y hacer sus necesidades, si después de “confesar” se le permite descansar, comer y asearse, y en el caso de una mujer, cómo se supone pueda demostrar que le aplicaron toques eléctricos en los senos y en sus órganos genitales, si todos estos procedimientos no dejan huella física alguna.” En esas condiciones, el primer mandamiento del buen interrogador debía, sin duda, decir: “Atormenta, pero no dejes huellas.”

Por Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, se reformo la fracción II, del artículo 20 constitucional, dándole el siguiente texto: “No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la Ley Penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio.” En tanto en el texto anterior afirmaba que: “el procesado no podrá ser compelido a declarar en su contra”, el texto vigente ordena, escuetamente, que no podrá ser obligado a declarar, sin extenderse en inútiles aclaraciones respecto al sentido de la declaración. Busca el legislador evitar la sofista conducta de quienes pretenden que sólo después de que un inculpado rinde declaración podemos saber si lo hizo en su contra o en su favor, y, para tal fin, otorga a éste un derecho ilimitado a guardar silencio.

A continuación, y en donde el texto original “prohibía toda incomunicación o cualquier medio tendiente a compeler a un sujeto a declarar en su contra”, el texto reformado “prohíbe toda incomunicación, intimidación o tortura”, y anuncia que esas conductas serán sancionadas penalmente, lo que equivale a un mandato al legislador ordinario para que las tipifique en los códigos de la materia.

El texto reformado agrega una disposición de gran importancia “La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del Juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio”. Esta es la parte más importante de la reforma de esta fracción. Se priva de valor probatorio a toda confesión, salvo a aquella rendida ante el Ministerio Público o el Juez, y aún está, solo tendrá pleno valor probatorio, si el declarante estuvo asistido de su defensor. Se emplea, así, la garantía de defensa para hacer efectiva la garantía de no auto incriminarse. El defensor, asistiendo a la declaración como testigo de calidad, se asegura que ésta no sea coaccionada, permite que el declarante se manifieste con libertad, o bien, incluso, que ejerza su

derecho a guardar silencio. Esta reforma, deberá ser el instrumento adecuado para destruir la equivocada jurisprudencia de la Suprema Corte y hacer efectiva, al fin, la garantía de no auto incriminarse.

El artículo 20 constitucional – en mayor medida que cualquiera otra de las disposiciones correspondientes al capítulo de garantías individuales – merece destacar dentro de la categoría de leyes constitucionales de procedimientos, ya que fija algunos principios fundamentales que deben respetarse en los procedimientos penales del país.

Se señala que: “La razón por la cual, tanto nuestra Constitución como la de muchos otros países mencionan principios fundamentales en materia penal, se debe, al hecho de que esta disciplina está relacionada íntimamente con la vida, la libertad, las propiedades y otros derechos vitales del individuo, los cuales en el pasado fueron desconocidos por los soberanos, motivando el que las clases gobernadas materialmente arrancaran reconocimientos protectores de tales derechos, empeñándose tales grupos en que se plasmaran en la más alta disposición legal que rige en un país.”⁸⁷

En las distintas fracciones del artículo 20 constitucional, se mencionan estas garantías torales, referidas a la forma de proceder de las autoridades Judiciales y Ministeriales dentro de su actuación.

La Corte señala:

“CONFESION COACCIONADA.

Si se toma en consideración que conforme al principio de intermediación procesal las primeras declaraciones del acusado ordinariamente producen mayor convicción que las posteriores por producirse en ausencia de presiones externas que pudieran influir en el ánimo del declarante para manifestar una versión falaz de los acontecimientos, es mayor la eficacia de aquéllas si están corroboradas con otros elementos probatorios y las subsecuentes carecen de sustanciación legal, en el caso, la confesión del quejoso ante la policía judicial se presume fue obtenida bajo la influencia de violencia física y moral sobre su voluntad pues no es creíble que después de declarar ante el Ministerio Público y negar categóricamente los hechos delictivos,

⁸⁷ Castro y Castro, Juventino V. “Garantías y Amparo “. Editorial Porrúa, S.A. 13ª Edición, México, 2006. Pág. 244.

haya confesado siete meses después, ante los agentes policíacos que lo detuvieron sin orden de aprehensión, haber cometido los hechos punibles que se le imputaron. Presunción que se encuentra corroborada con la inspección judicial que se le realizó cuando rindió su declaración preparatoria respecto de las lesiones que presentó con posterioridad a la confesión y de las cuales se anexó el certificado médico correspondiente, lo que permite concluir que la aludida confesión no es eficaz para establecer la culpabilidad del acusado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo XIV, julio de 1994. Pág. 511. Tesis Aislada”.

Entre las múltiples declaraciones que producen los sujetos en el proceso, encuentras la que produce el inculpado. Puesto que esta declaración puede darse durante el proceso o aun antes del mismo – caso en que se preconstituye, como ocurre con la que se da en la averiguación previa - .

En lo que atañe a su contenido, la declaración del inculpado puede consistir en aceptación de hechos – caso en que estamos ante la confesión -, en el rechazo de éstos, o en una aclaración o calificación de los mismos. En cuanto al efecto jurídico que puede producir, la declaración del imputado puede serle adversa a sus intereses, beneficiarlo o ser neutral.

Se refiere lo siguiente: “Independientemente del valor que tenga la declaración del imputado, constituye un medio de prueba a partir del cual se pueden obtener datos (favorables o desfavorables) que contribuyen a esclarecer la verdad histórica, como elemento para solucionar el conflicto penal”.⁸⁸

Por su parte, nuestra ley establece que: “la confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o Tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se admitirá en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de dictar sentencia irrevocable.” (arts. 207 CFPP y 136 CPPDF).

⁸⁸ Silva Silva, Jorge Alberto, “Derecho Procesal Penal”, Editorial Harla, Segunda Edición, 1995, p. 573

El artículo 194 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México, establece lo siguiente: “La confesión podrá recibirse por el Ministerio Público que practiqué la averiguación previa o por el órgano jurisdiccional en cualquier estado del procedimiento hasta antes de pronunciarse sentencia”.⁸⁹

En consecuencia: “la confesión en el proceso penal es la declaración del imputado sobre hechos propios, en los que de manera total o parcial acepta los hechos en que se funda el acusador (causa petendi)”.⁹⁰

Por lo que hace al mecanismo tendiente a producir la declaración del imputado, desafortunadamente no esta regulado en nuestras leyes, a pesar de que la confesión es el principal medio probatorio en torno al cual gira el enjuiciamiento penal en México.

No se encuentra regulado lo relativo al ofrecimiento ni a la recepción. En lo que concierne ha la preparación, el declarante sólo ha de ser exhortado, más no protestado o juramentado.

Un interesante precedente judicial sustentado por la Suprema Corte de Justicia, rememorado por Franco Sodi, establece que con base en el derecho constitucional al procesado no se le puede obligar a declarar en su contra, no le asiste a la autoridad ningún derecho para obligarlo a que se presente a declarar y menos a confesar un delito.

Sin lugar a dudas, en la fase preparatoria destaca, la prohibición de emplear el tormento para obtener declaración. Diversas leyes de jerarquía constitucional e internacional han prohibido el empleo del tormento para obtener confesión. Desgraciadamente tales practicas inhumanas aún persisten hasta hoy día, especialmente entre las corporaciones policíacas, e incluso la Comisión Nacional de Derechos Humanos acepta que en México aún se práctica la tortura.

⁸⁹ Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de México, Editorial Raúl Juárez Carro, México, 2008.

⁹⁰ Silva Silva, Jorge Alberto Ob cit. Pág. 575.

Llegados al momento del desahogo, una de las principales garantías constitucionales a favor del imputado es el derecho de éste a abstenerse a declarar en cualquier causa que se siga en su contra; por tanto, al no estar obligado a declarar – y menos a confesar – ninguna autoridad puede forzarlo a ello. Al amparo de esta norma constitucional (libertad de declarar), algunos estudiosos han llegado a afirmar que el imputado tiene derecho a mentir.

Este supuesto derecho a mentir lo consideramos falso, porque una cosa es la libertad de declarar y otra la libertad de mentir. Si nuestra Constitución establece que el imputado no debe ser compelido a declarar, dispone la libertad de declarar, lo que significa que puede declarar o abstenerse (derecho a callar). Pero si en un caso el interrogado desea declarar, nuestra Constitución en ninguna parte indica que se le otorga permiso para mentir (ni prohíbe a la autoridad sancionar al falsario). Esto es, no se establece en la Constitución el derecho a mentir, aunque acerca de esto nuestras leyes secundarias y tribunales han sido tolerantes.

La declaración puede ser espontánea o provocada. Es espontánea cuando de manera llana, sencilla, sin aparente dirección o compulsión, el declarante produce su declaración. Según nuestras leyes, tal declaración puede ser oral e inclusive el declarante puede dictar su versión.

En la declaración provocada sólo son permisibles los interrogatorios y no los medios compeledores a declarar, como la tortura por medio del tormento, por ejemplo. Pueden interrogar tanto el Ministerio Público como el defensor, tanto en la etapa de averiguación previa, como durante el proceso penal ante el órgano jurisdiccional, aún y cuando el indiciado o procesado, se encuentre en libertad o privado de está. Por fortuna, la técnica de formular el interrogatorio ha mejorado.

Una importantísima condición para la eficacia de la declaración del inculcado, consiste en que durante el momento de la declaración debe estar presente su defensor, Abogado o persona de su confianza, a grado tal que en el caso de una confesión en la que no esté presente el defensor, tal confesión estará sancionada de nulidad (artículo 20 fracción II Constitucional; 127 Bis y 287 fracción II del CFPP; Artículo 134 BIS del CPPDF; 9 de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; 145 fracción III incisos: b), c), d), g) y h) del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México; así como el artículo 9 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México).

Considerando inconstitucional el último párrafo del artículo 287 del CFPP que le da a esta declaración “valor de testimonio”, aun cuando en la misma disposición se asiente que no se le podrá considerar como confesión. A este respecto, la Constitución es muy clara: “carecerá de todo valor probatorio”.

La otra condición referente a una ausencia de detención prolongada, que ya enunciamos, también conduce – cuando se prolonga – a la nulidad de la declaración (artículo 134 CPPDF párrafo segundo; 134 del CFPP párrafo sexto).

En caso de confesión obtenida mediante tortura, ésta será nula (artículo 8o Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura).

También se sancionará con nulidad la confesión, cuando hubiese faltado interprete (artículo 9o Ley Federal para Prevenir la Tortura).

Considerada en antaño como la reina de las pruebas, hasta antes de la reforma de 1990-91 perduraban vestigios de la declaración in contra cuando se trataba de delitos patrimoniales, en los cuales el legislador le asignaba valor probatorio pleno.

Hasta 1990 fue común que la detención de una persona durante la averiguación previa excediera del plazo establecido en el viejo artículo 107 fracción XVIII constitucional. Esta ilícita prolongación de la detención hizo presumir en algunas decisiones de la Suprema Corte la incomunicación del detenido, sancionándose con nulidad tal declaración. A partir de la reforma 1990-91, esta idea quedó plasmada en la letra de ley (artículo 134 CFPP).

Con frecuencia, los procesados alegan ante el juez que cierta declaración que aparece como propia (generalmente una confesión) no fue vertida por ellos. Esto es, la rechazan. Este fenómeno de rechazo se presenta cuando en las audiencias los enjuiciados niegan que sea propia la que aparece en el expediente como una declaración del imputado. Niegan no sólo haber expresado lo ahí contenido, sino también su firma.

En cambio, los casos de retractación van orientados a demostrar que hubo un error o vicios en lo que se expresó.

En el fondo la retractación a una supuesta confesión obedece a la afirmación de que fue expuesta sin “animus confidenti” especialmente cuando esa supuesta declaración afirma fue arrancada por medio de la violencia.

Aunque este tipo de declaraciones que tratan de ser nulificadas (a fin de lograr su ineficacia) están generalmente firmadas por los imputados, éstos alegan que fueron objeto de tortura y presión por parte de las autoridades policíacas. Aunque si bien es cierto que esto ocurre con gran frecuencia, nuestros tribunales han sostenido que mientras no se demuestre la tortura o la presión, tales declaraciones deben tomarse como propias del imputado, lo que significa una desgracia para el propio enjuiciado, pues se ve obligado a demostrar – mejor dicho, tiene la carga de la prueba – algo que resulta extremadamente difícil, sobre todo cuando se presume la buena fe de las autoridades ministeriales.

Para diferenciar la retractación del rechazo, advirtamos que la primera supone aceptar que hizo la declaración, pero sin “animus confidenti” (generalmente debido a presiones), mientras que en el rechazo no se acepta ninguna declaración que se impute al declarante.

Es señalado que: “No sorprenderá la proclividad histórica para cometer, explicar y aun justificar el menoscabo de los bienes del imputado, pese al buen propósito del humanismo que se empeña en sostener, a favor del enjuiciado, la presunción de inocencia. En realidad, el proceso penal ha sabido alojar, con naturalidad que ahora asombra, los peores medios de opresión sobre el ser humano, debidamente legitimados: a la cabeza de ellos, la tortura, que fue instrumento legítimo de indagación de la verdad y principio del castigo; medio para obtener la confesión y para expiar la culpa”.⁹¹

Igualmente: “dentro de los derechos del detenido, se encuentra la Garantía de buen trato al inculcado, toda vez que como se ha dicho, el procedimiento penal se halla gobernado por la búsqueda de la verdad real, material o histórica”.⁹² Empero, esto no significa que para obtener

⁹¹ García Ramírez Sergio “Proceso Penal y Derechos Humanos”, Editorial Porrúa, S.A. Tercera Edición, México, 1998 Pág.18

⁹² Cfr. Florián, Elementos de derecho procesal penal, cit. p. 59: “el contenido de hecho del objeto del proceso debe aparecer íntegra, genuina y sinceramente, sin manipulaciones ni restricciones...Es necesario...que el juez sostenga no una verdad cualquiera, una verdad limitada y convencional, sino la efectiva...” Ibidem pág. 65

tal fin sean admisibles cualesquiera medios. Para los propósitos y dentro del marco legal del enjuiciamiento, la idoneidad de los medios empleados justifica el fin obtenido: el esclarecimiento de los hechos materia de la controversia. De otra suerte, será inútil – para efectos jurisdiccionales – el hallazgo de la verdad. Este género de consideraciones se proyecta hacia la proscripción, tradicionalmente prevista, de probanzas contrarias al derecho o a la moral. En este camino se ha avanzado mucho mediante reglas de exclusión: se extrae del enjuiciamiento la prueba practicada en forma contraria al derecho, aunque tenga valor, objetivamente, para la definición de la verdad.

La prueba excluida no será tomada en cuenta por el juzgador, a pesar de que esta exclusión apareje, como ha sucedido, la absolución de un culpable. Prevalece el interés de la ortodoxia en la administración de justicia sobre el de la defensa social contra el delito, objetivo que, por otra parte, no son mutuamente excluyentes.

En este orden de cosas han surgido las medidas para garantizar el buen trato y el derecho a la defensa del inculcado. Existe la obligación de hacer de la noción del indiciado (inculcado, probable responsable) “conocimiento cabal e integro de las garantías individuales establecidas en la constitución que le corresponden en tales situaciones”, esto por supuesto, antes de la primera declaración ante el Ministerio Público (declaración conocida como indagatoria o ministerial). Así de este modo, se amplía el derecho de audiencia, ya que independientemente de que después se realice lo procedente ante el órgano jurisdiccional, en la respectiva audiencia (se alude a la declaración preparatoria), el inculcado tiene conocimiento del motivo jurídico de su detención desde el primer momento, al igual que “se hace de su conocimiento, la imputación que existe en su contra”. Para ello, es importante dejar constancia de la detención, a fin de “que en cualquier arbitrariedad cometida a este respecto pueda ser eficazmente constatada”. Es ahí donde surgen, asimismo, los derechos de designar Abogado defensor o persona de la confianza del imputado, que le asista al momento de declarar, y de “callar o de no declarar en su contra”.

Un derecho más: “el de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea.”⁹³ Están cubiertos, pues, los derechos a no auto incriminarse (confesar) y a guardar silencio. Esto último se reconocerá también al inculcado que rinde declaración preparatoria.

⁹³ Trátase, en el “derecho al silencio, de una dispensa de carga procesal. Esto implica que el acusado con su

a) La Garantía de Defensa. (Fracción IX)

El derecho de Defensa. El Derecho de defenderse es aquel que tiene el procesado penal para oponerse a la acusación.

El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los que descansa la ida misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y valida administración de justicia dentro del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis sostiene en forma monopolica el Ministerio Público (artículo 21 constitucional), la defensa sostiene la antítesis y queda reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al juicio como la necesaria síntesis de acusación y defensa, no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta.

El derecho de defensa comprende, a su vez, una serie de derechos. De ellos, el artículo 20 consagra, con rango constitucional, los siguientes: a) El derecho a ser informado de la acusación; b) El derecho a rendir declaración; c) El derecho a ofrecer pruebas; d) El derecho a ser careado y e) El derecho a tener defensor.

Es necesario recordar que cada uno de estos derechos representa una conquista sobre los principios aplicables en el procedimiento inquisitorial, el cual era secreto, coaccionaba la confesión del reo mediante el tormento, limitaba su derecho a ofrecer pruebas y le negaba totalmente el de ser careado con sus acusadores, y por último, condicionaba de tal forma la intervención del defensor que la hacía inútil.

silencio se procura una situación que posiblemente proporciona fundamento a la esperanza de que el hecho no se pruebe y, por consiguiente, funda la perspectiva de la sentencia absolutoria deseada por el acusado”. Schmidt, Eberhard, los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal (trad. José Manuel Núñez), Buenos Aires, Edit. Bibliográfica Argentina, 1957, pp. 49-50. El derecho a la Defensa no solo implica actividad de los órganos correspondientes, sino puede aparejar pasividad: “omitir proporcionar ciertos datos que de otra manera serían perjudiciales. Esto está apoyado por aquellos textos legales que conceden al imputado el derecho a callar (no declarar en su contra), o al defensor o guardar el secreto profesional “Silva Silva, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, México, Harla, 1990, p. 197, Ibidem. Pág. 73.

De ellos el que interesa su estudio en el presente trabajo, lo es, el Derecho a Tener Defensor. La fracción IX consagra el derecho de tener defensor, en los siguientes términos:

“Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por Abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera”.

Naturaleza Procesal del Defensor. “Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio”, dice la fracción IX del artículo 20, de donde resulta que el defensor es no solamente un derecho del procesado, sino también una figura indispensable del proceso penal, y que deberá ser nombrado incluso en contra de la voluntad del acusado. Luego entonces, podemos afirmar que: No hay proceso Penal sin defensor.

Por ello el artículo 160 de la Ley de Amparo afirma que, en los juicios del orden penal, se consideraran violadas las leyes del procedimiento, de manera que su infracción afecte las defensas del quejoso: “Fracción II – Cuando no se le permita nombrar defensor, en la forma que determine la ley; cuando no se le facilite, en su caso, la lista de los defensores de oficio, o no se le haga saber el nombre del adscrito al juzgado o tribunal que conozca de la causa, si no tuviere quien lo defienda; cuando no se le facilite la manera de hacer saber su nombramiento al defensor designado; cuando se le impida comunicarse con él o que dicho defensor lo asista en alguna diligencia del proceso, o cuando, habiéndose negado a nombrar defensor, sin manifestar expresamente que se defenderá por sí mismo, no se le nombre de oficio.”

El hecho de que el defensor deba existir, incluso, en contra de la voluntad del procesado, nos permite ya afirmar que no es un mandatario de éste, puesto que el mandato es siempre libremente otorgado. Luego no debe regirse por las reglas del mandato, ni ajustar sus actos a la voluntad del procesado.

Tampoco tiene el defensor el mero carácter de auxiliar de la administración de justicia; si así fuere, estaría obligado a violar el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales que hubiese recibido del inculcado. Este es el concepto del defensor que consagraban las legislaciones de la Italia Fascista y de la Alemania nazi, las cuales como estados totalitarios, deseaban obligar al abogado a entregar su lealtad a los intereses del Estado, antes que a los intereses individuales de su cliente.

La moderna doctrina procesal reconoce en el defensor penal una naturaleza compleja que le da el carácter de asesor del procesado, de representante y de sustituto procesal de éste.

Carnelutti señalaba que: "... al defensor, en ciertos casos, le compete el carácter de sustituto procesal..." El defensor es asesor del encausado en cuanto que lo aconseja, con base en sus conocimientos técnicos y en su experiencia, informándolo sobre las normas sustanciales y procesales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso. "Así mismo, esta asistencia implica la vigilancia del Abogado en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias y manifestando una atención constante hacia el curso del proceso". Por último, esta función se concreta a través de la presencia del abogado en todos aquellos actos, que, se lleven a cabo dentro de la indagatoria, en etapa de averiguación previa y ante el órgano jurisdiccional, es decir, en el proceso mismo.

El defensor es representante y sustituto procesal del inculcado puesto que actúa por sí solo, y sin la presencia de éste, en un gran número de actos procesales, tales como el ofrecimiento y desahogo de las pruebas, la interposición de recursos, la formulación de conclusiones, la demanda de Amparo, etc.

A medida que el proceso penal alcanza mayores niveles técnicos, aumenta la intervención del defensor y disminuye la del procesado, al grado en que apenas se requiere su presencia para algunos actos aislados de carácter personalísimo, tales como: la declaración en indagatoria, la preparatoria en el proceso, la contestación a los interrogatorios (si así lo desea el procesado) por parte de la representación social, o sea el Ministerio Público, así como del mismo defensor o los careos. Luego entonces, se justifica la afirmación de que el defensor se ha convertido en el sustituto procesal del acusado.

El texto original de la fracción IX, al establecer que debería oírse al acusado en defensa “por sí o por persona de su confianza”, tuvo sin duda la intención de dejar en sus manos una elección sin cortapisas y de prohibir a las autoridades que impidieran el libre nombramiento de defensor. No obstante, al abstenerse de señalar requisitos de capacidad en el defensor, la norma constitucional puso en peligro el derecho mismo de defensa que pretendía proteger.

La reforma de 1993 otorga al inculcado el derecho de defenderse “por si, por Abogado o por persona de su confianza”. Menciona, pues, al abogado, pero no exige que el defensor lo sea. El abogado es, únicamente, uno de tres posibles defensores. En consecuencia, la reforma no resuelve el problema de dotar al inculcado de una defensa capacitada. Peor aún, la reforma viene a confirmar, si esto estuviese en duda, que quien no es abogado puede ser defensor.

Ahora bien, la posibilidad técnica de ser defensor no solamente no está abierta a cualquiera, sino que, dado que el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización técnica, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa.

El proceso penal mexicano, caracterizado por la casi desaparición del jurado popular y la entrega de las facultades jurisdiccionales a jueces profesionales, exige, consecuentemente una mayor preparación técnica de los defensores. Carece de importancia, para estos fines, que se trate de defensores de confianza o de oficio. Una razón más para exigir que los defensores sean abogados es que el representante del Ministerio Público, en nuestro país, es siempre letrado, luego, se rompería la igualdad de las partes si no lo fuera el defensor.

Además es señalado que: “Por lo que hace a la autodefensa, ésta es inadecuada incluso en la hipótesis de que el procesado sea un experto en Derecho penal. En primer lugar porque, involucrado personalmente en el problema que trata de resolver y teniendo en juego la libertad, el honor y el patrimonio propios, el procesado carece de tranquilidad de ánimo necesaria para actuar como su propio defensor. Enseguida porque, frecuentemente privado de su libertad por las medidas de prisión preventiva, el procesado carece de la movilidad indispensable para una defensa eficaz. Quien se defiende a sí mismo tiene, en verdad, a un loco por cliente”.⁹⁴

⁹⁴ Zamora-Pierce, Jesús, Ob. cit. pp. 268-269.

Como resultado de la reforma constitucional de 1993, la fracción IX, otorga al inculpado el derecho a una defensa adecuada. Es difícil comprender lo que este adjetivo viene a exigir. Tampoco queda claro en que forma garantizara el Estado que la defensa sea adecuada. Si acaso la Constitución exigiera que el defensor fuera, necesariamente, abogado, podríamos entender que calificara de adecuada la defensa realizada con pericia, por quien conoce el Derecho y está sujeto a los principios de la ética profesional; pero, dado que la Constitución permite al inculpado confiarse su defensa a una persona de su confianza, no profesional e ignorante del Derecho, al exigir que la defensa sea adecuada, pareciera que nuestra norma fundamental otorga un derecho sin imponer las condiciones para hacerlo efectivo.

Igualmente la fracción IX, establece una garantía en el sentido de que el procesado siempre contara con defensor, ya sea designado por él o en su abstinencia por el juzgador. No es una inadvertencia o incorrección gramatical el que la disposición constitucional establezca que: “tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza”, y no utilice la expresión “tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado” ya que precisamente la fracción en comento pretende dejar absoluta libertad al inculpado para defenderse por sí mismo, por un Abogado, así como señalar a una persona de confianza que lo defienda aunque ésta carezca de título profesional.

La Constitución establece la libre defensa del imputado como garantía que el acusado tendrá en todos los juicios del orden penal, es decir, a lo largo del proceso mismo. Dice, en efecto, la fracción IX del artículo 20, que se oirá al acusado: “en defensa por sí, por Abogado o por persona de su confianza...”.⁹⁵

⁹⁵ Es muy abundante la bibliografía acerca del defensor y el inculpado. Frecuentemente son destacadas las virtudes del abogado: “la tradición le impone estrictas disciplinas que dan a su misión carácter de incomparable grandeza; no debe tener más querrela que la del derecho, más toque de atención que el honor, más pasión que la justicia; el mejor abogado, el más escuchado será siempre aquél cuya palabra revela una conciencia irreprochable...” Entre el defensor y el Ministerio Público las armas deben ser iguales, pues de otra suerte el inculpado se hallaría en situación de inferioridad. Moliérac, J., *Iniciación a la abogacía* (trad. Pablo Macedo) México, Porrúa, 1974, pp. 114 y 211. Calamandrei estima que el derecho de defensa significa, en la práctica, el “derecho de tener un defensor”. *Proceso y democracia*, cit., p. 181. La defensa – escribe Jorge Alberto Silva Silva, – es “una función, una actividad, enarbolando la bandera de la legalidad, debe tratar de impedir que durante la aplicación de la ley se cometan excesos. La defensa ha de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones legítimas y ha de aclararle lo que le es confuso o lo que ignore. “Derecho Procesal Penal, cit. p. 147. citado por García Ramírez, Sergio, *Ob. cit.* p 78.

De este texto se desprende que el acusado no está obligado a designar defensor, cuando opta por asumir su propia defensa, o bien, puede resolver que la defensa la ejerza un tercero, a quien la Constitución identifica como “El Abogado o persona de confianza”, o puede el acusado, finalmente resolver, que la defensa sea desempeñada, en forma conjunta, por esa persona de confianza, por el Abogado y por si mismo.

Además: “En la última hipótesis mencionada, probablemente vendría al caso la designación de un representante común, que no lo es del inculpado, en rigor, pues esté no puede representarse a sí mismo, dado que actúa por propio derecho; sería representante de la defensa, precisamente”.⁹⁶

Otra conclusión que se desprende: “es que el defensor no ha de ser, por fuerza, licenciado en derecho”.⁹⁷ Resulta conveniente que lo sea – y además especializado en derecho penal -, para la mejor defensa del sujeto, pero la voluntad de éste puede encomendar esa función a un lego. “Hay aquí una expresión procesal penal de la autonomía de la voluntad, con su secuela de ventajas e inconvenientes”.⁹⁸

⁹⁶ Esto tiene implicaciones en cuanto a la intervención en actos del proceso, en que actúa el representante de la defensa, no todos los defensores; empero, no creo que se pueda negar al procesado (en esta calidad, no ya como encargado de su propia defensa), aunque se altere la “unidad de defensa” querida con la institución de representante, el derecho que le otorga el tercer párrafo del artículo 69 del CPPDF: “El juez o presidente de la audiencia, o el Ministerio Público, según el caso, preguntará siempre al acusado, antes de cerrar la misma, si quiere hacer uso de la palabra, concediéndosela en caso afirmativo.”. citado por Ibidem. p 79.

⁹⁷ Sostengo este parecer en mi Curso de derecho procesal penal, cit. p. 307. Esta misma opinión halla apoyo en el último párrafo del artículo 134 Bis del CPPDF, que atribuye a los indiciados, “desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio”, que lo defiendan. En sentido distinto, cfr. Díaz de León, Marco Antonio, Código Federal de Procedimientos Penales comentado, 2ª ed. México, Porrúa, 1989, p. 147. En su comentario al artículo 160 de ese ordenamiento, Díez de León señala: “si bien es cierto que la constitución indica que al acusado se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza, ello implica que la persona de su confianza sepa defender y esto sólo lo puede hacer quien tenga los conocimientos jurídicos probados ante la autoridad competente, que por ello expide la correspondiente cedula profesional. Es éste el correcto sentido de interpretación respecto de la poco feliz expresión “ser defendido por persona de su confianza”, que necesariamente implica que ésta sepa defender en juicio.” Al respecto, véase Mancilla Ovando, las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal, cit., pp. 190-191. Eduardo Herrera y Lasso considera que entre los defensores debe haber por los menos un Abogado, pues de lo contrario el inculpado carecerá, en rigor, de defensa. Cfr. Garantías constitucionales en materia penal., cit. p. 96. citado por Ídem. p 79.

⁹⁸ Calamandrei reclama la asistencia por abogado, quien se convierte, en rigor, en un “integrador de la personalidad” de su cliente. Añade: “El abogado constituye en el juicio la expresión más importante del respeto de la persona, ya que donde no exista abogado la personalidad del justiciable queda disminuida,

La garantía constitucional de defensa de oficio se aplica al procesado, pues, a partir del: “acto de declaración preparatoria”⁹⁹ Cualquier disposición que anticipe esa designación – por parte del juez o de otra autoridad – será una ampliación de la garantía.

Dice finalmente la fracción IX que el acusado (*rectius*, inculpado) “Desde el inicio de su proceso, será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por Abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor ... el juez le designara un defensor de oficio” y tendrá derecho a que esté (literalmente, sólo el designado por él, pero teleológicamente también el de oficio) “comparezca en todos los actos del proceso; y esté tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.”

En la legislación vigente, a partir de la reforma de 1990 se establece lo siguiente:

- 1) El defensor y la persona de confianza del inculpado firmaran las actas de las diligencias en que tomaron parte (art. 22 CFPP).
- 2) El detenido puede comunicarse con quien estime conveniente, y para ello tiene derecho a utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación (artículo 128, fracción III, párrafo segundo en relación con los incisos b) y c) del CFPP; artículo 269, fracción III, párrafo segundo en relación con los incisos b), c) y d) del CPPDF).
- 3) El Inculpado detenido puede tener (designar): “una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o se le designara un defensor de oficio”¹⁰⁰ El

corriendo a cada instante el peligro de ser arrollado en el juicio civil por la mala fe del adversario y las trampas del procedimiento, y en el proceso penal, por la aplastante superioridad del acusador oficial.” *Proceso y democracia*, cit., p. 183. citado por *Ibidem*. p 80.

⁹⁹ Resolvió la Suprema Corte: “La obligación impuesta a la autoridad de instancia por la fracción IX del artículo 20 Constitucional, surte efectos a partir de que el indiciado es puesto a disposición de la autoridad judicial, y ésta al recibir la declaración preparatoria del presunto responsable tiene la obligación ineludible de designarle defensor si es que aquél no lo ha hecho; mas la facultad de asistencia de defensor a partir de la detención del acusado, concierne única y exclusivamente a éste, por lo que si no lo tuvo desde el momento en que fue detenido, esa omisión es imputable al propio acusado y no al Juez instructor. “Jurisprudencia 1917-1988, tesis 582. En sentido semejante, véase en ídem, tesis 584, que habla de la obligación de designar defensor al acusado” se refiere a cuando éste ya ha sido declarado sujeto a proceso”. citado por *Ibidem* p 82.

fundamento: “(artículo 128, fracción III, inciso b, del CFPP; 269, fracción III, inciso b, del CPPDF y artículo 145, fracción III, inciso b) del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México)”.¹⁰¹

4) El Abogado, Persona de confianza o Defensor de Oficio, pueden ofrecer pruebas en el periodo de averiguación previa, cuando el inculcado está detenido (artículos 128, fracción III, incisos d) y e) del CFPP, que recoge las innovaciones de la reforma de 1983, y 269, fracción III, incisos e) y f) del CPPDF, que incorpora dichas innovaciones a la legislación distrital; así como artículo 145, fracción III, inciso h) e i) del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México).

5) El que rinde declaración en la averiguación previa tiene derecho a ser asistido por un Abogado, Persona de Confianza o Defensor de Oficio, que él designe, quien puede impugnar las preguntas que se formulen a su asistido “si éstas son inconducentes o contra derecho. Pero no puede producir ni inducir las respuestas de su asistido” (artículo 127 Bis del CFPP).

6) En la audiencia de declaración preparatoria comparecerá el inculcado asistido del defensor y de la persona de su confianza, en su caso (artículos 87 del CFPP y 59 del CPPDF, que también prevén la concurrencia del defensor a la audiencia final del juicio). Aquí, correctamente, se prevé la asistencia de ambas figuras del procedimiento, reconociendo que son distintas y que cada una requiere soluciones explícitas.

¹⁰⁰ Subsiste el debate acerca del mejoramiento del sistema para proveer al inculcado de defensa gratuita y eficaz. En México, la solución adoptada es la defensoría de oficio. Calamadre censura el régimen de Abogados incorporados al Estado, asumiendo la defensa del individuo. El argumento capital, a su juicio, es “que la mentalidad del abogado debe ser predominantemente crítica y combativa, como no puede ser de ordinario la mentalidad de un empleado, para el cual la defensa de las causas constituye, no una contienda en la que está en juego su reputación profesional, sino una monótona rutina de oficina.” Demasiados Abogados (trad. José R. Xirau) Buenos Aires, EJE, 1960, pp. 47-48. El mismo autor refiere las desviaciones a que da lugar, en su país, el intento del abogado designado defensor de oficio por obtener que su cliente lo nombre abogado de confianza, es decir, remunerado. Ídem pp. 101-102. citado por Ibidem p 87.

¹⁰¹ La norma sobre el uso del teléfono se debe a la adición del artículo 134 Bis del CPPDF, en 1981. No ha sido suprimida y, en consecuencia existe una duplicación o reiteración entre este mandato y el nuevo texto del artículo 269, fracción III, párrafo último en relación con los incisos b), c) y d) del CPPDF. citado por Ibidem cit. Pág. 88.

7) En la declaración preparatoria, una vez conocidos los “generales del inculpado, se reiterará a éste “el derecho que tiene para defenderse por sí, por Abogado o por persona de su confianza”, con la advertencia de que sí no formula la designación respectiva, el juez nombrará un defensor de oficio; al cabo de esa diligencia, y en la actuación de careos, el defensor puede formular a los testigos las preguntas “conducentes” a su defensa (artículos 154 del CFPP, 290 y 295 del CPPDF), así como el artículo 170 fracción IV del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México.

En aquella prevención se recoge el texto constitucional; al hacerlo queda de manifiesto el mencionado equívoco que se suscita por el nuevo sentido que la ley secundaria da el giro “persona de la confianza del inculpado.”

8) La confesión debe ser hecha “ante el defensor o persona de su confianza (del inculpado; artículos 287, fracción II, del CFPP y 249, fracción IV, del CPPDF). No está claro que la mejor solución sea la disyuntiva – defensor “o” persona de confianza - , dada la diferencia en la naturaleza y las actividades de ambas figuras del procedimiento.

Dado que la confesión ante el Ministerio Público sólo tiene validez si se hallan presentes el defensor o la persona de confianza del inculpado, hay que prever el caso de que éste carezca de defensor y no desee, por otra parte, la concurrencia de persona de su confianza, o no cuente con ella. En este caso, el Ministerio Público debe estar facultado para designar defensor de oficio, o bien, debiera haber una oficina de turno de la Defensoría de Oficio que resuelva el problema. Sin embargo, no existen normas expresas al respecto.

El fundamento constitucional (**posterior a la publicación del Decreto**) de la ley a estudio, lo encontramos en el párrafo séptimo del artículo **19**, **las fracciones IX y X del apartado A y las fracciones II, III y VIII del apartado B del artículo 20**, así como el primer párrafo del artículo **22**.

Que señala lo siguiente:

“Artículo **20**.- El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A.- De los principios generales:

IX.- Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y

X.- Los principios previstos en este artículo, se observaran también en las audiencias preliminares al juicio.

B.- De los derechos a toda persona imputada:

II.- A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

III.- A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.

VIII.- Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designara un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y”

2.1.3 La Garantía consagrada en el artículo 22.

Se establece en el primer párrafo, que a la letra dice: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación (cercenamiento de algún miembro del cuerpo humano por la comisión del delito) y de infamia (el deshonor, el desprestigio público) la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, La multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales”. (Como medio de oprimir la voluntad, pierde validez el acto procesal; se anula, y con esta anulación puede venir por tierra el proceso). En esta virtud, la

Tortura se ve formalmente, como algo inútil; peor todavía, contraproducente. Así se le combate; no solo por castigo, sino además por ineficacia.

¿Qué es una pena inusitada? Aquella sanción que no está consagrada por la ley para un hecho delictivo determinante, sino al arbitrio de la Autoridad que realiza el Acto impositivo. Así se confirma el principio “nulla poena sine lege” consagrado por el artículo 14 constitucional.

¿Que es una pena trascendental? Aquella que no solo comprende o afecta al Autor de un hecho delictivo por ella sancionado, sino que su efecto sancionador se extiende a los familiares del delincuente que no participaron en la comisión del delito. En otros términos, la trascendencia de la pena se revela en la circunstancia de que está se impone directa o indirectamente también a personas inocentes, unidas comúnmente por relaciones de parentesco con el autor de un delito. La imposición trascendental de una pena pugna, pues, con el principio de la personalidad de la sanción penal, que consiste en que esta sólo debe aplicarse al autor, cómplice y en general, a los sujetos que de diversos modos y en diferentes grados de participación hayan ejecutado un acto delictivo.¹⁰²

Lo cual debe entenderse referido no sólo al tratamiento que las autoridades sigan respecto a los privados de su libertad, sino también como un mandato a los cuerpos legislativos, que obviamente no podrán expedir leyes en las cuales dispongan penas de tal naturaleza, como forma de sancionar a los penalmente responsables de conductas ilícitas debidamente tipificadas.

El fundamento constitucional (**posterior a la publicación del Decreto**) de la ley a estudio, lo encontramos en el párrafo séptimo del artículo **19**, las fracciones IX y X del apartado A y las fracciones II, III y VIII del apartado B del artículo **20**, así como **el primer párrafo del artículo 22**.

Artículo **22**.- “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

¹⁰² Burgoa Orihuela, Ignacio, Ob cit. Págs. 640.

2.1.4 Las Garantías durante la Averiguación Previa.

Sobre el inicio de la averiguación previa – con indiciado detenido o sin él – contienen nuestras leyes sendas prevenciones que tienden a asegurar, en la mayor medida posible, el respeto a los derechos del individuo y la debida persecución de los delitos. Son fundamentales, a este respecto, los artículos 113 del CFPP y 262 del CPPDF.

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993, se reformaron los artículos 16, 19, 20 y 119 y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En dicho Decreto se agregó a la fracción X, del artículo 20 constitucional un párrafo cuarto que, en lo pertinente, dice: “Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan, lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.” Esto quiere decir que nuestra constitución consagra ahora, como garantías del indiciado durante la averiguación previa, su derecho a ofrecer y desahogar pruebas, a ser informado de la imputación y elementos de actuación que existen en su contra, de tener un defensor, así como a declarar o no si así lo desea. Procedamos al estudio de cada uno de estos derechos.

a) La garantía de Defensa.

El Defensor, cuando interviene durante la averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas. Así, el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no autoincriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, y dada la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia conforme a la cual debe dársele preferencia y valor probatorio a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa, hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso.

El decreto de 3 de septiembre de 1993, viene a consagrar, a nivel constitucional, el derecho del indiciado a nombrar un defensor durante la averiguación previa. La fracción IX del artículo 20 constitucional dispone que, si el procesado no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designara un defensor de oficio. Esta garantía, al ser aplicable dentro de la averiguación previa, debe entenderse en el sentido de imponer al Ministerio Público el deber de hacer tal designación supletoria de defensor. Esto nos obliga a plantearnos una pregunta ¿Cuál será el origen de los defensores de oficio durante la averiguación previa? No parece deseable que sean empleados a sueldo de la procuraduría, por cuanto ello arrojaría sobre ésta dos funciones contradictorias: la de acusación y la de defensa. Quizás sería mejor, al reglamentar esta reforma constitucional, dejar a cargo de las comisiones de derechos humanos, el proporcionar estos defensores de Oficio.

La orden y acto de detención revisten suma importancia, jurídica y práctica, para el inculcado y, en general para el debido desahogo del procedimiento penal. Esa materia se halla prevista, por ello, en el conjunto de los derechos públicos subjetivos, a través del artículo 16 Constitucional.

La detención irregular. Los nuevos textos contienen estipulaciones sancionadoras. La primera de ellas se dirige al Ministerio Público y a los funcionarios de la Policía Ministerial o Judicial: “la violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario de la policía Ministerial o judicial que decreta la detención.”

Se entiende que el Ministerio Público es penalmente responsable cuando decreta la detención si faltan los fundamentos para ella, específicamente: flagrancia, urgencia (tratándose de delitos perseguibles por querrela; extremo al que debió agregarse el de otros requisitos de procedibilidad diversos de la denuncia) u orden de aprehensión.

Igualmente se señala: “En cuanto a los funcionarios de la Policía Ministerial o judicial, se debió hablar de miembros o integrantes, para no reducir el alcance de la hipótesis sólo a quienes tengan, en rigor, calidad de “funcionarios”. Los integrantes de la Policía Ministerial o

Judicial serán penalmente responsables siempre que dispongan que una persona quede detenida, pues carecen de facultades para emitir semejante acuerdo”.¹⁰³

A la jurisprudencia, formada a lo largo de muchos años: “ se debe la formula recogida por la reforma, que presume incomunicación (proscrita por la fracción II del artículo 20 constitucional como medio que compele al detenido a declarar en su contra) cuando se prolonga excesivamente la detención del sujeto”.¹⁰⁴ “Otra cosa es la prueba del maltrato, cuando lo alegue el inculpado”.¹⁰⁵ “Sigue estando a su cargo la prueba de aquel, aunque las frecuentes y útiles modificaciones de la ley procesal tienden a reducir constantemente la posibilidad de que el maltrato ocurra, al restar eficacia a las declaraciones rendidas sin asistencia jurídica o en otras condiciones irregulares”.¹⁰⁶

Es claro el efecto jurídico de la detención prolongada: invalidar las declaraciones del inculpado, cualquiera que sea el sentido de éstas. Se estará pues, a las declaraciones del inculpado una vez que haya cesado la prolongada detención, lo cual implica, seguramente, que en la especie sólo tendrá validez lo declarado ante el juzgador.

¹⁰³ El Código Penal no contiene un tipo inmediato aplicable a la detención irregular por parte de un funcionario o empleado público que carece de atribuciones para ordenar o practicar la captura. Habría que invocar, pues, los tipos penales de más amplio campo, aplicables a la detención irregular y a otros comportamientos ilícitos diferentes. Vale considerar el caso de privación ilegal de la libertad mencionado en el artículo 364, fracción II. La fracción I no es aplicable porque exige del sujeto activo la condición de ser “particular”. Es discutible la aplicabilidad de la fracción II, que habla de violación a derechos o garantías establecidos en la constitución, en virtud de que la ley suprema no fija explícitamente las atribuciones – y, por ende, las prohibiciones – de la Policía Judicial en materia de detención. También ameritan consideración los tipos penales previstos, como abuso de autoridad, en la fracción II del artículo 215: “Cuando ejerciendo (el servidor público) sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima...”, o bien, como delito contra la administración de justicia, en la fracción VII del artículo 225: “Ejecutar (el servidor público) actos o incurrir en omisiones que produzcan un daño o concedan a alguien un beneficio indebidos.” En cambio, hay estipulaciones punitivas aplicables directa e inmediatamente a quienes reciben, en establecimientos de detención a su cargo, a un sujeto detenido ilegalmente, entre otros supuestos (artículo 215, fracción VI), y a quienes no denuncian o hacen cesar la privación ilegal de la libertad de que tengan conocimiento lo cita, García Ramírez, Sergio, Ob. cit. p. 54.

¹⁰⁴ En este sentido, cfr., por ejemplo, Informe 1978, Primera Sala, A.D. 1472-78, Isaías Pérez Jaime, Informe 1986, Primera Sala, A.D. 46-86, Felipe Herrera Benítez y coags.; A.D. 790-86, Lorenzo Martínez Nieto y coags.; y A.D. 1423-86, Graciano Laredo Soto, Informe 1987, Primera Sala, A.D. 476-86, Humberto Ávila Sánchez (en esta ejecutoria se sostiene que la confesión presuntamente coaccionada por detención prolongada del sujeto, adquiere valor probatorio cuando otras probanzas la hacen verosímil). Íbidem p. 60.

¹⁰⁵ En la tesis 77 que aparece en la Compilación 1917-1965 de jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, se manifiesta que si no se comprueba el argumento de coacción que esgrime el quejoso, la confesión inicial no pierde validez.

¹⁰⁶ García Ramírez Sergio Ob. cit. p. 61.

La reforma constitucional contra la tortura consiste en los siguientes puntos: a) Se quita todo valor probatorio a la declaración del inculcado que no se emitía en presencia de su defensor o persona de su confianza; b) Se quita todo valor probatorio a la declaración del inculcado emitida ante la policía, y sólo es válida la que se realiza ante el Ministerio Público o el juez de la causa; c) Se establece un plazo inequívoco, razonablemente breve, para la detención prejudicial. (Entendiendo lo anterior con fundamento en lo establecido por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, que establece un plazo de 48 horas).

Ciertamente, lo deseable es que los inculcados sean puestos de inmediato a disposición del Ministerio Público, y que ante esté y bajo su autoridad se informe al detenido sobre los derechos que tiene. Empero, la realidad obliga a pensar en la alternativa de que el sujeto quede materialmente en un recinto a cargo de la Policía Ministerial o Judicial, bajo la responsabilidad de ésta, en tanto se le presenta al Ministerio Público. Se entiende, sin duda, que: “a la Policía Ministerial o Judicial le compete, en tal Hipótesis, informar al detenido sobre sus derechos – cosa que debiera hacer, inclusive, desde el momento mismo de su captura, a fin de que los ejerza inmediatamente”.¹⁰⁷

2.2. Los Instrumentos Jurídicos Internacionales en materia de promoción y protección de los derechos humanos en contra de la tortura.

2.2.1 Las Garantías consagradas en los Tratados Internacionales.

a) Los Tratados Internacionales y las Garantías del procesado Penal.

La Convención es un tratado, celebrado por el Presidente de México con aprobación y Ratificación del Senado. En consecuencia, las normas en ella contenidas han pasado a formar parte del Derecho interno de nuestro país, en los términos del artículo 133 de la Constitución General de la República. Por otra parte, es un principio pacíficamente aceptado en el Derecho Mexicano el de que las garantías, tal y como aparecen consagradas en la constitución, son un mínimo de derechos que pueden ser validamente ampliados por el legislador ordinario, por la jurisprudencia o por los tratados internacionales. Aceptan este principio la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

¹⁰⁷ *Ibíd.* Pág. 75.

En la medida en que nuestra constitución ya consagraba los derechos reconocidos en la Convención y en el Pacto, son bien pocos los beneficios derivados de la firma de esos documentos. Luego se impone la conclusión: “en México, el problema de los derechos humanos no estriba en dictar leyes que los reconozcan, sino en respetar y aplicar puntualmente aquellas ya en vigor”.¹⁰⁸

Dentro de las diversas jerarquías que los tratados pueden guardar frente a los sistemas jurídicos nacionales, nuestro país adopta un sistema, denominado supra-legal, el cual le confiere a los tratados un rango superior al de las leyes, pero subordinados a la Constitución. Es bien sabido por el foro, que mediante tesis aislada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 1475/98, se pronunció por un sistema de tal naturaleza. En la práctica puede resultar de poca relevancia el rango que se le dé a los tratados, pues al margen de esta consideración formal, en el fondo: “todo compromiso asumido por los Estados-Nación, como resultado de la incorporación a su sistema jurídico de un tratado, debe ser respetado”.¹⁰⁹

Esta tutela se ha ido dando a través de esquemas tanto universales como regionales. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, aprobada dentro del marco de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), fue el primer documento de carácter universal que trató la cuestión de los derechos humanos; y si bien no es un tratado, sino una resolución de la Asamblea General de la ONU, es una fuente de derecho y constituye todavía el fundamento esencial del sistema internacional en esta materia.

En el ámbito universal y dentro del sistema creado por la ONU, existen más de ochenta convenios y declaraciones relacionados con los derechos humanos, destaca dentro de los Derechos Humanos en la Administración de Justicia, la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Ahora bien, de manera paralela a todos los instrumentos, se han creado sistemas regionales de protección de los derechos humanos.

¹⁰⁸ Zamora-Pierce, Jesús, Ob. cit. p. 418.

¹⁰⁹ Gómez Pérez, Mara, “La Protección Internacional de los Derechos Humanos y la Soberanía Nacional”, Editorial Porrúa, México, 2003, Comentario de Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. p. XI.

El sistema regional americano, por su parte, comprende a todos los países signatarios de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre emanada de la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en el año de 1948, y muy especialmente, de la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José) suscrita en San José de Costa Rica en el año de 1969 en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA).

Aun cuando los tratados no tengan por objeto reconocer derechos humanos, pero posean el propósito de tutelar a las víctimas de la violación de esos derechos humanos o asegurar la investigación y sanción de los responsables de los crímenes internacionales, también pueden considerarse como concernientes a los derechos fundamentales, como lo pueden ser el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

En este tipo de tratados de protección de los Derechos Humanos, no se trata de tratados multilaterales o bilaterales del tipo tradicional celebrados en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, y tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes, de forma tal que los Estados que signan un instrumento internacional de esta naturaleza, se someten a un orden legal dentro del cual ellos mismos, asumen diversas obligaciones no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos ubicados bajo su jurisdicción.

Así, podemos decir que los tratados de derechos humanos tienen un contenido que apunta a la protección de las garantías mínimas del hombre y que, además, no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige para ellos el principio de reciprocidad entre los derechos y las obligaciones contraídas.

Se señala que: “México ha mostrado una marcada proclividad a la tutela de los derechos humanos como lo demuestra el establecimiento en la Constitución de las garantías individuales y políticas, su avanzada legislación en materia de derechos sociales, la instauración y difusión internacional del juicio de amparo, la reciente creación de otros medios de control constitucional y su perfeccionamiento jurisprudencial, y la suscripción en múltiples y muy diversos instrumentos

internacionales que establecen catálogos y crean sistemas alternos de protección de esos derechos, lo cierto es que también se ha mostrado receloso a este respecto”.¹¹⁰

En nuestro país, la constitución mexicana es la norma de normas. Impone deberes, crea limitaciones, otorga facultades y concede derechos. Nada ni nadie puede estar sobre ella, pues su naturaleza de Ley suprema niega la posibilidad de que esté sometida a otro cuerpo normativo superior y, en cambio, requiere que todo le sea inferior y que cada acto de autoridad esté de acuerdo con ella. Toda la estructura normativa del país descansa sobre esta idea.

México ha sido signatario y aceptante de una multitud de Tratados, Declaraciones, Pactos o Convenios de orden internacional que tienen por objeto definir, garantizar o defender los Derechos Humanos. Estos instrumentos han tenido las cualidades adecuadas para servir de base a la formación de una conciencia multinacional en torno a estas fundamentales garantías humanas, por ello se habla ahora en todos los foros internacionales de la defensa de estos derechos, siendo un tema cotidiano de la opinión pública mundial.

En esa virtud, nuestro país ha intervenido activamente como signatario de tales instrumentos internacionales, dándoles validez en el ámbito nacional, una vez que se han cubierto los requisitos que el derecho positivo mexicano establece.

Los principales instrumentos de este orden internacional que abordan cuestiones relativas a Derechos Humanos podemos clasificarlos en varios rangos, como son: instrumentos declarativos, instrumentos convencionales universales e instrumentos convencionales regionales.

De manera específica podemos referirnos a las Declaraciones Internacionales siguientes:

1.- La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta declaración fue promulgada en la ciudad de París el 10 de diciembre de 1948 y se ha agregado como un anexo válido de la Carta Organizativa de la ONU. México suscribió la Declaración emitida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuyo artículo 5o dispone: “Ninguna persona será sometida a tortura ni

¹¹⁰ Sepúlveda, Cesar. “México, la Comisión Interamericana y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en: la Protección Internacional de los Derechos del Hombre, Balances y Perspectivas, UNAM, México, 1983, pp. 191 y ss. Ibidem, p.18.

penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Además, el artículo 11° prescribe que: “Se presume inocente a toda persona acusada de un acto delictivo hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida en el curso de un proceso público, donde se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”.

Se aclara que la Declaración Universal de Derechos Humanos no es propiamente un texto jurídico, tratado, convenio ni convención internacional; es tan solo eso: una declaración de principios, suscrita por muchas naciones, entre ellas nuestro país. Así, pues, si a esta Declaración no se le reconoce un carácter jurídico, tenemos que reconocerle el carácter de un código universal de ética y, en consecuencia, de enorme valor en la materia que examinamos.

La Organización de las Naciones Unidas está organizada en seis órganos principales. La Asamblea General, el Consejo de Seguridad, el Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría, todos ubicados en la sede de Nueva York, excepto la Corte que se encuentra en la Haya.

Además: “La Corte Internacional de Justicia, con sede en la Haya (Países Bajos), es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas. Su Estatuto está integrado a la Carta de las Naciones Unidas. Todos los miembros de las Naciones Unidas pueden recurrir a la Corte. Suiza y Nauru son los únicos estados no miembros que son parte en el estatuto. Ninguna persona individual puede recurrir a la Corte. La Asamblea General y el Consejo de Seguridad pueden solicitar una opinión consultiva de la Corte sobre cualquier cuestión jurídica. Los órganos de las Naciones Unidas y los organismos especializados pueden solicitarla con autorización de la Asamblea General. La jurisdicción de la Corte se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan, y a todos los asuntos previstos en la Carta y convenciones vigentes. En la decisión de controversias aplica las convenciones internacionales, la costumbre internacional, las decisiones judiciales y la doctrina; y si las partes convienen en ello puede decidir sobre la base de la equidad. Esta integrada por quince magistrados, son elegidos por la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, en votaciones independientes. Se les elige por sus meritos, se pretende que estén representados en la Corte los principales sistemas jurídicos del mundo. Son personas de alta calidad moral y deben reunir los requisitos que se requieren para el ejercicio de las más altas funciones judiciales en sus respectivos países; o, deben ser jurisconsultos de reconocida competencia en materia internacional. No puede haber dos magistrados de una misma

nacionalidad. Se eligen de una lista de candidatos que proponen los grupos nacionales de la Corte Permanente de Arbitraje (La Corte Permanente de Arbitraje sobre arreglo pacífico de las controversias internacionales, fue creada en la Convención de la Haya en 1907)".¹¹¹

La jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, se extiende a todos los litigios que los Estados le sometan y a todos los asuntos previstos en la Carta y en los tratados o convenciones vigentes.

2.- De igual manera, México suscribió el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Resolución 2200 (XXI) de la Asamblea General de la ONU, el 16 de diciembre de 1966, del 23 de marzo de 1976, nuestro país se adhirió a este pacto el 23 de marzo de 1981, por lo que, una vez ratificado por el Senado, su decreto de promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981. Es importante advertir que mediante este instrumento se creó el Comité de Derechos Humanos.

Precisa el artículo 6º y siguiente que: “nadie podrá ser sometido a Torturas, ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni podrá ser sometido, sin su consentimiento, a experimentos médicos o científicos.”

Debe aclararse, que, nuestro país no reconoce la competencia del Comité de Derechos Humanos que prevé este Pacto, toda vez, que hizo las reservas respectivas sobre esa situación.

3.- Posteriormente, México, forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también es conocida como “Pacto de San José”, esta convención se aprobó en la Ciudad de San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1979, nuestro país se adhirió a la Convención el 24 de marzo de 1981. Con Decreto promulgatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación de 24 de febrero de 1999.

Los capítulos fundamentales de la Convención son el Segundo y el Tercero, en donde se establecen los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los habitantes de América. Se consignan aquí, el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, las penas o tratos

¹¹¹ Villareal Corrales Lucinda. “La Cooperación Internacional en materia penal”, Editorial Porrúa, S.A. Segunda Edición, México, 1999. Págs. 23-24.

cruels, la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el derecho a la libertad y a la seguridad personales; el derecho a un debido proceso en un juicio imparcial; la prohibición de la retroactividad de la ley en materia penal. Establece que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; la pena no puede trascender de la persona del delincuente; las penas privativas de la libertad tendrán, como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados, entre otras disposiciones.

El artículo 5.2 de la Convención expresa que: “Nadie debe ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”

Esta Convención estableció un conjunto de medios de protección o mecanismos encargados de controlar o supervisar el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados miembros, creando, para tal efecto, a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículos del 33 al 73). El primero de estos organismos se integra con siete miembros, quienes deben ser personas de alta autoridad moral y conocimiento reconocido en materia de Derechos Humanos. Estos miembros son elegidos por la Asamblea General de la OEA, de una lista de candidatos que son propuestos por los estados miembros. Los miembros de la Comisión duran en su encargo cuatro años y pueden ser reelectos por una sola vez.

La Comisión tiene la función especial de promover la observancia y la defensa de los Derechos Humanos. Al efecto podrá y deberá: estimular la conciencia de los Derechos Humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros, para que adopten medidas progresivas a favor de los Derechos humanos; preparar los estudios o informes necesarios para su gestión; atender las consultas de la Secretaría General de la OEA en torno a cuestiones relacionadas con Derechos Humanos, rendir un informe anual a la Asamblea General de la OEA.

Por cuanto hace a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es un Tribunal compuesto de siete jueces elegidos entre juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, que son propuestos por los Estados miembros, sin

que puedan existir dos jueces de la misma nacionalidad. Duran en su encargo seis años y pueden ser reelectos por una sola vez.

Solamente los Estados miembros y la Comisión pueden someter algún asunto a la decisión de la Corte, la que tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención en comentario, siempre que los Estados miembros hayan reconocido o le reconozcan dicha competencia, ya por Declaración Especial o por Convención General. Cuando decida dicha Corte que hubo violación a un derecho o libertad protegida, dispondrá que se restituya al afectado en el goce de sus derechos y, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias de las medidas que configuró la vulneración de sus derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

El fallo de la Corte es definitivo e inapelable, estipulándose que se hace de buena fe y solamente procede un procedimiento de aclaración en cuanto al sentido o alcance del mismo, siempre y cuando se presente dentro de los noventa días posteriores a su emisión.

El Pacto de San José es más extenso que la mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Contiene 82 artículos y codifica más de dos docenas de derechos que incluyen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a las garantías judiciales, a la privacidad, al nombre, a la nacionalidad, a participar en el gobierno, a la igualdad ante la Ley y a la protección judicial.

Los estados parte se comprometen a respetar y garantizar el libre y pleno ejercicio de estos derechos a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, por lo que, bien puede afirmarse que tienen tanto deberes positivos como negativos. Por un lado, tienen la obligación de no violar los derechos de los seres humanos (vr. gr. no torturar a una persona) pero las obligaciones de los Estados se extienden más allá de este deber negativo, de tal forma que también se le puede exigir a las autoridades internas la adopción de las medidas positivas necesarias y razonables, según las circunstancias, que garanticen el pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención (por ejemplo, garantizar la no tortura de sus nacionales por agentes privados).

Se ha dicho que los derechos que la Convención Americana proclama son tantos y de tal magnitud (incluso mayores que los contenidos en la Convención Europea o el Pacto de Derechos

Civiles y Políticos) que puede dudarse que exista algún país en América que cumpla con todos ellos. Este hecho, sin embargo, no impidió que la Convención obtuviese el número necesario de ratificaciones para entrar en vigor y, más aún, que curiosamente la mayoría de dichas ratificaciones no contuviesen ninguna reserva, pese a que, las condiciones jurídicas y fácticas de la mayoría de los países ratificantes, debieron haber dado lugar a un mayor número de reservas.

Ahora bien, como ya lo señalábamos, la Convención Americana establece dos órganos para asegurar su cumplimiento, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; de estos, tiene particular importancia para nuestros efectos la Corte, a la cual nos referiremos ahora.

Hasta fines de 1999 se habían sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, 21 países, siendo los últimos México y Brasil, en el año de 1998, y Haití y República Dominicana, en 1999. Estados Unidos de Norteamérica, hasta la fecha, no se ha adherido a su Estatuto.

Las normas que regulan el funcionamiento de la Corte están contenidas en tres instrumentos que son, en orden jerárquico: El Pacto de San José, el Estatuto de la Corte y el Reglamento expedido por los propios miembros de la Corte. El quórum para las deliberaciones es de cinco jueces y las decisiones se toman por mayoría de los jueces presentes. En caso de empate, el voto del presidente decide.

Pese a que las audiencias son públicas, este cuerpo debe deliberar en privado, salvo que el tribunal estime lo contrario. Las decisiones, juicios y opiniones de la Corte, se comunican en sesiones públicas y se notifican por escrito a las partes. Además, se publican conjuntamente con los votos y opiniones separadas de los jueces y con cualesquiera otros datos o antecedentes que la Corte considere convenientes.

En cuanto a su competencia contenciosa: “el Pacto de San José pone de relieve que la Corte está facultada para conocer de cualquier caso”¹¹² relativo a la interpretación y aplicación del

¹¹² “Caso” debe entenderse, dijo la Corte, en el sentido de asunto contencioso. Ello significa que tal como lo define la Convención, implica una controversia que se inicia como consecuencia de una denuncia según la cual un Estado parte ha violado los derechos humanos, sea que dicha denuncia venga de un particular o bien, de otros Estado (Opinión consultiva-OC3/83, del 8 de septiembre de 1983).

mencionado instrumento interamericano que le sea sometido, siempre que los Estados parte en el pleito hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, por declaración especial,, o por otra convención. Tal adhesión es factible de llevarse a cabo en el momento de sumarse al pacto o en cualquier otra oportunidad ulterior, en el entendido de que esa expresión de voluntad puede efectivizarse “incondicionalmente” o bajo “condición de reciprocidad”, por un plazo determinado, o para casos específicos. Dicha manifestación tiene que ser presentada al Secretario General de la Organización de Estados Americanos, quien debe transmitir copia a los signatarios de la OEA, y al Secretario de la Corte.

Cabe apuntar que esta instancia sólo puede ser iniciada por los Estados parte y por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; por ende, ni los individuos, ni los organismos internacionales poseen, por ahora, tal potestad, lo que en su caso están obligados a acudir primeramente a la Comisión a fin de que, previo el trámite correspondiente, sea ésta quien promueva ante el referido Tribunal Internacional.

Sintetizando podemos reiterar que la competencia contenciosa de la Corte apunta a temas relativos a los derechos humanos, en la medida en que el Estado legitimado pasivo se haya adherido a la Convención y al sistema del Tribunal.

4.- Por Resolución 3452 (XXX) de la Asamblea General de la ONU del día 9 de diciembre de 1975, se aprobó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y fue abierta a la firma, ratificación y adhesión de los Estados miembros de la Organización. Sin embargo, sería hasta el 10 de diciembre de 1984 en que la propia Asamblea General llegaría a la adopción plena del presente instrumento internacional, que entró en vigor el 26 de junio de 1987.

Este es, el Instrumento principal para la proscripción, internacionalmente concertada, de la tortura. Se trata, según la declaratoria inicial, de un principio rector de la intención de las autoridades políticas.

Para los fines de la Declaración, el término tortura: “designa todo acto por el cual el dolor o sufrimientos agudos, físicos o mentales, son infligidos deliberadamente a una persona por agentes de la función pública o a su instigación, con el fin, principalmente, de obtener de ella o de

un tercero, información o confesiones, de castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que haya cometido, o de intimidarla o de intimidar a otras personas”. El término así definido no se extiende al dolor o a los sufrimientos resultantes únicamente de sanciones legítimas inherentes a dichas sanciones u ocasionados por éstas, en la medida en que sean compatibles con el Conjunto de Reglas Mínimas para el trato de detenidos.

En la concepción de esta Declaración, la tortura constituye una forma agravante y deliberada de la pena o de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es, sin duda, la más condenable manifestación del desprecio a la dignidad humana por parte de la autoridad política.

Ningún Estado puede autorizar o tolerar la tortura u otras penas o tratos crueles inhumanos o degradantes. Las circunstancias excepcionales, tales como el estado de guerra o de amenaza de guerra, la inestabilidad política interior u otro estado de excepción, no pueden ser invocados para justificar la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Todo Estado ha de tomar medidas efectivas para impedir que la tortura sea practicada en su jurisdicción. (Artículos 3o y 4o).

En la formación del personal encargado de la aplicación de la Ley y en la de otros agentes de la función pública que puedan tener responsabilidad sobre personas privadas de su libertad, es necesario vigilar que se tenga plenamente en cuenta la prohibición de la tortura y de otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. (Artículo 5o).

Todo Estado ejercerá sobre su territorio vigilancia sistemática sobre las prácticas y los métodos de interrogatorio y las disposiciones concernientes a la custodia y el trato de personas privadas de libertad, a fin de prevenir todo caso de tormento o de otras penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes. (Artículo 6o).

Todo Estado velará para que todas las torturas sean delitos considerados como tales en su legislación penal. Idénticas disposiciones deben aplicarse a los actos que constituyan participación, complicidad o incitación a la tortura o tentativa de practicarla. (Artículo 7o).

Toda persona que alegue haber sido sometida a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes por un agente de la función pública o a instigación de éste, tiene el derecho de

denunciarlo ante las autoridades competentes, quienes procederán a una investigación imparcial de la causa (Artículo 8o). Pero además, cada vez que existan motivos razonables para suponer que un acto de tortura ha sido cometido, las autoridades competentes del Estado respectivo procederán de oficio y sin dilación a averiguarlo imparcialmente. (Artículo 9o).

Si queda establecido que un acto de tortura o de otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes ha sido cometido por un agente de la función pública o a instigación de éste, la víctima tiene derecho a la reparación y a la indemnización en los términos de la legislación nacional aplicable. (Artículo 11o).

Si queda establecido que una declaración fue hecha como consecuencia de la tortura o de otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, esta declaración no podrá ser invocada como prueba en el curso de las averiguaciones, cualesquiera que éstas sean, ni contra el encausado ni contra ninguna otra persona. (Artículo 12o).

Lo anterior dio origen o se creó: la “Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, del 10 de diciembre de 1984, aprobada en la Resolución 39/46 de la Asamblea General de la ONU, ratificada por el Senado de la República el 23 de enero de 1986, cuyo decreto de promulgación apareció en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1986.

Señala en su artículo 1º.- “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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 se sospeche que ha cometido,¹¹³ o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, que sean inherentes o incidentales a éstas.”

¹¹³ En las versiones originales francesa e inglesa: “por un acto que ella o una tercera persona haya cometido o se sospeche que ha cometido” De la Cuesta Arzamendi, José L., “El Delito de Tortura”, Primera Edición, Barcelona, España, 1990. Pág. 23.

2.- El presente artículo: “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.¹¹⁴

No son muchas las diferencias entre ésta y la definición de 1975. Si prescindimos de la redacción y estilo, los elementos que se añaden al texto aprobado en 1975 – que, por lo demás, es asumido en su totalidad por la Convención – vienen a ser la referencia a la discriminación entre las motivaciones de la tortura, la mención junto a los funcionarios de las personas que se encuentren en el ejercicio de las funciones públicas y la consideración como tortura de los actos realizados a instigación de funcionarios públicos o de personas en el ejercicio de funciones públicas o con su consentimiento o aquiescencia.

Mayores distancias se observan en el segundo de los incisos, que excluye de la tortura los dolores o sufrimientos propios de las sanciones legítimas. En 1975 se añadía una limitación que ha omitido la Convención: su necesaria “consonancia con las Reglas mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”. Por lo demás, la Convención no limita el posible mayor alcance de otros Convenios o leyes internas e insiste en (y aumenta) la separación entre “tortura” y “trato o pena cruel, inhumano o degradante”, establecida en 1975, al distinguir más su régimen jurídico (art. 16) en la línea abierta por la Declaración, que ya consideraba a la tortura (art. 1.2.) una “forma agravada y deliberada” de aquéllos.

La Convención de 1984 no establece claramente las diferencias entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes y ello a pesar de la importancia (manifestada en la desigualdad de trato) que otorga a tal distinción.

Inicialmente, la lectura del artículo 16 apunta a la conclusión de que entre la tortura y los otros tratos hay, para la Convención, una básica identidad conceptual y sólo una diferencia de

¹¹⁴ Por su parte el artículo 2 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura define (I) “... por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. 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 (II). No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo” V. F. Reinaldi, *El delito*, cit. Pp. 185 Ídem.

grado, que encontraría su reflejo en la diversa intensidad requerida para los dolores o sufrimientos físicos o mentales, en su caso, producidos. Este es también el sentido comúnmente atribuido por la doctrina a la contraposición de estos conceptos en un mismo texto normativo, algo, por lo demás, normalmente considerado muy digno de criticar por prestarse a múltiples confusiones de orden conceptual y hasta valorativo.

Un examen más atento del artículo 16 puede exigir, no obstante, matizar la afirmación anterior, al resultar posible el otorgamiento a los tratos crueles, inhumanos y degradantes de un contenido más amplio que el de puras torturas de segundo grado.

En efecto, el objeto del artículo 16 son una serie de actos de causación de sufrimientos o dolores físicos o mentales que no alcanzan a integrar la definición de tortura, a pesar de que son realizados por los sujetos especiales del delito y debidos, por lo general, a la insuficiente intensidad del dolor o sufrimiento inflingido. Conviene, con todo, indicar que la Convención no señala la razón por la cual aquellos actos no llegan a ser tortura, pudiendo perfectamente admitirse, por tanto, en su tenor literal tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes que no integren en su seno las metas o motivaciones especiales propias de la tortura.

Se estableció, con base a este instrumento, un Comité Internacional contra la Tortura, integrado por diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de Derechos Humanos, quienes duran en su encargo cuatro años y pueden ser reelectos. Desde luego, es la Asamblea General quien los designa para que ocupen la titularidad de esa Comisión.

Para su debida observancia, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 89 constitucional, el Diario Oficial de la Federación publicó el 6 de marzo de 1986, el Decreto de promulgación de la “Convención sobre la Tortura y Otros Tratos Crueles e Inhumanos o Degradantes”, firmado por el presidente de la República Mexicana y Ratificado por el Senado de la República.

5.- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Aprobada por la Primera Comisión en la cuarta sesión, celebrada el 6 de diciembre de 1985. Esta fue adoptada el 9 de diciembre de 1985, con entrada en vigor el día 28 de febrero de 1987, ratificada por México el 22 de junio de 1987 y entrada en vigor en nuestro país el día 22 de junio de 1987.

Señala dentro de su cuerpo lo siguiente: “Concientes de lo dispuesto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el sentido de que nadie debe ser sometido a tortura ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Reafirmando que todo acto de tortura u otros actos o penas, inhumanos o degradantes constituyen una ofensa a la dignidad humana y una negación de los principios consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en la Carta de las Naciones Unidas y son violatorios de los Derechos Humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Señalando que, para hacer efectivas las normas pertinentes contenidas en los instrumentos universales y regionales aludidos, es necesario elaborar una Convención Interamericana que prevenga y sancione la tortura. Reiterando su propósito de consolidar en este continente las condiciones que permitan el reconocimiento y respeto de la dignidad inherente a la persona humana y aseguren el ejercicio pleno de sus libertades y derechos fundamentales.

Artículo 1º.- Los Estados Partes se obligan a prevenir y sancionar la tortura en los términos de la presente Convención.

Artículo 2º.- Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. 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.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

Artículo 3°.- Serán responsables del delito de tortura: “a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, la cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan; b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a) ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”. ¹¹⁵

Podemos decir, que, desde la creación de la ONU, se ha dado un verdadero universo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; se han proclamado alrededor de 30 declaraciones internacionales, se han adoptado no menos de 70 tratados sobre temas específicos, y se han establecido numerosas organizaciones internacionales y regionales sobre derechos humanos, entre las que destacan los diversos comités de las Naciones Unidas; las 3 comisiones regionales (la africana, la europea y la interamericana, aun cuando la Comisión Europea fue suprimida a partir del primero de noviembre de 1998), las dos cortes regionales (la africana y la interamericana); así como dos tribunales penales para sancionar los crímenes internacionales cometidos en la antigua Yugoslavia y en Ruanda, de igual manera la importancia de la Corte Penal Internacional cuyo estatuto fue aprobado en Roma en el mes de julio de 1998, y entró en vigor en el año 2002 al ser ratificado por el país numero 60. Por lo que: “Todo lo anterior nos permite advertir con claridad que la protección de los derechos fundamentales del ser humano constituye una preocupación de radical importancia para el derecho internacional, y tanto para los sistemas universales, como para los de ámbito regional”. ¹¹⁶

En ella han insistido la Organización de las Naciones Unidas y Amnistía Internacional. La lucha no puede reconocer fronteras herméticas ni alegatos de una soberanía pervertida. El torturador no ha de escudarse en una torcida interpretación de la ley y si así lo hiciere debe ser desenmascarado por el derecho de gentes. No hay razones de “seguridad nacional” ni doctrinas sobre razones de estado capaces de transmutar a la tortura, de modo tal que puedan ser aceptadas entre las prácticas de la civilización. Y: “El torturador es siempre un instrumento antes que estatal, gubernamental y se ha de insistir en la diferencia entre los dos conceptos. Si el Estado, aún con justificada ironía, se ha querido identificar como la expresión jurídico-política de la Nación, no

¹¹⁵ Quintana Roldan, Carlos F. Ob. cit. Pág. 282.

¹¹⁶ Gómez Pérez, Mara, Ob. cit. Pág. 14.

ocurre lo mismo con el gobierno, que es la expresión concreta de intereses que no siempre son los de la mayoría y que, en ocasiones, son los de la opresión”.¹¹⁷

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura, ratificado el 11 del mes de abril del año 2005, tiene como objeto central establecer un sistema de visitas periódicas a cargo de órganos internacionales y nacionales independientes a los lugares en que se encuentran personas privadas de su libertad. En México la implementación del protocolo facultativo se erige como un instrumento central en una estrategia integral para prevenir el fenómeno de la tortura.

El Protocolo Facultativo contempla dos instrumentos concretos: por una parte, la creación de un subcomité internacional de prevención de la tortura y, por otra parte, la obligación de los estados parte de crear o designar uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional, denominados mecanismos nacionales de prevención (MNP), cuya función principal es la de implementar un sistema de visitas periódicas, a los centros de detención con el fin de prevenir y fortalecer la protección contra la tortura, así como emitir las recomendaciones que sean necesarias para mejorar el trato y las condiciones de vida de las personas privadas de su libertad.

Además: “En nuestro país este protocolo deberá ser puesto en marcha en junio de 2007”.¹¹⁸

Omar García, representante de la Procuraduría General de la República (P.G.R.) reconoció: “que la práctica de la tortura, sigue existiendo en nuestro país y, por supuesto, la P.G.R. sigue combatiendo este grave flagelo. Si bien se han producido avances, estamos concientes de que tenemos la obligación de redoblar los esfuerzos”.

La CIDH advirtió que la Tortura es un tema “crucial y de estructural importancia” para la humanidad, por lo que los estados “son los principales obligados” para garantizar la protección de la vida digna, la integridad personal y libre de todo tipo de amenaza en materia de tortura.

¹¹⁷ Carrillo Prieto, Ignacio, Ob. cit. Pág. 139.

¹¹⁸ Afirmaciones del representante de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas por los Derechos Humanos. Amerigo Incalcaterra, Información de la Jornada del 29 de marzo de 2007.

Por ello, exhortó al Estado Mexicano: “a reformar la Constitución para unificar el tratamiento y la tipicidad de la tortura conforme a los estándares internacionales; que se otorgue jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos; además, que se trabaje en el área de la prevención para la erradicación de ese delito de lesa humanidad.”

Omar García, aseguro que desde 2003, cuando la dependencia comenzó la aplicación del protocolo de Estambul – mecanismo que proporciona pautas para hacer eficaz la investigación y documentación de casos de tortura y malos tratos – a la fecha se han realizado 75 dictámenes, de los cuales en 25 casos se denunció a servidores públicos de la dependencia; a 48 del fuero común, y a dos custodios de un centro Federal de Readaptación Social.

Señalo que de estos datos se obtuvo que en 44 ocasiones no existieran lesiones en la detención previa, durante y después de la puesta a disposición ante las autoridades respectivas, ni se detectaron lesiones como medidas correctivas en personas sujetas a proceso, “lo que representa 58.7 por ciento de los 75 casos”. En nueve ocasiones se encontró que hubo tortura y en 12 se determinó que hubo malos tratos físicos. En cinco de los nueve casos de tortura que están en trámite, tres fueron remitidos al fuero común por incompetencia y dos están consignados ante los jueces penales competentes.

Subrayo, que si bien en los Códigos Penales de las 32 entidades del país, esta tipificado el delito de tortura, “desafortunadamente no tenemos una unificación en las leyes para armonizarlas con los acuerdos internacionales correspondientes; debido a que las sanciones al respecto varían de un estado a otro”, así mismo, reconoció que existe una laguna en la ley que tipifique el Delito de malos tratos, aunque este tipo de delitos se están investigando como lesiones.

Por su parte, Juan Manuel Gómez Robledo, señaló: “que entre 1994 y 2006, 74 personas han sido sentenciadas por el delito de tortura en 13 estado de la República”. Contrario a ello, los representantes de la Sociedad civil, afirmaron que las sanciones por este ilícito, es un número menor al que aseguro el gobierno.

Recordaron que en casos como el de Guadalajara, Jalisco en 2004 (con la represión de alter mundistas) y el de San Salvador Atenco, Estado de México en 2006 (con la arremedita contra militantes del Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra) diversos organismos tanto nacionales

como internacionales, acreditaron que las fuerzas policíacas cometieron tortura, hechos que a la fecha no han sido sancionados; e incluso en el primer caso, el que fuera secretario de Gobernación, Francisco Ramírez Acuña desestimó y rechazó las recomendaciones al respecto, y en el caso de Atenco, la Secretaría de Seguridad Pública Federal, también rechazó la recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Los representantes Civiles subrayaron que las leyes estatales no están armonizadas en cuanto a la prevención y sanción de la Tortura. Explicaron que actualmente 23 regulaciones penales aún contemplan el elemento de gravedad en el daño o sufrimiento físico o psíquico para determinar si se cometió tortura, mientras que seis no contemplan este elemento. Por ello, propusieron 10 puntos para erradicar ese Delito en el país, entre ellos: “emprender una política criminal integral que se acerque a una justicia democrática y eficiente; que se dote a los jueces de poder real para su autonomía; que la prisión colectiva sea usada de manera racional, y que se garantice el principio de presunción de inocencia”.¹¹⁹

Nuestro sistema jurídico se ha adecuado, cada vez con mayor rigor, a una lucha permanente contra la Tortura. Dicha convicción fue compartida por los legisladores, el 15 de noviembre de 1985 cuando presentaron la iniciativa de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

2.3 La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La reprobación de la tortura, cuenta hoy en día, con un apreciable marco histórico y vigente. En él figuran, en efecto: a) estipulaciones constitucionales; b) preceptos del orden penal común: sustantivo y procesal; c) diversos tratados o convenciones internacionales; d) La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1986; e) La nueva Ley con este mismo nombre, del 16 de octubre de 1991; f) Las Leyes contra la Tortura Estatales vigentes.

Es pertinente considerar, en todo caso, los mandamientos contenidos en los documentos internacionales citados. En efecto, el artículo 2o de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, estipula que los Estados adoptarán todas las medidas necesarias – entre ellas las legislativas – para impedir los actos de tortura en el territorio sujeto a su jurisdicción. Más

¹¹⁹ Información de la Jornada del 11 de marzo de 2007.

directamente, el inciso 1 del artículo 4o dispone la correspondiente tipificación de normas de Derecho Doméstico: “Todo Estado parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delito conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura”. En semejantes términos se pronuncian los párrafos primero y segundo del artículo 6o de la Convención Interamericana. Es claro que las normas naturales sobre participación delictuosa y formas de participación del delito, hacen innecesaria la referencia específica a tentativa, autoría, complicidad y, en general, participación.

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1986.

Particular importancia reviste el primer ordenamiento Federal especial de la materia, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 15 de abril de 1986, publicada en el Diario Oficial del 27 de mayo de ese año. Como se ve, este ordenamiento adopta el nombre de la Convención Interamericana. También acoge algunos lineamientos de ésta. En oportunidad de su promoción – por Iniciativa de la Cámara de Senadores – y su expedición, hubo quienes consideraron que en rigor resultaba innecesario emitir tal ley, habida cuenta de la existencia de normas penales y procesales relativas a los hechos en que consiste la tortura y a sus consecuencias jurídicas. Empero, hubo amplio consenso en cuanto a la pertinencia de contar con un instrumento que reiterase la decisión política del Estado mexicano, adversa a la tortura.

Los principios rectores de la Ley de 1986 son: a) Los derechos humanos contra la tortura emanan de la dignidad inherente de la persona; b) La tortura es un delito que comete el servidor público federal o del distrito federal sobre cualquier persona, sin distinción. Tratándose de servidores públicos de los Estados de la Federación, toca decidir a los congresos locales la conveniencia de regular esta conducta ilícita; c) La tortura es toda conducta que lesione la salud física o mental o afecte la libre decisión de la persona; d) La tortura tiene como finalidad necesaria obtener del torturado o de un tercero una declaración o un comportamiento determinado; e) La tortura no desaparece invocando circunstancias excepcionales tales como inestabilidad política o interna, urgencia de las investigaciones o cualquier otra emergencia pública; f) La declaración obtenida mediante tortura no constituye, por sí sola, prueba alguna; g) La autoridad que conozca de la comisión de tortura está obligada a denunciarla de inmediato.

Por otra parte, la ley contiene las siguientes modulaciones: a) No ha de considerarse como tortura las molestias que sean consecuencia de procedimientos y penas legalmente adoptados; b) En el momento en que se solicite, cualquier detenido deberá ser reconocido por un facultativo médico oficial, o por un particular de su elección, quienes deberán expedir, de inmediato el certificado correspondiente; c) En todo lo no previsto en la ley, serán aplicables las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. El Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La Ley prevé las sanciones siguientes: a) Pena privativa de libertad de 2 a 10 años; b) Multa de 200 a 500 días salario mínimo general obligatorio vigente en la zona y el momento de comisión del delito; y c) Inhabilitación para el desempeño del cargo, hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena impuesta.

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 15 de abril de 1986, publicada en el Diario Oficial del 27 de mayo de ese año, contiene ocho artículos (siete en el cuerpo de la ley y un transitorio), entro en vigor quince días después de su publicación.

Establece en su primer párrafo del artículo 1º que: “Comete el delito de tortura, cualquier servidor público de la Federación o del Distrito Federal que, por sí, o valiéndose de tercero y en el ejercicio de sus funciones, inflija intencionalmente a una persona, dolores o sufrimientos graves o la coacción físicamente o moralmente, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de inducirla a un comportamiento determinado o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.”

La importancia de su promulgación es insoslayable. Su existencia significaba la aceptación del Estado de que la tortura es una práctica tan grave que debe evitarse o, en su caso, castigarse con la más severa de las reacciones estatales: la sanción penal.

Más allá de esa significación, es menester preguntarse que sucedió con la tortura y con los torturadores durante la vigencia de la Ley. ¿Disminuyó el número de casos? ¿Se enjuicio a algunos de los autores de ese delito? ¿Sintió la sociedad que contaba ya con un instrumento adecuado para combatir ese abuso de poder? ¿Se capacitaron los agentes policiales a fin de que, en lugar de

incurrir en ese atropello delictuoso, estar preparados para investigar y perseguir los delitos con técnicas criminalísticas?

No pongamos en duda que la Ley se promulgó con los mejores propósitos. Ese cuerpo legislativo no podía pasar con éxito la prueba de fuego de cualesquiera normas jurídicas: La de eficacia. “Promulgada la Ley siguió sucediendo lo mismo que antes de su promulgación: los inculpados continuaban señalando, al rendir su declaración preparatoria, que se les había torturado, mientras los agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial invariablemente lo negaban. Era la palabra de aquellos contra la de estos. Palabra contra palabra ¿a quien creerle?”¹²⁰

La tortura perpetrada mediante violencia moral no deja huella alguna apreciable por los sentidos. Las amenazas, por ejemplo, si son exitosas, atemorizan al amenazado, pero no operan cambio alguno en su piel ni en sus órganos. El resultado fáctico que puede llegar a producir se localiza en la psique del amenazado.

La tortura llevada a cabo por medio de la violencia física, en cambio, sí puede dejar marcas. Pero ello no es lo común. Los sofisticados mecanismos que en la actualidad suelen emplearse son capaces de no producir alteración perdurable alguna. Verbigracia, el aceleramiento del ritmo cardiaco, que ha de acompañar seguramente al dolor intenso del torturado, había desaparecido cuando esté se encontraba ante el Juez.

Práctica desarrollada clandestinamente, delito que de confesarse acarrearía la pérdida del empleo y la sanción penal correspondiente para los responsables, nadie, más que los victimarios y la víctima de la tortura saben que ésta se efectuó. Así. ¿No se le estaba imponiendo al acusado la carga de una prueba de hecho casi imposible?

Si la prueba no es posible, entonces, más allá de lo que hubiera ocurrido realmente en los separos policíacos donde el inculpado hubiera hecho su primera declaración, ésta era la válida, se hubiera o no obtenido mediante tortura. En efecto, si procesalmente lo que no se prueba, teniendo obligación de probarse, no existe, en los procedimientos penales, por no ser susceptible de probarse, la tortura no existía, aun cuando todos sabíamos que ella estaba presente en dichos

¹²⁰ De la Barreda Solórzano, Luís, “La Lid contra la Tortura”, Editorial Cal y Arena, México, 1995, Pág. 75.

separos. Estábamos en el absurdo: eso que todos sabíamos que existía y que tan determinante papel jugaba en los juicios penales, procesalmente no existía, y por tanto, a pesar de estar prohibido, podía servir – servir todos los días – para condenar a un acusado que en las galeras policíacas había confesado un delito. Paradoja Kafkiana, se contaba con una ley cuyos objetivos eran evitar y (cuando no se evitaba) castigar algo que procesalmente no existía: ¿Cómo evitar, cómo castigar lo que jurídicamente no existía? Así, la eficacia de la ley era impensable.

Conviene recordar que ya nadie se atreve a sostener que la confesión siga reinando como soberana de las pruebas. Además, la detención de un individuo supone que existen ciertos elementos de prueba en su contra, ya sea que se le detenga en caso de urgencia o en flagrancia o en virtud de orden de aprehensión. Esos datos, obtenidos durante la averiguación previa, han de ser robustecidos, adicionados o multiplicados por el Ministerio Público durante el proceso. En muchos casos, son suficientes incluso para una sentencia condenatoria. Sin un mínimo de elementos probatorios, la detención es improcedente. Pretender que el acusado tenga, a fortiori, que confesar para posteriormente poder condenarlo, es una postura inquisitorial en la que, además, se desconoce el apotegma – hoy ya común – de que se debe investigar para detener y no detener para investigar.

Hay algo más. En virtud del procedimiento penal que en realidad – es decir, no en el mundo normativo, ni en el mundo bibliográfico, sino en el factico – ha regido la práctica forense mexicana, sobre todo tratándose de inculpados pobres – es decir, la gran mayoría de los inculpados de nuestro país – en muchos procesos el defensor de oficio no aporta prueba alguna ni lo hace ya, – satisfecho por haberlo realizado durante la averiguación previa – el Ministerio Público. Al dictar Sentencia, entonces, el juez no cuenta más que con las pruebas recabadas justamente en el transcurso de la averiguación previa.

Por ende, la jurisprudencia requerida propiciaba una situación de pesadilla: se sabía que en los separos policíacos se torturaba; se admitía que un detenido que era torturado podía llegar a decir todo lo que sus interrogadores querían que dijera (de allí la prohibición constitucional al día de hoy a la incomunicación, intimidación o tortura, así como la obligación de que su defensor se encuentre presente en el momento de rendir cualquier declaración, para que la misma tenga validez legal) y, sin embargo, con base en lo que hubiera declarado en esas condiciones se le podía dictar una sentencia condenatoria que, sin duda o muy probablemente, afectaría toda su vida.

Sólo disposiciones de carácter constitucional tienen una jerarquía superior a la de cualquier otra norma jurídica y abarcan, por su misma índole, en su ámbito de aplicación, a todos los servidores públicos, a todos los procedimientos penales, y todo el país. Por supuesto, la reforma constitucional habrá de apoyarse en normas jurídicas secundarias, procesales y sustantivas, pero aquella es “conditio sine qua non” para resolver en una proporción racionalmente aceptable el problema de la práctica de la tortura.

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1991.

En el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1991 fue publicada la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que el Ejecutivo promulgó el 16 del mismo mes. En los términos de su artículo primero transitorio, dicho ordenamiento entró en vigor al día siguiente de su publicación. En tal virtud quedó abrogada – dice el artículo segundo transitorio – la ley del mismo nombre, del 27 de mayo de 1986. Contiene catorce artículos (doce artículos en el cuerpo de la ley y dos transitorios).

La resultante Ley tiene inspiración directa en los instrumentos internacionales a los que me he referido; así mismo, toma diversas soluciones de la ley predecesora de 1986. Esta Ley figura entre los mandamientos de contenido penal, preventivo o represivo, propuestos o alentados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Tanto esta misma como los referidos mandamientos proceden – fuente material evidente – de una crisis en el campo de la persecución de los delitos, que determinó la adopción de enérgicas medidas – legales e institucionales – para enfrentar los excesos de las corporaciones policíacas en el desempeño de sus funciones.

Los principios rectores de la Ley Federal contra la tortura de 1991 son: a) Los derechos humanos contra la tortura emanan de la dignidad inherente de la persona; b) Se establece la prevención, además de la sanción por la comisión del delito de tortura; c) La tortura es un delito que comete el servidor público federal o del distrito federal sobre cualquier persona, sin distinción alguna. Tratándose de servidores públicos de los Estados de la Federación, toca decidir a los congresos locales la conveniencia de regular esta conducta ilícita; d) La tortura es toda conducta que lesione la salud física o mental o afecte la libre decisión de la persona; e) La tortura tiene como finalidad necesaria obtener del torturado o de un tercero una declaración o un comportamiento determinado; f) La tortura no desaparece invocando circunstancias excepcionales tales como inestabilidad política o interna, urgencia de las investigaciones o cualquier otra emergencia

pública; g) La declaración obtenida mediante tortura no constituye, por si sola, prueba alguna; h) La autoridad que conozca de la comisión de tortura está obligada a denunciarla de inmediato.

Por otra parte, la ley contiene las siguientes modulaciones: a) No ha de considerarse como tortura las molestias que sean consecuencia de procedimientos y penas legalmente adoptados; b) En el momento en que se solicite, cualquier detenido deberá ser reconocido por un facultativo médico oficial, o por un particular de su elección, quienes deberán expedir, de inmediato el certificado correspondiente; c) Los órganos dependientes del Ejecutivo Federal relacionados con la procuración de justicia llevarán a cabo programas permanentes para: I.- Orientación y asistencia de la población en la vigilancia de las garantías individuales de personas relacionadas con ilícitos; II.- La organización de cursos de capacitación de personal; III.- La profesionalización de sus cuerpos policiales; IV.- La profesionalización de los servidores públicos que participan en la custodia y tratamiento de personas sometidas a arresto, detención o prisión; d) En todo lo no previsto en la ley, serán aplicables las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. En el Código Federal de Procedimientos Penales y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la Ley Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley prevé las sanciones siguientes: a) Pena privativa de libertad de 3 a 12 años, y Multa de 200 a 500 días de salario mínimo general obligatorio vigente en la zona y el momento de la comisión del delito; b) e Inhabilitación para el desempeño del cargo, hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena impuesta; c) Al responsable de la comisión del delito de tortura, se le obliga a cubrir los gastos de la asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito; d) Igualmente esta obligado a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos, en los siguientes casos: I.- Pérdida de la vida; II.- Alteración De la Salud; III.- Pérdida de la Libertad; IV.- Pérdida de ingresos económicos; V.- Incapacidad Laboral; VI.- Pérdida o el daño a la propiedad; VII.- Menoscabo de la reputación. Para fijar los montos correspondientes, el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado. El Estado estará obligado a la Reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil.

Establece esta Ley, otro tipo equiparable. En el caso de un servidor Público que conozca de la comisión de un caso de tortura y no lo denuncie, se le impondrán de 3 meses a 3 años de prisión, y de quince a sesenta días multa.

El 7 de junio de 1991 la Comisión Nacional de Derechos Humanos envía al Presidente de la República un Anteproyecto de reformas a la ley federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que apareciera publicado en la Gaceta de la Comisión de Derechos Humanos en noviembre de 1991 (91/16); la cual entre sus puntos más sobresalientes destacan los siguientes: 1º - Se le incorpora las recientes reformas a los códigos procesales, en virtud de las cuales la confesión sólo es válida si se rinde ante el Ministerio Público o el Juez y en presencia del defensor o una persona de confianza del declarante y, en su caso, de un traductor; 2º-Se consagra el principio de la invalidez de las pruebas obtenidas por medios ilícitos; 3º-Se ajusta la punibilidad a la gravedad de la conducta delictiva. La cual prevista es muy baja y alienta a la impunidad; 4º-Se establecen criterios para el pago de la reparación del daño, y se fija la obligación solidaria de las autoridades gubernamentales.

Meses después, aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1991, la nueva y vigente “Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura”, que en gran medida tuvo la influencia del anteproyecto citado líneas arriba, al reformar el párrafo primero de su artículo 3º que señala: “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, O COACCIONARLA PARA QUE REALICE O DEJE DE REALIZAR UNA CONDUCTA DETERMINADA”, que tuvo dicho agregado mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación del 2 de Julio de 1992.

Originalmente el artículo 3º de la citada Ley establecía: “Comete el Delito de Tortura el servidor Público que, con motivo de sus atribuciones inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido.

No se consideran como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”.

Igualmente sufrió modificación o Reforma el artículo 10º que primeramente señalaba: “El responsable... Para fijar los montos correspondientes, el juez tomara en cuenta la magnitud del daño causado, en los términos de la fracción VI del artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero Federal, El Estado estará obligado subsidiariamente a la reparación del daño.”

Para quedar de la siguiente manera: Art. 10.- El responsable..... El Estado estará obligado a la reparación de los daños y perjuicios en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil.”

2.4 Leyes Especiales Estatales Especiales contra la Tortura Vigentes.

Los estados de la federación, igualmente legislaron en relación a la tipificación del Delito de tortura, ya sea, a través de sus Códigos Penales o en la creación de las correspondientes leyes especiales, los estados que tienen una ley para prevenir y sancionar la tortura son:

1.- Aguascalientes. Penalidad de 3 a 12 años de prisión, 200 a 500 días multa, inhabilitación 2 tantos de la pena impuesta, 12 artículos (2 transitorios), expedida el 28 de abril de 1995. Revisión por el Congreso el 22 de septiembre de 1997.

2.- Campeche. Penalidad de 3 a 12 años de prisión, 200 a 500 días multa, inhabilitación 2 tantos de la pena impuesta, 12 artículos (2 transitorios), expedida el 26 de octubre de 1993, publicada en el periódico oficial el 28 de octubre de 1993.

3.- Chiapas. Penalidad de 1 a 12 años de prisión, 100 a 500 días multa, inhabilitación 2 tantos de la pena impuesta, 13 artículos (1 transitorio), publicada en el periódico oficial el 9 de febrero d 1994.

4.- Coahuila. Penalidad de 3 a 12 años de prisión, 50 a 500 días multa, inhabilitación de dos tantos de la pena privativa de libertad, 12 artículos y 2 transitorios, publicada en el periódico oficial el 27 de julio de 1993.

5.- Colima. Penalidad de 1 a 10 años de prisión, 50 a 500 días multa, inhabilitación dos tantos de pena privativa de libertad, 12 artículos y un transitorio, publicada en el periódico oficial el 13 de mayo de 1995.

6.- Estado de México. Penalidad de 3 a 12 años de prisión, 200 a 500 días multa, destitución e inhabilitación del cargo por un término de 20 años. 12 artículos y 4 transitorios, con aprobación el día 17 de febrero de 1994, publicación el 25 de febrero de 1994 y vigencia el día 26 de febrero de 1994.

7.- Michoacán. Penalidad de 3 a 10 años de prisión, 200 a 500 días multa, privación e inhabilitación para el cargo por dos tantos de pena privativa de libertad, 10 artículos y 2 transitorios, publicada en el periódico oficial el 10 de marzo de 1994.

8.- Morelos. Penalidad de 3 a 12 años de prisión, 200 a 500 días multa, inhabilitación para cargo por dos tantos de pena privativa de libertad, 13 artículos y dos transitorios, publicada en el periódico oficial el 22 de diciembre de 1993 y con vigencia el mismo día.

9.- Nayarit. Penalidad de 2 a 10 años de prisión, 200 a 500 días multa, inhabilitación del cargo por dos tantos de pena impuesta, 16 artículos y 2 transitorios, publicada en el periódico oficial el 27 de agosto de 2005.

10.- Quintana Roo. Penalidad de 3 a 12 años de prisión, 200 a 500 días multa, inhabilitación del cargo por dos tantos de la pena, 12 artículos y un transitorio, publicada en el Diario Oficial el 13 de noviembre de 1992.

11.- Tlaxcala. Penalidad de 4 a 14 años de prisión, 50 a 500 días multa, inhabilitación por el doble del tiempo de sanción privativa de libertad, 17 artículos y 2 transitorios, publicada en periódico oficial el día 11 de diciembre del 2003, abrogando la del 18 de octubre de 1995.

12.- Veracruz. Penalidad de 2 a 12 años de prisión, 200 a 500 días multa, inhabilitación (según el caso) en los términos prevenidos por el Código Penal, 11 artículos y 3 transitorios, publicada en el Periódico oficial el 17 de abril de 1999.

2.5 La Comisión de Derechos Humanos y su actuación en el ámbito Federal, Estatal y Municipal

El sistema jurídico mexicano presenta un conjunto de instituciones y mecanismos legales que tienen como finalidad hacer vigentes y, en su caso, defender el estricto apego de las autoridades al respeto de los Derechos Humanos, tanto en el orden federal, como en asuntos de tipo local y municipal.

Además: “Igualmente, cabe aclarar que esta gama de instituciones defensoras de Derechos Humanos pueden ser de tipo jurisdiccional o no jurisdiccional, o aún más, también pueden ser de orden no gubernamental, promovidos por la sociedad civil, como son una diversidad de centros, agrupaciones, asociaciones civiles, juntas vecinales, uniones de ciudadanos, etc. que luchan por la vigencia de estos Derechos Fundamentales de la dignidad humana.

Por lo anterior, es importante destacar, aunque de manera muy resumida, el panorama que presenta la legislación del país sobre esta sensible materia de la vida social y jurídica de la nación”.¹²¹

- 1) Instituciones del orden jurisdiccional: a) El Juicio de Amparo; b) Tribunales de lo contencioso Administrativo.
- 2) Otros mecanismos de orden no jurisdiccional: La Comisión Nacional de Derechos Humanos y las Comisiones Locales.

Con objeto de que la estructura jurídica mexicana tuviera mecanismos de tipo Ombudsman para lograr una ágil, rápida y eficaz defensa de los Derechos Humanos frente a las violaciones que puedan presentarse por las autoridades administrativas ya federales o locales, se

¹²¹ Quintana Roldan, Carlos F. Ob. cit. Pág. 87.

han venido creando, con base en el apartado “B” del artículo 102 de la Constitución General de la República, las comisiones respectivas, tanto la de carácter nacional, como en su caso, las de los Estados.

Las Comisiones de Derechos Humanos, no obstante el corto tiempo que llevan operando en el país, cuentan ya con una amplia aceptación de la ciudadanía, porque si bien es cierto que resta mucho por hacer en la defensa de los Derechos Humanos a lo largo del país, tanto la Comisión Nacional como las de los Estados han dedicado esfuerzos constantes en esta salvaguarda. Las recomendaciones dictadas por ellas son ejemplo de este esfuerzo, su difusión en el territorio nacional hace concebir esperanzas de que en un futuro cercano estas Comisiones habrán de jugar un papel todavía más significativo en la protección de los Derechos Humanos en toda la República.

La figura del ombudsman y sus particulares procedimientos de actuación como defensor de los Derechos fundamentales de los individuos, han proliferado por todo el mundo. Al referirse a las funciones del Ombudsman, el distinguido académico y jurista Don Hector Fix Zamudio señala que: “La función esencial de esta institución de origen escandinavo que se ha difundido por numerosas legislaciones contemporáneas de las más diversas familias jurídicas, es la de recibir las quejas de los administrados frente a los actos y omisiones de una administración pública cada vez más absorbente, como resulta inevitable e irreversible en el Estado Social de nuestra época; procurar una solución rápida a las cuestiones planteadas y de no ser posible, realizar una investigación para concluir con una recomendación no obligatoria, que en su caso, pretende reparar la violación si considera que ésta se cometió.”

No se encuentra directamente dentro de sus funciones la de sancionar, o de solicitar de otros órganos del Estado que se apliquen las sanciones respectivas, cuando la conducta de los agentes administrativos puede dar origen a su responsabilidad. Sin embargo, las investigaciones y gestiones de este organismo pueden servir de apoyo a las entidades que tienen a su cargo esa atribución de extinguir la responsabilidad de los servidores públicos. Se trata de una consecuencia mediata, pero no por ello menos importante de los defensores o procuradores de defensa de los derechos de los gobernados. También en los ordenamientos más recientes, especialmente en el ámbito iberoamericano, debido a los obstáculos que existen en nuestros países para exigir la responsabilidad de las autoridades administrativas, se está abriendo paso la

tendencia hacia una mayor participación de los organismos que se comprenden, con diversas denominaciones, dentro del concepto de Ombudsman, en procedimientos de responsabilidad que pueden llegar inclusive a la aplicación de sanciones de carácter penal.

La expresión sueca ombudsman no tiene en el castellano una traducción exacta pero, frecuentemente, se le ha interpretado como “delegado”, “representante”, “defensor” e incluso “procurador”. En su versión original, el Ombudsman tuvo como contexto de su actuación el de la garantía de legalidad; vigilando, supervisando y corrigiendo errores de lo que puede llamarse una recta administración pública.

El ombudsman nació basado en una serie de principios que lo caracterizan y distinguen de otros medios de control de la legalidad. Los más generalizados en el Ombudsman universal se resumen a continuación:

“En general, la doctrina moderna atribuye a esta figura protectora de derechos una serie de características distintivas, como son: a) Su independencia de los poderes públicos y de cualquier otra instancia de la sociedad civil; b) Su autonomía, que le permite organizarse internamente como mejor lo estime conveniente, dictando los reglamentos respectivos de su operación interna; c) Su designación mediante rigurosos mecanismos previstos en la Ley; d) La agilidad y rapidez en los procedimientos que atiende y en la solución de las controversias planteadas; e) La ausencia de solemnidades y el antiformalismo en el desarrollo de sus procedimientos y trámites; f) Su naturaleza eminentemente técnica-jurídica, ausente de tendencias políticas o partidistas; g) Una serie de requisitos que garanticen la autoridad moral de sus titulares, así como su honorabilidad y su capacidad; h) El carácter no vinculatorio o coactivo de sus resoluciones, las que se consideran tan sólo como recomendaciones; i) La obligatoriedad de rendir a diversas instancias una serie de informes periódicos y de dar publicidad a éstos para conocimiento de la opinión pública”.

Se señala que: En México, “el Ombudsman surge al nivel de las entidades federativas e incluso de los municipios, antes de tener vida en el ámbito de la Federación y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.¹²²

¹²² Madrazo Cuellar, Jorge, Ob. cit. Pág. 50.

Uno de los elementos fundamentales de la institución del Ombudsman es precisamente el relativo a los informes que presenta, pues al tratarse de una “magistratura de opinión”, la garantía del cumplimiento de sus recomendaciones está precisamente en la fuerza moral y el respaldo que al efecto recibe de la propia población. “Estos informes normalmente se dirigen a los Parlamentos o al Poder Ejecutivo, en su caso. También existen legislaciones que ordenan que sean dirigidos a ambas instancias, como es el caso de México”.¹²³

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

De acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1976, la Secretaría de Gobernación tenía la atribución de “Vigilar el cumplimiento de los preceptos constitucionales por parte de las autoridades del país, especialmente en lo que se refiere a las garantías individuales y dictar las medidas administrativas que requiere ese cumplimiento”, como lo especificaba el artículo 27 fracción IV del citado ordenamiento.

El 13 de febrero de 1989 se creó en la Secretaría de Gobernación una Dirección General de Derechos Humanos, según modificaciones hechas al reglamento Interno de la Dependencia, mismo que se publicó en el Diario Oficial de la Federación en la fecha antes citada.

En esa virtud, la Dirección General de Derechos Humanos, con el fin de que atendiera los asuntos relativos a tal atribución, tuvo a su cargo la atención, la orientación, la consultoría y la operatividad para brindar auxilio, así como la capacitación y la normatividad sobre asuntos de violaciones de Derechos Humanos, como lo señaló el artículo 13 del Reglamento de la Secretaría de Gobernación entonces vigente. Tenía como objetivos procurar la salvaguarda, promoción y aplicación de los derechos fundamentales recogidos por nuestro constitucionalismo social, es decir, la observancia de los Derechos Humanos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos se creó, inicialmente, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. Estuvo adscrita directamente al titular de la dependencia y sustituyó en aquel entonces, a la Dirección General de Derechos Humanos de esa Secretaría. El Decreto presidencial correspondiente se publicó en el Diario Oficial del 6 de junio de 1990.

¹²³ Quintana Roldan, Carlos F. Ob. cit. Pág. 150.

La filosofía creadora de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, parte de la idea de que en México, todos los individuos, aún aquellos que han cometido los más graves delitos, tienen derecho a gozar de las garantías individuales que consagra nuestra constitución, dentro de las cuales están las correspondientes a la integridad y a la dignidad de la persona: “Dichas garantías les deben ser respetadas en todos los ámbitos jurídicos en que se manifiesten, aún en las averiguaciones previas y en los procedimientos de tipo penal, en donde, con mayor claridad, deben estar presentes las garantías de respeto que la ley otorga a cada persona”.¹²⁴

Bajo los principios del pleno respeto a las garantías fundamentales, emprender una lucha abierta y frontal contra la impunidad, se emitió el 5 de junio de 1990 un Decreto mediante el cual se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

El 28 de enero de 1992, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la adición al artículo 102 de la Constitución General de la República, con un apartado “B”. El hecho de que inusitadamente todos los partidos políticos representados en las cámaras federales hubiesen votado a favor de la reforma constitucional, pone de manifiesto lo correcto del camino seleccionado.

Del contenido de esta nueva disposición constitucional se desprenden los siguientes principios o elementos básicos:¹²⁵

“1) El sistema de protección a los Derechos Humanos establecido por el artículo 102, apartado B, no sustituye o elimina a ninguno de los otros que prevé la Constitución General de la República, por el contrario, viene a enriquecerlos y complementarlos como una nueva y distinta garantía de la justicia constitucional mexicana, específicamente dentro del campo de la jurisdicción constitucional de la libertad.

2) La adición constitucional es respetuosa de la estructura federal del Estado, desarrollando un esquema eminentemente federalista de protección a los Derechos Humanos por la vía del ombudsman”.

¹²⁴ Ibidem Pág. 163.

¹²⁵ Madrazo Cuellar, Jorge, Ob. cit. Pág. 58 ss.

De esta suerte, en cada una de las entidades federativas deberá existir un organismo protector de los Derechos Humanos que tenga las características propias que la constitución señala, y que conocerá de presuntas violaciones a los Derechos Humanos provenientes de autoridades o servidores públicos del fuero común.

El organismo nacional de protección a los Derechos Humanos “CNDH”, por sus siglas, conocerá en primera y única instancia, de presuntas violaciones a los derechos fundamentales cometidas por autoridades o servidores públicos de la Federación.

1.- La CNDH actuará como órgano de revisión en caso de presentarse inconformidades por las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos protectores de los Derechos Humanos de los estados. Es decir, el organismo nacional será competente en primera instancia, tratándose de violaciones cometidas por autoridades o servidores públicos federales y, en segunda instancia, tratándose de autoridades o servidores públicos estatales y municipales, si mediara inconformidad y en los términos que establece su Ley Orgánica. Este sistema está inspirado, netamente, en la propia experiencia judicial mexicana.

2.- Las recomendaciones que formulen los organismos protectores de los Derechos Humanos, tanto nacional como los estatales, serán autónomas, es decir, serán producto de la independencia del órgano, el que para arribar a conclusiones sólo podrá basarse en la fuerza de las evidencias y las convicciones que las pruebas arrojen.

Las recomendaciones, y precisamente por eso se les denomina así, tienen el carácter de no vinculatorias. Esto significa que no existe la posibilidad de aplicarlas y cumplirlas si no está de por medio la voluntad de la autoridad o servidor público a la que se dirigieron.

3.- Tres materias están exceptuadas de la competencia de los organismos protectores de los Derechos Humanos: la electoral, la laboral y la jurisdiccional.

2.5.1 Las Comisiones Locales de Derechos Humanos.

La defensa de los Derechos Humanos por parte de organismos públicos de carácter local de los Estados de la República, contó con pocos pero significativos precedentes en algunas entidades. Sería hasta que se adiciona un apartado “B” al artículo 102 de la Constitución General

de la República (Diario Oficial del 28 de enero de 1992), cuando por mandato de la Ley Suprema se han venido estableciendo los órganos estatales de defensa de los Derechos Humanos, toda vez que el ordenamiento precisa, en lo conducente: “El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán mecanismos de protección de los Derechos Humanos que otorgan el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

Con base en lo anterior, todos los Estados de la República y el Distrito Federal. Han creado sus propios organismos locales de defensa de Derechos Humanos bajo denominaciones diversas, siendo la más común la de: “Comisión Estatal de Derechos Humanos”, que utilizan veintinueve entidades. En las otras tres entidades se denomina de otra forma, como en el caso de Guanajuato, con el nombre de “Procuraduría de los Derechos Humanos”; Baja California con el de “Procuraduría de los Derechos Humanos y Protección Ciudadana”; y Aguascalientes, que denomina al organismo local correspondiente como “Procuraduría de Protección Ciudadana.”

Independientemente de la denominación que en los ordenamientos locales se señala, el artículo 8º del reglamento de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos determina que se les conocerá, para los efectos de la ley y el reglamento del organismo nacional, como “Comisiones Estatales de Derechos Humanos”, sea cual fuere la denominación específica de cada legislatura local y del Congreso de la Unión para el caso de la correspondiente al Distrito Federal, otorgue a cada una de ellas.

Los Estados, en general, modificaron sus Constituciones para adecuar sus textos a lo previsto en el artículo 102 de la Constitución General de la República, Apartado B, como, por ejemplo, el Estado de México, al agregar un párrafo “Bis”, a su artículo 125 constitucional. Igualmente todos los Estados ya han expedido sus respectivas leyes correspondientes de la materia.

Como cuestiones generales en relación a estos organismos, podemos afirmar que siguen en mucho en su estructura y organización el modelo de la Comisión Nacional respectiva,

siguiendo también muy similarmente los procedimientos de orden legal, las Conciliaciones, las Recomendaciones y los Documentos de No Responsabilidad previstos en la Ley y Reglamento del Organismo Nacional.

Es de notarse que en todos los ordenamientos que regulan las actuaciones de los organismos protectores de Derechos Humanos de los Estados, los facultan para que puedan intervenir en asuntos tanto imputables a las autoridades del propio estado, así como de las autoridades de los Municipios de esas entidades, como claramente se observa en la fracción I del artículo 5º de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, que señala como competencia de ese organismo, entre otras materias, la de:

“Conocer de quejas o iniciar de oficio investigaciones sobre hechos que presumiblemente supongan violaciones a los Derechos Humanos por actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier autoridad o servidor público estatal o municipal.”

Las bases con las que operan las Comisiones Locales son también las de Ombudsman, pues tienen las características de autonomía, libertad en sus procedimientos, de no dependencia de ninguna autoridad administrativa ni de otro orden, dictan resoluciones y recomendaciones no vinculatorias para las autoridades y apoyan su actuación en la fuerza moral de la opinión pública.

Por otra parte, como lo establece la propia Constitución General de la República Mexicana, además de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y su Reglamento, así como los textos de los ordenamientos locales, la Comisión Nacional tiene una serie de facultades de revisión sobre las Comisiones Locales, así como la de atracción de asuntos en los casos que determina la propia ley.

En los términos del artículo 60 de la Ley de la Comisión Nacional, dicho organismo conoce de la queja en contra de una Comisión Estatal, por omisión o inactividad, por lo que se considera que el asunto es importante y dicho organismo puede tardar un tiempo excesivo en expedir su recomendación, podrá atraer esa queja y continuar tramitándola con el objeto de que sea la Comisión Nacional la que emita, en su caso, la recomendación correspondiente.

A su vez, el artículo 156 del Reglamento de la Comisión Nacional señala que la facultad de atracción antes señalada, se presentará ante la inactividad de la Comisión Estatal respectiva, o cuando la queja se hubiera presentado originalmente ante la Comisión Nacional, o cuando se trata de una presunta violación que por su importancia trascienda el interés de la Entidad Federativa e incida en la opinión pública nacional y, en esos casos, siempre y cuando la naturaleza del asunto resulte de especial gravedad.

Finalmente es importante destacar otra regla de orden competencial contenida en el artículo 28 del Reglamento, donde se establece que cuando en un mismo hecho o circunstancia estuvieren involucrados tanto autoridades o servidores públicos de la federación, como de las entidades Federativas o Municipios, la competencia se surtirá a favor de la Comisión Nacional.

2.5.2 El Municipio y los Derechos Humanos.

El Municipio es una institución que sustenta su actuación en el Derecho, por ello, las autoridades municipales, deben estar atentos a la exigencia universal de respeto a los Derechos Humanos, porque ninguna autoridad política y administrativa es ajena a este respeto absoluto de tan fundamentales prerrogativas de los seres humanos.

En las reformas constitucionales que adicionaron un apartado “B”, el artículo 102 del ordenamiento supremo, se señala que corresponde también la defensa de los Derechos Humanos a las Entidades Federativas, por lo que entendido este principio en su contexto integral, es indudable que el Municipio está inmerso en tan urgente e indispensable tarea. Sin duda alguna, solamente con el esfuerzo de los tres niveles de gobierno, - federal, estatal y municipal – se podrá crear una cultura nacional en torno a los Derechos Humanos, en la que confluyan las ideas universales sobre la materia.

Son pocos los Municipios que han procurado establecer mecanismos que respondan a la defensa de los Derechos Humanos de sus pobladores. No obstante, como se ha señalado, existen algunos precedentes significativos, como son Colima y Querétaro.

Dentro de este orden de ideas, resulta de gran importancia que los Municipios actúen en su ámbito competencial atendiendo varias situaciones en torno a la defensa de las prerrogativas fundamentales del hombre, como son: a) Estableciendo medios de defensa que puedan ser

utilizados por los vecinos de la localidad, frente a los actos de la administración del ayuntamiento que les vulneren sus derechos; b) Promoviendo en sus jurisdicciones la capacitación en torno a los Derechos Humanos y su defensa; y c) Creando instrumentos y órganos especialmente destinados a la defensa de los Derechos Humanos.

En consecuencia, esta función de promoción que corresponde asumir al Municipio, estará íntimamente enlazada al principio de reconocimiento y respeto a los Derechos Humanos, como parte indisociable y fundamental de la actividad comunal. En este sentido, entendemos por promover el respeto a los Derechos Humanos, aquellas acciones que den impulso por hacer accesibles dichos conceptos jurídico-políticos a la comunidad, estimulando su cabal comprensión a través de los medios de difusión con que cuente el Municipio.

El Municipio, de acuerdo a ello, está destinado a jugar un papel de primer orden en la configuración de una estructura nacional que tienda a fomentar el apego irrestricto a la ley y, por lo mismo, el respeto a los Derechos Humanos de sus circunscripciones territoriales.

La Constitución General de la República, así como una multiplicidad de leyes federales, al igual que los ordenamientos constitucionales locales y una serie de leyes locales, contienen dentro de sus postulados normativos un buen número de directrices que dan la base a la protección de los Derechos Humanos del país.

Los Organismos no Gubernamentales Defensores de los Derechos Humanos en México, constituyen un notable apoyo para la ciudadanía. Este tipo de organismos proliferan de manera amplia bajo diversas modalidades: Comisiones, Centros, Comités, Movimientos, Grupos, Equipos, etc. aunque en su mayoría parten del principio de que la promoción, la defensa y la difusión de los Derechos Humanos constituye una actividad en la que no sólo debe intervenir el Estado, sino la sociedad en su conjunto. Este aspecto implica la responsabilidad compartida entre el Gobierno y la Sociedad Civil.

2.5.3. La creación de la Comisión de Derechos Humanos en el Estado de México.

Ante la necesidad de fortalecer nuestras instituciones y adaptar la realidad jurídica con la realidad social que vivimos, el Gobierno de la República elevó a rango constitucional la protección y defensa de los derechos fundamentales de los mexicanos a cargo de organismos especializados

tanto a nivel nacional como en el ámbito de los Estados de la Federación, los cuales habrán de inscribirse plenamente en este proceso de mejoramiento de los instrumentos de defensa jurídica de los ciudadanos, contra actos u omisiones de autoridades y servidores públicos que en cualquier momento cometan violaciones a los derechos humanos.

En cumplimiento a este postulado constitucional, el Gobierno del Estado de México, elevó también, a rango de la Constitución Local, la creación de un organismo en la materia, que tuvo lugar al adicionarse con el Artículo 125 Bis la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, según Decreto número 77 emitido por la Legislatura del Estado el 19 de abril de 1992, publicado en la “Gaceta del Gobierno” del día 21 del mismo mes y año.

Conforme al Decreto antes mencionado, con fecha 20 de octubre de 1992, se publicó en la “Gaceta del Gobierno” la Ley que crea la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, como un organismo público, autónomo, de carácter permanente, con personalidad jurídica y patrimonio propios, con la responsabilidad de proteger los derechos humanos que otorga el orden jurídico mexicano a los habitantes del Estado de México, y a los mexicanos y extranjeros que se encuentren en su territorio; asimismo, realiza lo necesario para la promoción, observancia, estudio y divulgación de los referidos derechos.

La estructura, facultades, organización interna y funcionamiento de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, se rige por su Reglamento Interno que fue aprobado por el Consejo de la propia Comisión, y se publicó en la “Gaceta de Gobierno” el día 20 de enero de 1993.

“Los Decretos y ordenamientos legales antes mencionados integran la nueva Legislación de Derechos Humanos para el Estado de México, la cual requiere de publicación y difusión masiva a fin de que se encuentre al alcance de la sociedad mexiquense, autoridades y servidores públicos estatales y municipales”.¹²⁶

¹²⁶ Roccatti Velásquez, Mireille Dra. “Legislación de Derechos Humanos para el Estado de México” Gaceta de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, presentación, Editorial CODHEM, Primera Reimpresión, Toluca, México, 1994, pp. 7.

Artículo 125 Bis.- “En el Estado de México la protección de los derechos humanos que otorga el orden jurídico, será competencia del Organismo que la legislatura establezca para tal efecto, el cual conocerá de quejas por violación a estos derechos por actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier autoridad o servidor público estatal o municipal, con excepción de los del Poder Judicial. Este organismo formulará recomendaciones públicas no vinculatorias así como denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

El Organismo no será competente tratándose de asuntos electorales, laborales o jurisdiccionales”.

Igualmente refiere el artículo 4o de la Ley que Crea la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México lo siguiente: “La Comisión de Derechos Humanos es el organismo responsable de proteger los derechos humanos que otorgan el orden jurídico mexicano, a los habitantes del Estado de México y a los mexicanos y extranjeros que se encuentren en su territorio.

La Comisión de Derechos Humanos hará lo necesario para la promoción, observancia, estudio y divulgación de los derechos humanos contenidos en la Constitución General de la República, así como los establecidos en los tratados internacionales suscritos por México.”

El artículo 2º del Reglamento Interno de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, establece: “La Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, tendrá por objeto la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos; respetando las disposiciones establecidas en el primer párrafo del artículo 41 de la Constitución Federal, en virtud de que en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México no existe disposición expresa sobre los referidos derechos, se aplicarán las disposiciones contempladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano, que reconocen y garantizan los Derechos Humanos.”

Artículo 4º.- “Para el desarrollo de las funciones de la Comisión de Derechos Humanos, se entiende que los Derechos Humanos son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo, son los que garantizan la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Mexicano.”

Artículo 12.- “La Comisión de Derechos Humanos, tendrá competencia en el territorio del Estado de México para conocer de quejas relacionadas con hechos que presumiblemente constituyan violaciones a los Derechos Humanos, por actos u omisiones de naturaleza administrativa de cualquier autoridad o servidor público estatal o municipal.

Es así, como hemos visto planteado en el presente capítulo que los derechos fundamentales establecidos para la protección de los seres humanos, deben ser respetados por todas las autoridades en sus actuaciones, bajo pena de ser sancionadas, lo que nos conlleva a la prohibición de la práctica de la tortura bajo ningún pretexto.

III. CAPITULO TERCERO

3.- EL DELITO DE TORTURA.

3.1 EL CONCEPTO DE DELITO.

El Delito tiene sus raíces hundidas en las realidades sociales y humanas, que cambian según los 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 (Pessina) y esto más que definirlo es incidir en una flagrante petición de principio; o bien que es la acción punible (Mezger) lo que desde luego lo circunscribe a la sola actividad humana, con exclusión de otra cualquiera”.¹²⁷

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 (Frank); 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 Maggiore).

El delito es siempre una conducta (acto u 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 con estos elementos.

¹²⁷ Carrancá y Trujillo Raúl, Ob. cit. Pág. 220.

Intrínsecamente el delito presenta las siguientes características: es una acción, la que es antijurídica, culpable y típica. Por ello es punible según ciertas condiciones objetivas o sea que está conminada con la amenaza de una pena. Acción porque es acto u omisión humano; 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 corresponder subjetivamente a una persona. La norma prohibitiva sólo es eficaz penalmente por medio de la sanción; de donde deriva la consecuencia punible.

De aquí las definiciones de delito como hecho culpable del hombre, contrario a la ley y que está amenazado con una pena (Florian); o como la acción típicamente antijurídica y culpable (Mezger); o como el acto culpable, contrario al derecho, sancionado con una pena (Liszt); o como la acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal que llena las condiciones objetivas de culpabilidad (Beling); o como un acontecimiento típico, antijurídico, imputable (Max Ernesto Mayer). Finalmente Jiménez de Asúa define el delito y enumera sus caracteres en la siguiente forma: “Hemos de centrar el concepto del delito conforme a estos elementos: acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. Sin embargo, al definir la infracción punible nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto diré que el delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas; actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad. Ahora bien, el acto, tal como nosotros lo concebimos, independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad constituyendo la penalidad con el tipo, la nota diferencial del delito”.¹²⁸

El C. P. de 1931, volviendo al de 1871 y tomando ejemplo del argentino, define el delito, como el acto u omisión que sancionan las leyes penales (art. 7). Actualmente señalado por el citado artículo en el Código Penal Federal vigente. Esta definición es exclusivamente

¹²⁸ Ibídem Pág. 223.

formalista, si bien suficiente a los fines prácticos objetivos de la ley penal. La finalidad pragmática de la definición decidió a la Comisión Revisora a suprimirle la calificativa de “voluntariedad” a la acción, semillero de contradictoria interpretación en la práctica, considerando, sin embargo, con Cuello Calón, que para que la sociedad aplique al delincuente una pena por el hecho realizado basta con que éste sea voluntario, proveniente de su libre (no cohibida) voluntad, ya se halle determinada por un conjunto de concausas o ya provenga del libre albedrío. Es pues, la voluntariedad, el fundamento pragmático de la imputabilidad; esto es, que el acto u omisión es el elemento objetivo por medio del cual se manifiesta la voluntad, explican Ceniceros y Garrido.

En resumen, podemos concluir que los caracteres constitutivos del delito, según el art. 7 del Código Penal Federal son: tratarse de un acto o una omisión, en una palabra, de una acción, de una conducta humana; y estar sancionados por las leyes penales. Al decirse acción (acto u omisión) debe entenderse la voluntad manifestada por un movimiento del organismo o por la falta de ejecución de un hecho positivo exigido por la ley, todo lo cual produce un cambio o peligro de cambio en el mundo exterior. Al decirse que esa acción ha de estar sancionada por la ley se mantiene el principio de que la ignorancia de ésta a nadie aprovecha así como se deduce que la misma ley se obliga a enumerar descriptivamente los tipos de los delitos, los que, para los efectos penales, pasan a ser los únicos tipos de acciones punibles.

Se señala que: “La palabra Delito proviene del latín Delicto o Delictum, supino del verbo delinqui, delinquere, que significa desviarse, resbalar, abandonar. El maestro Carrara habla de abandono de una ley, cometer una infracción o una falta”.¹²⁹

Verdaderamente son numerosos los penalistas que han pretendido dar una noción o un concepto de delito, tarea muy difícil de conseguir en un plano absoluto y de carácter general pues un concepto de raíz filosófica valedero para todos los tiempos y para todos los países, respecto de si un hecho es o no delictivo, no se ha conseguido aun, lo cual resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta que el delito hunde sus raíces en la vida social, económica, cultural y jurídica de cada pueblo y en cada siglo. En consecuencia: “la noción del delito ha de seguir, necesariamente, las vicisitudes de esas distintas parcelas señaladas en la vida de cada

¹²⁹ Jiménez de Asúa y Carrara. Citados por Márquez Piñeiro Rafael. “Derecho Penal, parte General”, Editorial Trillas, 4ª Edición, México, 2006, Pág. 133.

nación y ha de cambiar al compás de las mismas. Por consiguiente, lo ayer penado como delito, actualmente puede no serlo y viceversa”.¹³⁰

Las cuestiones relacionadas con el delito y el delincuente las contemplan los títulos I y III del libro I del Código Penal Federal (Título I: Responsabilidad Penal, y título III: Aplicación de las sanciones). En la ley penal mexicana se encuentra el delito objetivamente y subjetivamente considerado: objetivamente, por cuanto se atiende a la gravedad del resultado, lo que viene a caracterizar al derecho penal mexicano como un derecho de resultado; subjetivamente, en cuanto destaca la voluntariedad criminal, vinculando la gravedad del delito a la culpabilidad. En este último sentido cabría hablar de un derecho penal voluntarista, pero, desde luego, sin que ese subjetivismo suponga desconocer la primaria relevancia del objetivismo, todo ello en aras de la garantía individual de la persona humana y en evitación de toda posible arbitrariedad en la imposición de las sanciones.

El tratadista Don Rafael Márquez Piñeiro señala una noción sustancial del Delito, como lo es, la noción formal es adecuada para satisfacer las necesidades de la práctica, pero si se quiere penetrar en la esencia del delito, saber cuales son los elementos integrantes del mismo, habrán de examinarse. De esta manera, puede señalarse lo siguiente:

- a) El delito es un acto humano, es un actuar (acción u omisión). Un mal o un daño, aun siendo muy grave, tanto en el orden individual como en el colectivo, no es delito si no tiene su origen en un comportamiento humano. Los hechos de los animales, los sucesos fortuitos, como extraños a la actividad humana, no constituyen delito.
- b) El acto humano ha de ser antijurídico, ha de estar en contradicción, en oposición, a una norma jurídica; debe lesionar o poner en peligro un interés jurídicamente protegido.
- c) Además de esa contraposición con la norma jurídica, es necesario que el hecho esté previsto en la ley como delito, que se corresponda con un tipo legal; es decir, ha de ser un acto típico. No toda acción antijurídica constituye delito, sino que ha de tratarse de una antijuridicidad tipificada.

¹³⁰ Cuello Calón, Ídem.

- d) El acto ha de ser culpable, imputable a dolo o intención o culpa o negligencia; es decir, debe corresponder subjetivamente a una persona, debe estar a cargo de una persona.
- e) El acto humano (acción u omisión) debe estar sancionado con pena, pues de ahí deriva la consecuencia punible. Si no hay conminación de penalidad, no existiría delito.

Si concurren todos estos elementos, habrá delito. Al faltar alguno de ellos (por ejemplo, no ser antijurídico el hecho al haber una causa de justificación, legítima defensa, estado de necesidad absoluto, o no ser imputable, como en el caso de un loco), no habrá delito. Cuello Calón afirma que cuando se reúnen todos estos elementos puede darse la noción sustancial del delito, que para él es acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena. El ilustre maestro agrega que esta consideración de los elementos integrantes del delito no significa en absoluto la negación de su unidad. El delito es un todo no desintegrable en distintos elementos, pero con diversos aspectos o facetas, y el estudio de los mismos es una exigencia metodológica para conocer mejor la entidad delictiva y sus problemas.

El Delito en el Derecho Mexicano. El artículo 7 del Código Penal Federal vigente, en su primer lineamiento, dice: “delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

El precepto reseñado consagra el principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine lege*), claramente recogido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Los elementos de este concepto, eminentemente formalista y formulado con vista a la práctica, son los siguientes:

- a) Un acto y omisión, es decir, una acción, en definitiva una conducta humana o, lo que es lo mismo, la voluntad, externamente manifestada por un movimiento del agente o por la falta de realización de un hecho positivo exigido por la ley, traducándose todo ello en una mutación o peligro de cambio en el mundo exterior.

- b) Que esté sancionado por la ley penal. Esto implica la obligación del establecimiento previo de los tipos legales por la formación punitiva, pasando éstos a ser únicas actuaciones punibles.

Por otra parte, se dice que: “En la definición del artículo 7º hay una omisión referente a la voluntariedad, pero – sin duda - esta constituye el fundamento real de la imputabilidad; o sea, el acto u omisión es un elemento objetivizante que manifieste la voluntad”.¹³¹

La Definición Jurídica del delito debe ser, naturalmente, formulada desde el punto de vista del Derecho, sin incluir ingredientes causales explicativos, cuyo objeto es estudiado por ciencias fenomenológicas como la antropología, la sociología, la psicología criminal y otras. “Una verdadera definición del objeto que trata de conocerse debe ser una formula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos. En lugar de hablar de violación de la ley como una referencia formal de la antijuridicidad, o concretarse a buscar los sentimientos o intereses protegidos que se vulneran, como contenido material de aquella violación de la ley, podrá citarse simplemente la antijuridicidad como elemento que lleve consigo sus dos aspectos: formal y material; y dejando a un lado la “voluntariedad” y “los móviles egoístas y antisociales”, como expresión formal y como criterio material sobre culpabilidad, tomar esta última como verdadero elemento del delito, a reserva de desarrollar, por su análisis todos sus aspectos o especies.”¹³²

Para Cuello Calón es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. Por su parte Jiménez de Asúa textualmente dice: “Delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal”. En forma semejante se había expresado el penalista alemán Ernesto Beling, pero sin hacer referencia a la imputabilidad.

Como se ve, en la definición del maestro Jiménez de Asúa se incluyen como elementos del delito: la acción, la tipicidad, la antijuridicidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la

¹³¹ José Ángel Cenicerós, “Estudios de criminología” (tres), Cuadernos Criminalia, México, 1941, Ibidem Pág. 138.

¹³² I. Villalobos citado por Castellanos Tena Fernando, Ob. cit. Pág. 128.

punibilidad y las condiciones objetivas de penalidad. Diversos autores niegan carácter de elementos esenciales a la imputabilidad, a la punibilidad y a las condiciones objetivas de penalidad.

Celestino Porte Petit estaba en desacuerdo con esta manera de pensar respecto a la naturaleza de la punibilidad. En interesante conferencia sustentada ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, expresó que la penalidad es elemento esencial del delito, en función del artículo 7° del Código Penal al definirlo como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, exigiendo explícitamente la pena legal. El erudito profesor mexicano le niega el rango de elemento esencial del delito. Enriquece los argumentos existentes con otro: cuando la Ley exige una condición objetiva de punibilidad, su ausencia suspende la posibilidad de punición, lo cual sirve para confirmar que la punibilidad no es elemento, sino consecuencia del ilícito penal.

Para Pavón Vasconcelos si se acepta, de acuerdo con la teoría de la Ley Penal, que la norma se integra mediante el precepto y la sanción, la punibilidad es elemento o condición esencial del delito; de otra manera – insiste – la norma sin sanción deja de ser coercitiva y se transforma en precepto declarativo sin eficacia alguna.

En opinión del Maestro Celestino Porte Petit señala: “Desde el punto de vista puramente formal y de acuerdo con nuestro sistema positivo, generalmente una conducta es delictuosa cuando está sancionada por las leyes penales; pero ya hemos dicho cómo la definición del delito proporcionada por nuestro Código Penal Federal, no escapa a la crítica y por otra parte el propio Ordenamiento establece delitos no punibles, tratándose de las llamadas “Causas de exclusión del Delito” (Código Penal Federal y del Distrito Federal), así como Causas Excluyentes del Delito y de la Responsabilidad Penal (Código Penal vigente en el Estado de México), en las cuales la calificación delictuosa permanece y la pena no se aplica; por ende, la punibilidad es una consecuencia más o menos ordinaria del delito, pero no un elemento esencial del mismo”.¹³³

¹³³ La afirmación del profesor Porte Petit sostenida inicialmente, respecto a que la punibilidad no es consecuencia del delito sino elemento esencial del mismo, con base en la definición del artículo 7° del Código Penal Federal, no puede siquiera invocarse tratándose de otros códigos penales que ya han sido suprimidos, por innecesaria, la definición. Con relación a los argumentos de Pavón Vasconcelos, debe advertirse que no es lo mismo el delito y la norma; aun aceptando que ésta no se integra sin la sanción, ello no excluye la posibilidad de que aquél exista faltando la pena; delito y norma son conceptos diversos, de ninguna manera idénticos. Ibidem Pág. 131.

En consecuencia, podemos decir que los elementos esenciales del delito son: “conducta, tipicidad, antijuridicidad (o antijuricidad) y culpabilidad, mas esta última requiere de la imputabilidad como presupuesto necesario. Para la teoría finalista (o final de la acción), la imputabilidad, concebida como capacidad de culpabilidad, constituye no un presupuesto de ésta, sino el primero de sus elementos sobre los que reposa el juicio de reprochabilidad”.¹³⁴

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. Para Maurach el delito es: “ una acción típicamente antijurídica, atribuible”.¹³⁵

Las legislaciones Penales vigentes, señalan lo siguiente:

El Código Penal para el Distrito Federal vigente, establece lo siguiente:

Artículo 1.- (Principio de legalidad). A nadie se le impondrá pena o medida de seguridad, sino por la realización de una acción u omisión expresamente prevista como delito en una ley vigente al tiempo de su realización, siempre y cuando concurren los presupuestos que para cada una de ellas señale la ley y la pena o la medida de seguridad se encuentren igualmente en ésta.

Artículo 3.- (Prohibición de la responsabilidad objetiva). Para que la acción o la omisión sean penalmente relevantes. Deben realizarse dolosa o culposamente.

Artículo 4.- (Principio del bien jurídico y de la antijuridicidad material). Para que la acción o la omisión sean consideradas delictivas, se requiere que lesionen o pongan en peligro, sin causa justa, al bien jurídico tutelado por la ley penal.

Artículo 5.- (Principio de culpabilidad). No podrá aplicarse pena alguna, si la acción o la omisión no han sido realizadas culpablemente. La medida de la pena estará en relación directa con el grado de culpabilidad del sujeto respecto del hecho cometido, así como de la gravedad de éste.

Igualmente se requerirá la acreditación de la culpabilidad del sujeto para la aplicación de una medida de seguridad, si ésta se impone accesoriamente a la pena, y su duración estará en

¹³⁴ Cfr. Hans Heinrich Jeschek, Tratado de Derecho Penal, V. I, pág. 595, Bosch, Barcelona, 1981. Ídem.

¹³⁵ López Betancourt, Eduardo, “Teoría del Delito”, 13ª Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 2006, Pág. 65.

relación directa con el grado de aquélla. Para la imposición de las otras medidas penales será necesaria la existencia, al menos, de un hecho antijurídico, siempre que de acuerdo con las condiciones personales del autor, hubiera necesidad de su aplicación en atención a los fines de prevención del delito que con aquellas pudieran alcanzarse.

El Código Penal Federal vigente establece lo siguiente:

Artículo 7º.- “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente”.

En el Código Penal para el Estado de México vigente, se establece lo siguiente:

Artículo 6.- El delito es la conducta típica, antijurídica, culpable y punible.

Artículo 7.- Los delitos pueden ser realizados por acción y por omisión

En los delitos de resultado material, también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se estimará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se acredite que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de la ley, de un contrato o de su actuar precedente.

Teniendo como base la culpabilidad los delitos se clasifican en dolosos y culposos.

3.1.1 El Delito Doloso

a) Concepto

Establece el Maestro Raúl Carranca Y Trujillo lo siguiente: “Para nuestra Ley Penal el dolo puede ser considerado en su noción más general como intención, y esta intención ha de ser de delinquir o sea dañada. Sobre ser voluntaria la acción deberá estar calificada por la dañada intención para reputársela dolosa. Obrará, pues, con dañada intención aquél que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción. Un querer algo ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la que se sustenta el concepto legal de dolo. De aquí que se le defina como la conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito (Jiménez de Asúa); como la voluntad consciente del sujeto dirigida a un hecho incriminado como delito (Florian); como conocimiento y querer, de la concreción del tipo (Weltzel); es delictuoso (Cuello Caló), aunque entendemos con Manzini, que la valoración legal del fin no tiene que ser necesariamente prevista por el agente, pues puede ignorar que sea realmente ilegal ya que el delincuente dirige su voluntad a los efectos prácticos de su hecho, sin preocuparse de su naturaleza jurídica. De “dañada intención o intención criminal” hablan los comentaristas autorizados del Código Penal Ceniceros y Garrido cuando se refieren al dolo. Es decir, de *animus necandi*”.¹³⁶

De conformidad con los Códigos Penales señalados anteriormente, las acciones y omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

El delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y antijurídico, donde el sujeto decide si lo realiza o no. En la culpa no se requiere el resultado penalmente tipificado, mas surge por el obrar sin las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para asegurar la vida en común.

Si embargo, para algunos autores existe una tercera forma de culpabilidad: la preterintencionalidad, ultraintencionalidad o exceso en el fin, que para otros, constituye no una forma, sino una hipótesis de culpabilidad. Misma que fue excluida del Código Penal, en las reformas realizadas el 10 de enero de 1994.

Jiménez de Asúa nos dice: “Las especies de culpabilidad – el dolo y la culpa, con las correspondientes subespecies – no son características de aquélla, como Mezger ha creído, ni

¹³⁶ Carranca y Trujillo Raúl, Ob. cit. Pág. 441.

formas de presentación. Constituyen auténticas especies en las que encarna conceptualmente el género abstracto de culpabilidad. Y son las únicas especies.

Carmignani definió el dolo como el acto de intención más o menos perfecta, dirigido a infringir la ley, manifestada en signos exteriores.

Carrara, máximo representante de la Escuela Clásica, define al dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un hecho que se sabe es contraria a la ley.

Para los positivistas el dolo requiere para su existencia de: voluntad, intención y fin.

Jiménez de Asúa piensa: “dolo es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”.

Cuello Calón afirma: “dolo es la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso”.

El Maestro Eduardo López Betancourt señala: “El dolo consiste en el conocimiento de la realización de circunstancias que pertenecen al tipo, y voluntad o aceptación de realización del mismo”.¹³⁷

El dolo es la voz más patente en la culpabilidad. Para fundamentar el dolo es indispensable unir dos teorías: una llamada de la voluntad y una llamada de la representación.

Algunos autores, sólo habían percibido la teoría de la voluntariedad, por lo que definían al dolo como en orden a la consecuencia directa que el autor ha previsto y ha deseado. Sin embargo, algunos otros investigadores piensan que no es suficiente definir al dolo desde la voluntariedad, porque entonces no habría modo de definir el dolo eventual, y se pasa a subsistir el concepto de la voluntariedad, por el de la representación. “En tal sentido, la producción

¹³⁷ López Betancourt Eduardo, Ob. Cit. Pág. 219.

contraria al deber (pflichtwidrig) de un resultado típico es dolosa, no sólo cuando la representación de que el resultado sobrevendrá ha determinado al autor a emprender la acción, sino también cuando esa representación no le movió a cesar en su actividad voluntaria. A mi juicio es preciso conservar los dos conceptos, construyendo el dolo sobre la voluntad y la representación”.¹³⁸

b) Elementos

Para Maggiore son dos los elementos del dolo:

- 1) “La previsión (o representación) del resultado;
- 2) La violación de él.”

Si alguno de estos dos elementos faltase, no puede haber dolo.

Para el autor López Betancourt Eduardo, el dolo está compuesto por los siguientes elementos:

- a) Intelectual. Implica el conocimiento por parte del sujeto que realiza circunstancias pertenecientes al tipo, y
- b) Emocional. Es la voluntad de la conducta o del resultado.

Franz Von Liszt ha afirmado que el dolo debe captar las circunstancias del hecho y cree, en cambio, no se necesita la consciencia de lo injusto. De lo cual se han concedido consecuencias inaceptables en orden a la defensa putativa.

Binding exigía que el dolo debiera tener como elemento ético a la antijuridicidad, es decir, el sujeto debía tener consciencia de que el acto que realizaba era antijurídico.

“Debemos exigir en el dolo la consciencia del deber de violar la norma, pero no la consciencia de la antinormalidad en sí como noción profunda de norma en cuanto el Estado la ha hecho suya en referencia a la cultura. De todos modos, el elemento esencial del dolo no es otro que la consciencia de violar el deber. Sin embargo, conforme ya antes hemos advertido, no sólo este

¹³⁸ Ibidem. Pág. 220.

elemento intelectual el que debe ser demandado, sino también el conocimiento de que el hecho se haya descrito en la ley.”

Así mismo, tener presente que los elementos intelectuales del dolo deben ser el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica; de esa manera profana y no técnica, es como se han salvado todos los escollos.

Deben unirse la teoría de la voluntad y la representación, para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto. La voluntad sola no basta, debiéndose distinguir claramente la mera voluntad del dolo propiamente dicho. Hemos afirmado repetidamente que el enajenado y el menor obran con voluntad aunque no con dolo. Del mismo modo deben separarse deseo e intención. Podemos tener afán de que una persona muera y aunque obtengamos el resultado, puede no ser éste doloso. Ello se ve muy bien en el ejemplo que se hace en los casos de Franz Von Liszt. Un sujeto incita a otro a que se guarezca bajo un árbol un día de tormenta, a fin de que la chispa eléctrica le fulmine. Si el rayo le mata, no podríamos, ciertamente, construir un homicidio doloso. En suma: “el deseo no puede identificarse con el dolo. De igual modo, un sujeto puede no desear la muerte de otro; más, por estar ésta indisolublemente ligada, como consecuencia, a la acción que quiere y que desea, ha de ser aceptado por dolo si inexorablemente se produce”.¹³⁹

c) Tipos.

1.- En cuanto a la modalidad de la dirección el dolo se divide en:

- a) Dolo directo. Hay dolo directo cuando se quiere la conducta o el resultado. Es decir, el dolo se caracteriza en querer el resultado, si es delito material, y en querer la conducta, si es delito formal.

De la anterior definición, se desprenden los elementos siguientes:

- 1) Que el sujeto prevea el resultado, y
- 2) Que lo quiera.

El dolo al consistir en querer la conducta o el resultado, según se trate de delitos formales o materiales, y la culpa es una conducta que contraviene un deber, impiden (estas diversas formas de

¹³⁹ Ibidem. Pág. 223.

culpabilidad) como es natural, una elaboración válida y única de culpabilidad para ambas especies, pues en el dolo, hay una relación psicológica y en la culpa, hay una relación normativa.

- b) Dolo eventual. Hay autores como Maurach que consideran la expresión “dolo eventual” equívoca; en cambio, Maggiore dice: “Sólo una categoría puede decirse que no es ni inútil ni estorbosa: la del dolo llamado eventual, cuya función es señalar los límites entre el dolo y la culpa consciente.”

En el dolo eventual hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca. Aquí el sujeto tiene presente que puede ocurrir un resultado, puede ser posible, y sin embargo, actúa para que se verifique, sin siquiera tratar de impedir que se realice.

Podemos deducir dos elementos del dolo eventual:

- 1) Representación del probable resultado, y
 - 2) Aceptación del mismo.
-
- c) Dolo de consecuencia necesaria (o dolo directo de segundo grado). Jiménez de Asúa opina al respecto: “el dolo de consecuencias necesarias no es un dolo eventual ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable”

Debemos entender por dolo de consecuencia necesaria, cuando queriendo el resultado, se prevé como seguro otro resultado derivado de la misma conducta. La naturaleza del dolo de consecuencias necesarias es indudablemente de un dolo directo, porque aún cuando es cierto, no se desea el resultado que forzosamente acaecerá, no es discutible que el sujeto que representa esta circunstancia consienta en su indiscutible realización, ligada consecuentemente al resultado querido.

2.- En cuanto a su extensión el dolo puede ser:

- a) Determinado. Este tipo de dolo forma la intención directa.

Maggiore expone: “Se tiene dolo determinado cuando la intención exclusiva e inequívocamente se dirige hacia el delito cometido.”

b) Indeterminado. Para Maggiore, dolo indeterminado “se llama aquél en que la intención no se dirige a un resultado único y exclusivo, sino indiferentemente a varios resultados, más o menos graves.”

El dolo indeterminado se ubica en la intención indirecta positiva, o intención alternativa, a diferencia del determinado que se forma en la intención directa.

Jiménez de Asúa dice: “Hay dolo indeterminado cuando el sujeto se representa – teoría de la representación – y quiere – teoría de la voluntad – la producción de un resultado; de ese querer doloso del resultado, y sólo de él, surge otro mayor.”

3.- En cuanto a su nacimiento el dolo se clasifica en:

a) Inicial o precendete. El dolo inicial es aquel que ya existe antes de la consumación del delito, precede al inicio del inter criminis.

Maggiore explica: “El agente es responsable, sea que llegue con igual estado de ánimo a la consumación, sea que ésta se realice después de haber él mudado de propósito.”

b) Subsiguiente. Cuello Calón manifiesta: “el dolo es subsiguiente cuando habiendo comenzado el agente la ejecución de un hecho no constitutivo de delito le sobreviene la voluntad antijurídica de realizar un hecho delictuoso”.

A este tipo de dolo también se le conoce como sobrevenido y se presenta cuando el sujeto empieza una acción de buena fe, y después acontece un deseo antijurídico que lo lleva a incurrir en un delito.

4.- Por su intensidad el dolo puede ser:

a) Genérico. El dolo es genérico al encauzar la voluntad a producir un resultado jurídicamente prohibido.

b) Especifico. Para Carrancá y Trujillo, dolo especifico “es la intencionalidad predicada por una voluntad dañada especial; la ley debe consignarlo en cada caso, y

no se presume sino que debe probarse correspondiendo su prueba al Ministerio Público.”

Algunos autores clasifican al dolo específico en único o alternativo.

Maggiore dice que es específico “cuando la voluntad tiende a conseguir un fin especial, requerido por la ley para distinguir de otro un título de delito.”

5.- Dependiendo de su duración el dolo se cataloga:

a) Dolo del ímpetu. “Hay dolo del ímpetu cuando la acción sigue inmediatamente a la intención (o sin intervalo o sin intervalo notable), sea que uno obra por reacción imprevista o por impulso instantáneo de pasión ciega. Esta circunstancia no modifica hoy la cualidad, sino la cantidad del dolo, y vale como atenuante cuando se trata de reacción en estado de ira determinado por un hecho ajeno injusto. En cambio, no tiene efecto cuando se trata de estados emotivos o pasionales que no excluyen ni disminuyen la imputabilidad.”

b) Dolo simple. Es cuando el sujeto activo del delito, lleva la idea de realizar la conducta ilícita, prepara todos los medios necesarios para la realización del hecho antijurídico y para la obtención del resultado esperado. El dolo, como la consciencia en general, nunca se presume, siempre debe probarse. La teoría de la presunción es un prejuicio antiguo, que en la actualidad ha sido desechado, y es un vestigio del materialismo jurídico la máxima “*dolus inest in re ipsa*”, es decir, el dolo está dentro del hecho mismo.

c) Dolo de propósito (o premeditación). Carrara considera que los dos elementos que conforman la premeditación son la perseverancia y la frialdad.

Maggiore cree que “la esencia del dolo premeditado, consiste en el propósito deliberado y persistente de cometer un delito, acompañado de la preordenación de los medios.”

Si el deseo de delinquir se crea pausada, introspectiva e intencionadamente, forma entonces el dolo premeditado.

6.- El dolo en cuanto a su contenido se divide en:

- a) De daño. “Tenemos dolo de daño cuando el resultado que el agente tiende a producir, es un daño efectivo, es decir, la destrucción o disminución real de un bien jurídico.”
- b) Dolo de peligro. “Éste se produce cuando el agente inicia una acción encaminada a realizar un daño efectivo, y el producto es nada más un peligro.”
- c) De daño con resultado de peligro. “Éste se caracteriza porque en él la intención va encaminada a ocasionar el daño, y la ley, con motivos de protección social, da por hecho el momento consumativo previo a la ejecución del perjuicio.”
- d) De peligro con resultado de daño. “En el dolo de peligro con resultado de daño, la voluntad va encaminada a ocasionar el peligro, y únicamente la punibilidad está condicionada a la comprobación de un efecto dañoso”.¹⁴⁰

Jiménez de Asúa, Maggiore, Fontán Palestra, Porte Petit, por señalar algunos, consideran que la teoría que explica más satisfactoriamente el concepto de dolo, es obvio, que es la teoría ecléctica, llamada del asentamiento que conjuga la teoría de la voluntad y la teoría de la representación.

Por ello, la teoría más completa, a juicio de Maggiore, debe conciliar, en la noción del dolo, la representación (o previsión) y la voluntad. En el mismo sentido opinan los penalistas latinos Jiménez de Asúa y Fontán Palestra. El tratadista español integra el dolo con los elementos mezgerianos: un elemento intelectual, en donde Jiménez de Asúa incluye la conciencia de violar el deber; y un elemento emocional, que él denomina afectivo, y así nos dice:

“Debían unirse la teoría de la voluntad y la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto”.

Para la mayoría de los autores que se adhieren a la postura ecléctica, el dolo está estructurado de tres elementos: a) de la representación; b) de la voluntad; y c) de la conciencia de la antijuridicidad.

¹⁴⁰ Ibidem. Pág 230.

Así Jiménez de Asúa, al ensayar una definición de dolo, nos dice que éste existe: “Cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica”

La representación consistirá en la previsión del hecho constitutivo del delito. A este elemento se le denomina también elemento intelectual, con justa razón porque a través de él se logra el conocimiento anticipado en la mente del sujeto, de la conducta y el resultado.

Así el sujeto debe conocer los alcances de su conducta, pues de variar dichos elementos objetivos distinta será su situación jurídica, es decir, podría variar el delito, o en el caso de ignorar o errar en el conocimiento del alcance de su conducta, podría no presentarse el dolo.

En realidad – opina Franco Guzmán –: “al prever un acto se están también representando las consecuencias del mismo. De este modo, quien conoce el resultado que puede producir su conducta y realiza ésta voluntariamente, está aceptando aquél también”.¹⁴¹

Es indispensable primero prever la conducta y resultado, y después producirse voluntariamente de acuerdo a esa previsión.

De esta manera el segundo elemento del dolo será sin duda la voluntad del agente a producir el resultado representado.

Jiménez de Asúa afirma que sólo deben distinguirse cuatro clases de dolo: directo, específico, de consecuencias necesarias y eventual.

Resumiendo: “el sistema causalista ubica el dolo en el terreno de la culpabilidad. El sistema finalista, como ya lo hemos anticipado lo ubica en la tipicidad”.¹⁴²

¹⁴¹ Ricardo Franco Guzmán, “La culpabilidad y su aspecto negativo”, *Criminalia*, México, 1949, citado por Orellana Wiarco Octavio Alberto, *Ob. cit.*, Pág 52.

¹⁴² *Ibidem.* Pág 54.

3.1.2 El Delito Culposo.

a) Concepto.

Se define la culpa como el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón); o como la infracción de un deber de cuidado que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger). La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado.

Constituye la culpa o imprudencia el límite mínimo de la culpabilidad, cuyos grados, de mayor o menor son: “a) dolo; b) el dolo eventual; c) la culpa con representación; d) la culpa. Fuera ya del ámbito de la culpabilidad queda el caso fortuito”.¹⁴³

Para que en nuestro derecho se integre el grado de culpabilidad constituido por la imprudencia, conforme al art. 9º Segundo Párrafo del Código Penal Federal, artículo 18 tercer párrafo del Código Penal del Distrito Federal y artículo 8º Fracción II del Código penal del Estado de México, se requiere que el sujeto cause una acción (acto u omisión) imprudentemente en el amplio sentido de esta palabra, y que cause un resultado antijurídico y penado por la ley, previsible normalmente y humanamente evitable. Sobre el elemento psicológico de la culpa se decía en nuestro derecho que consiste en la imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado.

La culpa no siempre ha sido aceptada como especie de la culpabilidad, pues se afirma que nadie puede ser penado por una acción no querida por él; y si la distinción fundamental entre dolo y la culpa consiste en que en la primera el agente sí quiere la conducta y su resultado, en cambio, en la segunda, el resultado no se quiere, por lo que se afirma que no es posible punir las conductas culposas. A pesar de este argumento, lo lesivo que pueden resultar las conductas culposas ha inclinado a la mayoría de los penalistas a aceptar la culpa como una especie de la culpabilidad, y por ende punir dichas conductas culposas.

El concepto de culpa admite varias acepciones, pero entendida como especie de la culpabilidad la podemos definir en un sentido más amplio y general: “como la producción de un

¹⁴³ Carrancá y Trujillo Raúl, Carrancá y Rivas Raúl, Ob. cit. Pág. 457.

resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente, causa un efecto dañoso”.¹⁴⁴

El reproche al agente de un evento culposo, radica en la obligación que tiene éste de conducirse con prudencia, previsión, etc. A fin de no afectar a sus semejantes.

La culpa es un concepto único, sin embargo, tanto en la doctrina como en la legislación se hace referencia a la culpa en alguna de sus especies, como son: la imprudencia que implica obrar con temeridad, ligereza o sin precauciones; la negligencia que consiste en actuar con falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza; la impericia que radica en la falta total o parcial de conocimientos indispensables para realizar una actividad técnica o profesional; la ineptitud que es una deficiencia de orden natural, que no debe confundirse con la impericia que es una deficiencia de orden técnico.

La culpa se ha clasificado de diferentes formas, desde la clasificación romana en culpa lata, leve y levísima, hasta la aceptada por la doctrina y la legislación, como grados de la culpa, en culpa consciente o llamada también con representación, y la culpa inconsciente o denominada sin representación.

Cuello Calón expresa: “Existe culpa cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley”.¹⁴⁵

Para Mezger, “Actúa culposamente el que infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y puede prever la aparición del resultado”.

Para su aplicación en nuestro sistema jurídico, nos basamos en lo establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “La esencia de la culpa radica en obrar sin poner en juego las cautelas y precauciones exigidas por el Estado para evitar que se cause daño de cualquier especie.”¹⁴⁶ “Comete un delito imprudente, quien en los casos previstos por la ley,

¹⁴⁴ Luís Jiménez de Asúa, en su “Tratado de derecho penal” tomo V, Ídem.

¹⁴⁵ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, tomo I, citado por López Betancourt, Eduardo, Ob. Cit. Pág. 232.

¹⁴⁶ Semanario Judicial de la Federación, tomo LVIII, Sexta época, Segunda parte, pp. 24-25.

cause un resultado típicamente antijurídico, sin dolo, pero como consecuencia de un descuido por el evitable.”¹⁴⁷

El maestro Pavón Vasconcelos define la culpa como: “aquel resultado típico y antijurídico, no querido ni aceptado, previsto o previsible, derivado de una acción u omisión voluntarias, y evitable si se hubieran observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejables por los usos y costumbres.”¹⁴⁸

b) Elementos.

Para la existencia de la culpa es necesario comprobar:

- a) La ausencia de la intención delictiva;
- a) La presencia de un daño igual al que pudiera resultar de un delito intencional;
- b) La relación de causalidad entre el daño resultante y la actividad realizada;
- c) Que el daño sea producto de una omisión de voluntad, necesaria, para preservar de un deber de cuidado, indispensable para evitar un mal. Esta omisión de la voluntad exige que el hecho sea previsible y prevenible.

La definición de culpa de Pavón Vasconcelos nos parece acertada, sólo sería deseable agregarle aspectos culturales, esto es, además de ser evitable, si se hubiesen observado los deberes impuestos por el ordenamiento jurídico y aconsejable no sólo por los usos y la costumbre, sino también por la cultura del sujeto.

c) Clasificación.

La culpa se clasifica en consciente, también llamada con representación o previsión; e inconsciente, denominada sin representación o sin previsión. Esto por lo que hace al “grado de conocimiento”. Y en cuanto al “grado de indiferencia”, se distingue en culpa leve y culpa grave.

¹⁴⁷ Semanario Judicial de la Federación, Vol. 83, Segunda parte, Séptima época, pp. 30..

¹⁴⁸ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, citado por López Betancourt, Eduardo, Ob. cit. Pág 232.

Cuello Calón afirma que: “la culpa es consciente cuando el agente se representa como posible, que de su acto se originen consecuencias perjudiciales, pero no las toma en cuenta confiando en que no se producirán”.¹⁴⁹

Pavón Vasconcelos sostiene que existe culpa consciente cuando el sujeto: “ha representado la posibilidad de causación de las consecuencias dañosas, a virtud de su acción o de su omisión, pero ha tenido la esperanza de que las mismas no sobrevengan”.¹⁵⁰

La culpa con representación existe, cuando se prevé el resultado como posible y se tiene la esperanza de que no se producirá.

Jiménez de Asúa refiriéndose a la culpa inconsciente dice que es: “Ignorancia de las circunstancias del hecho, a pesar de la posibilidad de previsión del resultado (Saber y Poder). Esta ignorancia descansa en la lesión de un deber concreto, que el autor hubiera debido atender, porque su cumplimiento podía serle exigible en su calidad de miembro de la comunidad. La conducta causante del resultado puede revestir las formas de hacer u omitir, pero también puede descansar en una mera inconsecuencia de la voluntad (olvido)”.¹⁵¹

La culpa sin representación existe, cuando no se previó el resultado por descuido y se tenía la obligación de preverlo por ser de naturaleza previsible y evitable.

Cuello Calón señala que la culpa en cuanto a la intensidad suele dividirse en tres grados:

- 1) “Culpa Lata.- Cuando el evento dañoso hubiera podido preverse por todos los hombres;
- 2) Culpa Levis.- Cuando su previsión sólo fuere dable a los hombres diligentes;
- 3) Culpa Levísima.- Cuando el resultado hubiera podido preverse únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común”.¹⁵²

¹⁴⁹ Ídem. .

¹⁵⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ídem.

¹⁵¹ Jiménez de Asua, Luís, Principios del Derecho Penal. La Ley y el Delito. Citado Ibidem Pág. 234.

¹⁵² Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Ídem.

Mezger difiere de lo anterior al opinar: “La Ley no conoce, en general, grados de culpa. En especial, la distinción entre culpa consciente e inconsciente sólo representa una aclaración conceptual, pero no una gradación de la culpa con arreglo a su valoración jurídico-penal; en el caso concreto, puede suponer la culpa consciente un reproche de menor cuantía que la culpa inconsciente.

3.1.3. Los Delitos de Omisión y Comisión por Omisión.

Los Delitos según la forma de la conducta del Agente. Por la conducta del agente, o como dicen algunos autores, según la manifestación de voluntad, los delitos pueden ser de acción y de omisión. Los de acción se cometen mediante un comportamiento positivo; en ellos se viola una ley prohibitiva. Eusebio Gómez afirma que son aquellos en los cuales las condiciones en donde deriva su resultado, reconocen como causa determinante un hecho positivo del sujeto. En los delitos de omisión el objeto prohibido es una abstención del agente, consisten en la no ejecución de algo ordenado por la ley. Para el mismo Eusebio Gómez, en los delitos de omisión, las condiciones de que deriva su resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto de un precepto obligatorio.

Debe agregarse que los delitos de omisión violan una ley dispositiva, en tanto los de acción infringen una prohibitiva.

Los delitos de omisión suelen dividirse en delitos de simple omisión y de comisión por omisión, también llamados delitos de omisión impropia.

Los delitos de simple omisión, o de omisión propiamente dichos, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado material que produzcan; es decir, se sancionan por la omisión misma.

Los delitos de comisión por omisión, o impropios delitos de omisión, son aquellos en los que el agente decide no actuar y por esa inacción se produce el resultado material. Para Cuello Calón, consisten los falsos delitos de omisión en la aparición de un resultado delictivo de carácter positivo, por inactividad, fórmula que se concretiza en la producción de un cambio en el mundo exterior mediante la omisión de algo que el Derecho ordenaba hacer.

Debemos recordar: “En los delitos de simple omisión, hay una violación jurídica y un resultado puramente formal, mientras en los de comisión por omisión, además de la violación jurídica se produce un resultado material. En los primeros se viola una ley dispositiva; en los de comisión por omisión se infringen una dispositiva y una prohibitiva”.¹⁵³

“Los delitos de acción consisten en un acto material y positivo. Dañoso o peligroso, que viola una prohibición de la ley penal. Los delitos de omisión consisten en la inacción, en la abstención del agente, cuando la ley impone la ejecución de un hecho determinado”.¹⁵⁴

Para el maestro Celestino Porte Petit, la clasificación de los delitos es la siguiente:

Clasificación del delito en orden a la conducta:

El maestro señala que se debe de atender a la actividad o inactividad, independientemente del resultado material, en caso de haberse producido, considerándolo como una consecuencia de la conducta.

De acción: Son los delitos en los que se requiere el movimiento del sujeto para cometer el ilícito – por ejemplo para clavar un puñal – entre otros.

De omisión: Son aquellos delitos que requieren que el sujeto no realice ninguna actividad, es decir, que deje de hacer lo que está obligado a hacer.

I.- Omisión simple. Independientemente del resultado, con la simple inactividad, se origina el delito.

II.- Comisión por omisión. Es cuando se requiere un resultado; la inactividad del sujeto que está obligado a realizar una actividad determinada, provoca un resultado

¹⁵³ Castellanos Tena, Fernando, Ob. cit. Pág. 136.

¹⁵⁴ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, citado por López Betancourt Eduardo, Ob. cit. Pág. 283.

La aportación de diversos estudiosos de nuestra ciencia ha traído en número de siete los elementos del delito y su respectivo aspecto negativo. Es decir, a partir de la configuración de todos y cada uno de los predicados de la conducta o hecho, se estudia al delito en dos esferas; una referente a la existencia e inexistencia del hecho delictivo (aspecto positivo y negativo), otra referente a las formas de aparición (a la vida del delito).

Los elementos del delito que son conocidos y que no todos los autores aceptan, son siete:

Positivos	Negativos
1) Conducta	1) Ausencia de Conducta
2) Tipicidad	2) Ausencia del tipo o Atipicidad.
3) Antijuridicidad	3) Causas de justificación.
4) Imputabilidad.	4) Inimputabilidad.
5) Culpabilidad	5) Inculpabilidad.
6) Condicionalidad Objetiva	6) Falta de condiciones Objetivas
7) Punibilidad	7) Excusas absolutorias.

A cada aspecto positivo le corresponde su respectivo negativo en la forma en la que están enunciados. Cabe aclarar que cuando se hable del primero (aspecto positivo) estaremos ante la existencia del delito; cuando del segundo, de su inexistencia.

Debemos señalar lo siguiente: “De acuerdo a nuestro Derecho Positivo Mexicano, el Código Penal Federal, en su artículo séptimo define al delito como el “acto u omisión que sancionan las leyes penales”, así , la conducta o hecho se obtiene de este artículo, y del núcleo respectivo de cada tipo o descripción legal, así como de los artículo 8º y 9º del ordenamiento mencionado. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal y de los ya señalados preceptos 8º y 9º del texto en cita; la antijuridicidad se presentara cuando el sujeto no este protegido por una causa de licitud (Causas de exclusión del Delito) descrita en el artículo 15 de nuestro Código Penal. La imputabilidad se presenta cuando concurre la capacidad de obrar en el Derecho Penal, es decir, que no se presente la causa de Inimputabilidad descrita en la fracción VII del artículo 15 de nuestra Ley Penal. Habrá culpabilidad de acuerdo al artículo 15 fracción VIII inciso B y fracción IX (a contrario sensu), de nuestra ley penal. La punibilidad existe cuando no se presentan las

excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo. Las condiciones objetivas de punibilidad se presentan cuando al definir la infracción punible se establecen requisitos constantes, pero aparecen variables de acuerdo a cada tipo penal; pueden o no presentarse”.¹⁵⁵

3.1.3 Causas Excluyentes de Responsabilidad.

El Artículo 15 del Código Penal vigente en el Estado de México, señala lo siguiente:
“Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I.- La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

II.- Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;

III.- Las causas permisivas, como:

a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1.- Que se trate de un delito perseguible por querrela;

2.- Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y

3.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

¹⁵⁵ Ibidem. Pág. 65.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación; o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión.

c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y

d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

IV.- Las causas de inculpabilidad:

a) Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno. En este caso responderá por el hecho cometido.

b) Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

1.- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2.- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

c) Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho lícito con todas las precauciones debidas.

a) La Antijuridicidad y su ausencia.

La antijuridicidad la podemos considerar como un elemento positivo del delito, es decir, cuando una conducta es antijurídica, es considerada como delito.

Para que la conducta de un ser humano sea delictiva, debe contravenir las normas penales, esto es, ha de ser antijurídica.

De esta forma se considera la antijuridicidad como el choque de la conducta con el orden jurídico, el cual tiene además del orden normativo, los preceptos permisivos.

Diversos investigadores, la han estimado como el aspecto más importante del delito, ya que no es solamente un elemento o carácter del mismo, sino es su esencia, y es más, su propia naturaleza.

También se le dio un carácter objetivo, ya que la antijuridicidad nace del juicio valorativo de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, manifestando este juicio sólo recae sobre la acción realizada, excluyendo toda valoración de carácter subjetivo.

La antijuridicidad es lo contrario a Derecho, por lo tanto, no basta que la conducta encuadre en el tipo penal, se necesita que esta conducta se antijurídica, considerando como tal, a toda aquella definida por la ley, no protegida por causas de justificación, establecidas de manera expresa en la misma.

Por otro lado, tenemos a la antijuridicidad “formal” en la cual se considera que para que sea delito una conducta, debe infringir una norma estatal, un mandato o una prohibición del orden jurídico.

Son muchos los autores que han hablado de la antijuridicidad “formal” y “material”; la mayoría de éstos se han pronunciado por la “formal”, en base al principio *nullum crimen sine lege*.

“Es indudable, que para encontrar el concepto de la antijuridicidad formal, debemos utilizar el sistema de excepción regla, que nos lleva a la conclusión de que una conducta o hecho son antijurídicos, cuando no son lícitos. Es decir, el concepto que se da de la antijuridicidad, es un concepto negativo”.¹⁵⁶

De esta forma es como ha venido operando el ordenamiento penal, exigiendo dos requisitos para la existencia de la antijuridicidad, siendo el primero, la existencia de una adecuación de la conducta al tipo penal y el otro es cuando ésta no se encuentre en alguna de las causas de exclusión del injusto o de alguna causa de licitud.

Por otra parte, la aspiración a la que debemos tender, es la de lograr un concepto de la antijuridicidad en forma positiva y acabar por lo tanto, con el procedimiento de excepción regla.

b) Causas de Justificación. (Causas de exclusión del Delito)

Cuando en un hecho presumiblemente delictuoso falta la antijuridicidad, podemos decir: no hay delito, por la existencia de una causa de justificación, es decir, el individuo ha actuado en determinada forma sin el ánimo de transgredir las normas penales.

Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consiente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a Derecho. Es así como no podrá exigírsele responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a Derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

Eugenio Florián, sustenta su posición: señala una categoría denominada Motivos de justificación. Que aún dejando subsistir la imputabilidad, suprimen tanto la responsabilidad, como la disposición de la ley y el orden de la autoridad, la legítima defensa y el estado de necesidad.

¹⁵⁶ Porte Petit Candaudap, Celestino. “Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal”. *Ibidem*. Pág. 152.

En este sentido, cuando la conducta o hecho típico son permitidos, autorizados o facultados por la ley, en virtud de la existencia de un interés preponderante, no habrá antijuridicidad. Las causas de justificación (Causas de Exclusión del Delito) son aquellas en las que una conducta normalmente prohibida por la ley penal, no constituirá delito por la existencia de una norma que la autoriza o la impone.

Por lo tanto, las causas de justificación (Causas de Exclusión del Delito) son aquellos actos realizados conforme al Derecho, es decir, que les hace falta la antijuridicidad requerida para poderlos tipificar en un delito. En nuestro Derecho Positivo Mexicano, las causas de exclusión del delito se señalan en el artículo 15 del Código Penal Federal, que señala lo siguiente:

Artículo 15.- El delito se excluye cuando:

III.- Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a) Que el bien jurídico sea disponible;
- b) Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que media algún vicio, o bien, que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo;

IV.- Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio

donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

VI.- La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

En las reformas al Código Penal Federal del 10 de enero de 1994, la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo han quedado excluidos de este artículo.

El artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, establece lo siguiente:

Artículo 29.- (Causas de exclusión). El delito se excluye cuando:

III.- (Consentimiento del titular). Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, o del legitimado legalmente para otorgarlo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un bien jurídico disponible;
- b) Que el titular del bien jurídico, o quien esté legitimado para consentir, tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del bien; y
- c) Que el consentimiento sea expreso o tácito y no medie algún vicio del consentimiento.

Se presume que hay consentimiento, cuando el hecho se realiza en circunstancias tales que permitan suponer fundadamente que, de haberse consultado al titular del bien o a quien esté legitimado para consentir, éstos hubiesen otorgado el consentimiento.

IV.- (Legítima defensa). Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa empleada y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de su defensor.

Se presume que existe legítima defensa, salvo prueba en contrario, cuando se cause un daño a quien por cualquier medio trate de penetrar o penetre, sin derecho, al lugar en que habite de forma temporal o permanente el que se defiende, al de su familia o al de cualquier persona respecto de las que el agente tenga la obligación de defender, a sus dependencias o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación. Igual presunción existirá cuando el daño se cause a un intruso al momento de sorprenderlo en alguno de los lugares antes citados en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

V.- (Estado de necesidad). Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro, real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el sujeto, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo.

VI.- (Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho). La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional de la conducta empleada para cumplirlo o ejercerlo.

Las causas de exclusión del delito se resolverán de oficio, en cualquier estado del proceso.

Por último el artículo 15 del Código Penal del Estado de México vigente, establece lo siguiente:

Artículo 15.- Son causas que excluyen el delito y la responsabilidad penal:

I.- La ausencia de conducta, cuando el hecho se realice sin la intervención de la voluntad del agente por una fuerza física exterior irresistible;

II.- Cuando falte alguno de los elementos del cuerpo del delito de que se trate;

III.- Las causas permisivas, como:

a) Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

1.- Que se trate de un delito perseguible por querrela;

2.- Que el titular del bien tenga capacidad de disponer libremente del mismo; y

3.- Que el consentimiento sea expreso o tácito y sin que medie algún vicio de la voluntad.

b) Se repela una agresión real, actual o inminente y sin derecho en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa, suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trata de penetrar o haya penetrado sin derecho al hogar del agente, al de su familia, o sus dependencias o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos, respecto de los que exista la misma obligación, o lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión

c) Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo; y

d) La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir

el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro.

IV.- Las causas de inculpabilidad:

a.- Al momento de realizar el hecho típico el agente padezca un trastorno mental transitorio que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión, a no ser que el agente hubiese provocado dolosamente o por culpa grave su propio trastorno.

En este caso responderá por el hecho cometido.

b.- se realice la acción o la omisión bajo un error invencible:

1.- Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal;

2.- Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca el alcance de la ley, o porque crea que está justificada su conducta.

c) Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa de la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho;

Que el resultado típico se produzca por caso fortuito y el activo haya ejecutado un hecho ilícito con todas las precauciones debidas.

Sobre el fundamento o esencia de las causas de justificación, existen diversas opiniones. Dentro de éstas, los criterios más sobresalientes son los sustentados por Mezger y Jiménez de Asúa.

Mezger considera la desaparición del interés que en otro caso sería lesionado por el injusto, o surge frente a este interés otro de mayor valor, transformando a la conducta conforme al Derecho, lo que en otro caso hubiera constituido un injusto.

Para este autor, las causas de justificación se basan o en la falta de antijuridicidad, según el principio de la ausencia del interés, o por la preponderancia de un bien jurídicamente tutelado.

Por otra parte, Jiménez de Asúa, expone que el fundamento de las causas de justificación se encuentra en la preponderancia del interés, ya sea porque es de mayor interés jurídico social, en el caso del que triunfa en la legítima defensa o el que se actúa al ejecutar un derecho o cumplir un deber; o porque es superior el bien jurídico salvaguardado en el estado de necesidad y en los casos de justificación supralegal.

En suma, sólo la preponderancia del interés con que se actúa (ejercicio de un derecho), protege (estado de necesidad) o defiende (legítima defensa), o del deber que se cumple, fundamentan las causas de justificación. Así mismo, Jiménez de Asúa, rechaza la ausencia de interés, planteada por Edmundo Mezger, no sólo porque no es necesaria en nuestro sistema en que no aceptamos la zona intermedia entre lo justo y lo antijurídico, ni el consentimiento del titular del Derecho, sino porque no puede haber esa ausencia de intereses.

Otra teoría sobre la esencia de las causas de justificación es la llamada del “fin”; según ésta, no es antijurídica la conducta que se efectúa para alcanzar el fin de convivencia que el Estado regula. Esta teoría, basada en el fin de la coexistencia, demanda en ciertas situaciones conflictivas se concedan derechos a realizar conductas antinormativas, teniendo por límite el propio fin del que emergen.

Las causas de justificación son: “aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. Representan un aspecto negativo del delito; en presencia de alguna de ellas falta uno de los elementos esenciales del delito, a saber: la antijuridicidad. En tales condiciones la acción realizada, a pesar de su apariencia, resulta conforme a Derecho. A las causas de justificación también se les llama justificantes, causas eliminatorias de la antijuridicidad, causas de licitud, causas de exclusión del Delito, etc.”¹⁵⁷

A las justificantes generalmente se les agrupa al lado de otras causas que anulan el delito, o mejor dicho, impeditivas de su configuración. Suele catalogárseles bajo la

¹⁵⁷ Castellanos Tena, Fernando. Ob. cit. Pág. 183.

denominación causas excluyentes de responsabilidad, causas de inincriminación, etc. Nuestro Código usaba la expresión circunstancias excluyentes de responsabilidad, comprendiendo varias de naturaleza diversa; actualmente “Causas de exclusión del delito”.

Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable, utiliza la denominación causas que excluyen la inculpatión. Indudablemente este nombre es más adecuado que el antes empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancias por causas, pues como bien dice Jiménez de Asúa: “circunstancia es aquello que está alrededor de un hecho y lo modifica accidentalmente; y las causas de que nos estamos ocupando cambian la esencia del hecho, convirtiendo el crimen en una desgracia”.¹⁵⁸

Las causas que excluyen el delito son: ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, causas de inimputabilidad y causas de inculpatibilidad.

Las justificantes no deben ser confundidas con otras eximentes. Hay entre ellas una distinción precisa en función de los diversos elementos esenciales del delito que anulan. Las causas de justificación, dice Soler, son objetivas, referidas al hecho e impersonales. Las de inculpatibilidad son de naturaleza subjetiva, personal e intransitiva. Los efectos de las primeras –añade Núñez -, son erga omnes respecto de los partícipes y en relación con cualquier clase de responsabilidad jurídica que se pretenda derivar del hecho en sí mismo.

A su vez, las causas de inculpatibilidad difieren de las de inimputabilidad, en tanto las primeras se refieren a la conducta completamente capaz de un sujeto, las segundas afectan precisamente ese presupuesto de capacidad para obrar penalmente, en diversa forma y grado. El inimputable, anota Jiménez de Asúa, es psicológicamente incapaz, de modo perdurable o transitorio, para toda clase de acciones. Las causas de inculpatibilidad anulan la inculpatión en quien fue capaz; las de inimputabilidad borran la presunción de responsabilidad de quien no pudo tenerla. El inimputable, expresa Goldschmidt, no es desde un principio el destinatario de las normas del deber.

¹⁵⁸ Citado por Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, T. II, Ibidem. Pág. 184.

Con fines exclusivamente didácticos, Jiménez de Asua expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuentes y en las excusas absolutorias no hay pena.

Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetiva, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran el aspecto personal del autor.

Mientras las justificantes, por ser objetivas, aprovechan a todos los coparticipes, las otras eximentes no. Las causas de justificación son reales, favorecen a cuantos intervienen, quienes en última instancia resultan cooperando en una actuación perfectamente jurídica, acorde con el Derecho. Cuando las eximentes son personales. Si bien no dan lugar a incriminación, si puede ser procedente la responsabilidad o reparación civil; en cambio, tratándose de las justificantes, por ser la conducta apegada al orden jurídico, no acarrear ninguna consecuencia, ni civil ni penal, pues como dice Cuello Calón, de quien obra conforme a Derecho no puede afirmarse que ofenda o lesione intereses jurídicos ajenos. Sin embargo, Carrancá y Trujillo anota una excepción, señalada en el Código Civil (Art. 1911); “Cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho”.

Dado el doble carácter (material y formal) de la antijuridicidad, sólo puede ser eliminada por una declaración expresa del legislador. El Estado excluye la antijuridicidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el Derecho opta por la conservación del más valioso. Por ello, para Edmundo Mezger la exclusión de antijuridicidad se funda: a) en la ausencia de interés y, b) en función del interés preponderante.

Ausencia de interés. Normalmente el consentimiento del ofendido es irrelevante para eliminar el carácter antijurídico de una conducta, por vulnerar el delito no sólo intereses individuales, sino que también quebranta la armonía colectiva; pero ocasionalmente el interés social consistente en la protección de un interés privado del cual libremente puede hacer uso su titular (propiedad permitida por la ley, ejercicio de una libertad individual); entonces sí cobra vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y, por ende,

resulta idóneo para excluir la antijuridicidad; lo mismo ocurre cuando el Derecho reputa ilícita una conducta sin la anuencia del sujeto pasivo. En estos casos, el otorgarse el consentimiento, está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger. Más debe tenerse presente que generalmente los tipos contienen referencias tales como “falta de consentimiento” (del titular), “contra la voluntad”, “sin permiso”, etc. Entonces el consentimiento no opera para fundamentar una justificante, sino una atipicidad. Solamente cuando en el tipo no se captan esos requisitos por darlos la ley por supuestos, será la ausencia de interés fundamento de causas de justificación. El destacado jurista Mariano Jiménez Huerta, expresa que no nace la antijuridicidad cuando el titular del interés protegido penalmente, consienta en la acción que sin su voluntad implicaría una lesión a un bien jurídico, pero después afirma que en la legislación mexicana no hay precepto alguno que en forma rectilínea se refiera al valor que puede asumir el consentimiento como causa concreta. Actualmente el artículo 15 del Código Penal Federal reformado, en la fracción III, establece que el delito se excluye por actuar (bajo ciertos requisitos), con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado.

Por excepción se acepta la eficacia del consentimiento presunto para excluir la antijuridicidad, en aquellos casos en donde resulta lógico y conveniente suponerlo.

Interés preponderante.

Cuando existen dos intereses incompatibles, el Derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan, opta por la salvación del de mayor valía y permite el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifica la defensa legítima, el estado de necesidad (en su caso), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.

El exceso.

Cuando el sujeto rebasa los límites de una conducta legitimada por una justificante, emerge la ilicitud, pues mientras las causas de justificación excluyen la antijuridicidad del comportamiento, el exceso queda ya situado dentro del ámbito de la delictuosidad. Nuestra legislación anterior a las reformas únicamente hacía referencia al exceso en la legítima defensa. El nuevo precepto reglamenta de manera expresa también el exceso en el estado de necesidad, en

el cumplimiento de un deber y en el ejercicio de un derecho. “Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V y VI del artículo 15, se le impondrá pena del delito culposo.” Así lo establece el artículo 16 del Código Penal Federal vigente.

Causas de justificación o Causas de Exclusión del Delito.

- a) Legítima defensa, Fracción IV;
- b) Estado de necesidad (si el bien salvado es de más valía que el sacrificado), Fracción V;
- c) Cumplimiento de un deber, Fracción VI;
- d) Ejercicio de un derecho, Fracción VI;
- e) Consentimiento del titular del bien Jurídico afectado (Art. 15, fracción III).

Las causas de justificación se encuentran fundamentalmente en el artículo 15 del Código Penal Federal, en el capítulo denominado “Causas de Exclusión del Delito”.

Dogmáticamente, podemos afirmar que las causas de justificación indicadas en este artículo, las encontramos en las fracciones IV, sobre la legítima defensa; V, sobre el estado de necesidad; VI, sobre el cumplimiento de un deber y ejercicio de un Derecho.

El ejercicio de un Derecho.

En principio, ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no están prohibidas. El artículo 15 del Código Penal Federal, en su fracción VI, establece que el delito se excluye cuando “la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”.

El Estado otorga a los particulares, derechos que sólo podrán ejercer en determinadas ocasiones, ya sea para proteger los bienes jurídicos tutelados o para ayudarlo en sus funciones policíacas, con respecto a la imposibilidad de cubrir todos los lugares en un mismo tiempo, ante la trasgresión de las leyes. Asimismo, a algunos funcionarios les otorga determinados derechos

para poder violentar la esfera jurídica de una persona, siempre y cuando ésta haya cometido un ilícito.

El artículo 16 Constitucional en su párrafo cuarto, establece el derecho de los particulares para aprehender in fraganti al delincuente y a sus cómplices; en este caso, los particulares se encuentran en el ejercicio de un derecho, sin que esto implique el ejercicio de la violencia para lograr la aprehensión de los delincuentes, y éstos no podrán invocar la legítima defensa, ya que el particular está ejerciendo un derecho.

Legítima defensa.

En relación a esta causa de justificación, el artículo 15 fracción IV del Código Penal Federal, menciona que: “se repela una agresión real, actual e inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como legítima defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

Se ha considerado que la legítima defensa fue creada para conservar el orden jurídico y garantizar el ejercicio de los derechos. Para algunos autores, realmente el fundamento de la legítima defensa es único, porque se basa en el principio de que nadie puede ser obligado a soportar lo injusto. Es una situación en la que el sujeto puede actuar en defensa de sus derechos o bienes jurídicos tutelados, en virtud de que el derecho no tiene otra forma de garantizar los mismos.

En relación a este tema han surgido algunas teorías, destacando la de la escuela clásica, la cual fundamenta la legítima defensa en la necesidad, explicando que se presenta ante la imposibilidad de la presencia del Estado para repeler la agresión y proteger al injustamente

atacado, siendo justo y lícito que éste se defienda. Así, esta causa viene a ser sustitutiva de la defensa pública, cuando la necesidad así lo requiera.

Para que se pueda dar esta causa de justificación, la doctrina y las legislaciones han exigido como requisitos los siguientes:

1) Que sea un ataque o agresión a los intereses jurídicamente protegidos de quien se defiende, o a los de otra persona, sin existir un completo acuerdo sobre cuáles intereses o bienes jurídicos podrán defenderse, pero sí hay unanimidad en la defensa de la vida, de la integridad personal y de la libertad.

2) El ataque o agresión debe ser actual e inminente, pues antes de que el peligro aparezca, no es necesaria la defensa, pero el amenazado no necesita esperar que sean dañados efectivamente sus intereses jurídicos.

3) El ataque o la agresión deben ser ilegítimos, contrarios al derecho, así como el atacante no debe tener ningún fundamento jurídico para la agresión. Por lo tanto, es importante señalar no cabe la legítima defensa contra actos de fuerza legítimos de la autoridad o de sus agentes. No es necesario que el atacante sea una persona imputable, ya que es posible la defensa contra inimputables, locos, ebrios, menores, etcétera.

4) La defensa debe ser necesaria, esto es, se tienen que agotar todos los medios no violentos, para recurrir a la legítima defensa.

5) La agresión no debe ser provocada por la actitud o la conducta del agredido.

La legítima defensa, como ya se expresó anteriormente, no se restringe a la propia persona e intereses jurídicos propios, puede ejercitarse a favor de los parientes y hasta de algún extraño. Asimismo, puede ejercitarse a favor del ser que ha de nacer, cuando la madre haya permitido el aborto y aún de no haberlo permitido, la legítima defensa se podrá ejercer, ya que la violencia contra el feto se confunde con la violencia contra la madre.

Todas las legislaciones, consideran como eximente a la legítima defensa, pero ha sido reglamentada en forma muy diversa. Varios códigos la consideran como eximente de todos los delitos; otros, como aplicable sólo al homicidio y lesiones; unos más, autorizan la defensa de la persona, de los bienes; y ciertos códigos además de la persona a los derechos en general. Pero por lo común, los códigos han autorizado la legítima defensa de los parientes y hasta del extraño.

Para un sector doctrinal, la extensión de la legítima defensa a todos los bienes jurídicos es fruto del industrialismo, pues con anterioridad, sólo era aplicable a unos determinados, pero al crecer la necesidad de asegurar la riqueza, se extendió esta causa de justificación al grado de aceptarla a favor de la propiedad, aún a costa de la muerte del agresor.

Nuestro sistema jurídico, se ha basado en la salvaguarda de un interés jurídico preponderante, y aun cuando son de igual valor, mediante el necesario sacrificio del interés legítimo del atacante.

Se han planteado hipótesis de la aplicación de la legítima defensa, siendo primeramente un conflicto entre bienes de igual valor, tanto del agresor como del atacado; contraposición entre bienes desiguales, considerándose de mayor valía el del injustamente atacado y controversia entre bienes también de diferente valor, siendo el del agresor el preferente.

La legítima defensa se tiene que determinar en razón a la peligrosidad e intensidad del ataque, y no en virtud del valor del bien atacado. No se trata de una preponderancia cuantitativa, sino cualitativa.

En relación a los sujetos, puede darse la legítima defensa propia, cuando son al menos dos, el agresor y el injustamente atacado; a favor de terceros, cuando son tres sujetos, el agresor, el injustamente agredido y el que interviene a favor de este último y en el caso de auto agresión, el auto agredido y el que interviene a su favor.

No procederá la legítima defensa contra una conducta lícita. Para el caso de legítima defensa contra el exceso de la misma, algunos autores se han pronunciado por la admisión de está, en el sentido de que el exceso de la repulsión del ataque, se vuelve contrario a derecho.

Opuestamente, otros penalistas rechazan su procedencia, quien repele el exceso de la defensa, se hallará amparado por la no exigibilidad de otra conducta, que es una causa de inculpabilidad.

Otros señalan es antijurídica la conducta del que contesta la agresión, en el exceso, porque éste fue previamente agresor, por lo tanto no puede acogerse a la legítima defensa, empero, se encontrará en el supuesto de la no exigibilidad de otra conducta, en virtud de no podersele exigir una conducta diferente a la que efectuó.

En relación a la legítima defensa contra inimputables, algunos penalistas han señalado su procedencia, siendo la antijuridicidad objetiva, porque si se aceptara el criterio subjetivo, la agresión de un inimputable no sería antijurídica. Algunos otros, piensan que en este caso no se da la legítima defensa, sino un estado de necesidad.

Estado de necesidad.

Existen diversas definiciones de este tema; así, Von Liszt, ha manifestado: el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo este concepto, uno de los más sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos.

Podemos señalar que: “Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien, igualmente amparado por la ley.”¹⁵⁹

La teoría del conflicto de intereses, contempla el aspecto objetivo del estado de necesidad, teniendo como fundamento jurídico, ante un conflicto de intereses desiguales, el sacrificio del de menor valor.

¹⁵⁹ Porte Petit Candaudap, Celestino, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Citado por López Betancourt Eduardo, Ob. Cit. Pág. 164.

Para otros juristas, el Estado no puede exigirnos el sacrificio de nuestros derechos, limitando la aplicación del estado de necesidad sólo a intereses cuya pérdida constituiría para nosotros un verdadero sacrificio. Pero esta teoría no es exacta, ya que la ley no considera solamente la defensa de nuestra persona y bienes, sin también la persona y bienes de otro, lo cual implica que la justificación del hecho ejecutado en estado de necesidad, debe realizarse desde el punto de vista objetivo.

La tesis unitaria, acepta dos vertientes: una considera al estado de necesidad como una causa de justificación o licitud, y la otra lo considera como una causa de inculpabilidad, estimándose que el estado de necesidad funciona en ambos sentidos.

Es importante señalar que el estado de necesidad se va a diferenciar de la legítima defensa, en que en el primero existe un conflicto entre intereses legítimos, mientras en la segunda, habrá uno legítimo y otro ilegítimo.

En la legítima defensa hay una repulsa a la agresión injusta que recibe el individuo, mientras en el estado de necesidad habrá una acción, o tal vez una agresión y ambos intereses son legítimos.

En el estado de necesidad se trata de evitar un peligro originado por terceros o por causas no imputables al hombre, en la legítima defensa, el peligro surge del agresor y no por fuerza de la naturaleza.

En la legítima defensa, se tiene que efectuar la conducta siempre en contra del agresor, en el estado de necesidad, la conducta puede recaer sobre bienes o animales.

En la legítima defensa, hay un ánimo de defensor, rechazar la agresión, mientras en el estado de necesidad, el ánimo es para conservar alguno de los intereses legítimos.

En la legítima defensa no existe reparación del daño, en cambio en el estado de necesidad, lo habrá cuando los bienes en conflicto son de igual valor, es decir, cuando se trata de una causa de inculpabilidad.

La legítima defensa está invocada siempre como causa de licitud, en cambio en el estado de necesidad, puede ser por causa de ésta o de inculpabilidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación establece que “el estado de necesidad es una causa de justificación que por su naturaleza, choca con la legítima defensa, ya que en el estado de necesidad no existe defensa de una agresión, sino violencia contra un bien jurídico tutelado para salvaguardar otro bien jurídico, igualmente protegido por el derecho, de una situación de peligro no provocada dolosa o culposamente por el agente” (Semanao Judicial de la Federación, XLI, Sexta Apoca, Segunda Parte, p. 31).

Dentro de los requisitos positivos del estado de necesidad, tenemos que debe existir un peligro, considerándolo como una probabilidad de daño que puede proceder de un tercero, de la naturaleza o de los animales; pudiéndose dar la hipótesis de que este peligro amenace a un bien o más, se encuentren o no en conflicto, y para salvarlos se requiere del sacrificio de uno de ellos.

Este peligro debe ser real, debe tener una verdadera existencia, ya que si no es así, el sujeto no podrá ampararse con esta causa de justificación.

También debe de ser grave, teniéndose en cuenta la personalidad del sujeto y las circunstancias del caso en concreto.

Asimismo debe ser inminente, estimando como tal al que amenaza, al que está por suceder o lo que es inmediato.

En relación a los aspectos negativos, se considera el estado de necesidad como causa de justificación, siempre que no exista otro medio aplicable y menos perjudicial.

Habrá necesidad, cuando no exista otro modo de evitar el peligro, más que sacrificar alguno de los intereses legítimos que se encuentran en el mismo.

Otro aspecto negativo es el que considera al sujeto que por su empleo o cargo tenga el deber legal de sufrir el peligro, ya que éste no podrá ejercer el estado de necesidad.

Es significativo indicar que antes de las reformas realizadas el día 10 de enero de 1994, al Código Penal, se consideraba como causa de justificación, la obediencia jerárquica, conceptuada como tal, cuando una persona obedecía a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituyese un delito, si esta circunstancia no era notoria ni se probaba que el acusado la conocía.

Esta causa de justificación, se estimó posible entre los funcionarios públicos, o en el ejército. Pero no se consideran: al temor reverencial existente en el seno de una familia, a la simple relación de trabajo obrero patronal, o a la jerárquica política, como causas de obediencia jerárquica.

En las jerarquías oficial y del ejército, el subordinado no puede discutir las órdenes que se impongan y su desobediencia tendrá consecuencias legales que han sido creadas para garantizar esa disciplina, y la eficacia de las funciones públicas, pudiéndose dar el supuesto de que el superior mande la comisión de un delito, ante lo cual el subordinado no está obligado a cumplirlo, ya que entre la ley que ordena un acto y el mandato de su superior, debe imperar la ley, ya que el superior no está facultado para ordenar la comisión de delitos.

En el supuesto anterior, realmente ocurre que la acción mandada es disfrazada, por lo que el sujeto subordinado no se percata del ilícito que se le ha encomendado; en atención a esto, el Derecho pone como limite el conocimiento del ilícito por parte del subordinado, para su penalización.

Asimismo, tiene que ser patente el delito, porque de lo contrario el subordinado que dejare de cumplir las órdenes superiores sin que esté presente en la orden la comisión de un delito, estará sujeto a las sanciones correspondientes.

Para algunos juristas, no es causa de justificación, sino de Inimputabilidad, ya que al exigir notoriedad en el carácter delictuoso, quiere decir que el agente subordinado no tiene conciencia de que el acto ejecutado es ilícito, de esta forma, el inferior incurre en el error de creer que está obligado a la obediencia.

El cumplimiento de la obligación.

La fracción VI del artículo 15 del Código Penal Federal, establece como causa de justificación, que la “acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro”.

De este supuesto, sí la acción o la omisión está permitida y mandada por la ley, entonces el daño ocasionado no será ilegítimo. Existen determinadas personas, como los funcionarios, a los que se les dota de un derecho para realizar actos concretos ordenados por las leyes o reglamentos de sus funciones. Asimismo, hay ocasiones en las que la ley puede obligar a personas que no son funcionarios ni agentes o a quienes no les alcanza obligación alguna de servicio, a realizar determinados actos, para poder intervenir en la esfera de poder de otro o lesionar un interés ajeno con el fin de salvaguardar el orden jurídico.

La intromisión o quebranto, se encuentran justificados por el deber impuesto a un particular o a un profesional. Este tipo de acciones son muy variadas, siendo las más sobresalientes las siguientes:

1.- Deberes impuestos a un individuo en instantes de necesidad o urgencia; éste se dará ante la comisión de un delito.

Estos servicios pueden consistir en ayudar al rescate de las personas que se encuentran en el siniestro o ayudar a rescatar los bienes jurídicos tutelados, que no sólo pueden constituir las formas de estado de necesidad, sino de actos ejecutados en cumplimiento de un deber.

2.- El deber de denuncia o revelación impuesto a ciertos profesionales.

3.- El caso de deberes de una profesión, entre los que descuella el de guardar secreto. Entre estos deberes está el de guardar un secreto, siendo excluyente de responsabilidad el secreto profesional legalmente autorizado.

4.- El de los deberes del testigo; en su realización como tal, puede llevar a testificar sobre acciones o conductas ajenas que lesionan la reputación de aquéllos, sobre cuyos negocios, interés o actos depone en juicio.

Por último, podemos precisar dentro de las funciones de los servidores públicos a quienes la ley les otorga el arbitrio o la autonomía para resolver, en algunos casos pueden agraviar injustamente los recursos legales, y en último término se podrá recurrir al amparo para evitarse el daño injusto.

Asimismo, la ley concede este arbitrio o autonomía a los funcionarios, suponiendo honestidad y rectitud en sus actos. Por lo que el artículo 225, fracción VI del Código Penal Federal, establece que para la realización de un delito por funcionarios judiciales, se requiere no solamente que sus resoluciones y sentencias sean injustas, por estar en contradicción con la ley o con las constancias de autos, sino que también el funcionario haya obrado por motivos inmorales y no por simple error de opinión, ya que “a sabiendas” de ser ilícitas, las dicta.

c) Las Excusas Absolutorias.

La Punibilidad y causas que la excluyen.

La punibilidad es un elemento secundario del delito, que consiste en el merecimiento de una pena, en función o por razón de la comisión de un delito; dichas penas se encuentran establecidas en nuestro Código Penal.

Cuello Calón considera que la punibilidad no es más que un elemento de la tipicidad, pues el hecho de estar la acción conminada con una pena, constituye un elemento del tipo delictivo.

Pavón Vasconcelos afirma que la punibilidad es “la amenaza de pena, que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”.

En la doctrina aún se discute sí la punibilidad posee o no el rango de elemento esencial del delito, y al respecto Porte Petit nos dice: “Para nosotros que hemos tratado de hacer

dogmática sobre la ley mexicana, procurando sistematizar los elementos legales extraídos del ordenamiento positivo, indudablemente la penalidad es un carácter del delito y no una simple consecuencia del mismo. El artículo 7º del Código Penal Federal, nos define el delito como el acto u omisión sancionado por las leyes penales, exige explícitamente la pena legal y no vale decir que sólo alude a la garantía penal *nulla poena sine lege*, pues tal afirmación es innecesaria, ya que otra norma del ordenamiento jurídico, el artículo 14 constitucional, alude sin duda de ninguna especie a la garantía penal. Tampoco vale negar a la penalidad el rango de carácter del delito con base en la pretendida naturaleza de las excusas absolutorias. Se dice que la conducta ejecutada por el beneficiario de una excusa de esa clase, es típica, antijurídica y culpable y, por lo tanto, constitutiva de delito y no es penada por consideraciones especiales.

Las excusas absolutorias son aquellas específicas y excepcionales causas por las cuales el legislador deja impune una conducta típica, antijurídica y culpable.

En el caso de las excusas absolutorias opera el criterio de utilidad mencionado en el punto anterior, pues dichas causas revelan que el legislador prefirió aplicar medidas de política criminal, a pesar de que el principio de justicia reclamara la imposición de una pena.

Pavón Vasconcelos, después de analizar con cuidado varios supuestos de “excusas absolutorias” en la legislación penal federal, descarta la mayoría de ellas (encubrimiento entre parientes, o ligados por el afecto o amistad; favorecimiento a la evasión por parientes; el aborto en el caso de embarazo con motivo de una violación).

Agrupar las excusas absolutorias de la siguiente manera:

“1.- En razón del arrepentimiento y de la mínima peligrosidad del agente.

2.- En razón exclusiva de la mínima o nula peligrosidad exhibida por el autor.

3.- En razón de la conservación de las relaciones familiares”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Pavón Vasconcelos, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, citado por Orellana Wiarco Octavio Alberto, Ob. Cit. Pág 79.

Sin embargo: “cualquiera que sea la naturaleza de la excusa absolutoria, obviamente, respecto a nuestra legislación, imposibilita la aplicación de una pena, de suerte que la conducta por el beneficiario de ella, en cuanto no es punible, no encaja en la definición del delito contenida en el artículo 7º del Código Penal.”¹⁶¹

Podemos citar opiniones como la de Carrancá y Trujillo, quien al referirse a las excusas absolutorias afirma que tales causas dejan subsistir el carácter delictivo del acto y excluyen sólo la pena. De esto se infiere que para él la punibilidad no es un elemento esencial del delito.

Por su parte, Ignacio Villalobos, tampoco considera a la punibilidad como elemento del delito, ya que el concepto de éste no concuerda con el de la norma jurídica.

“Una acción o una abstención humana son penadas cuando se les califica de delictuosas, pero no adquieren este carácter por que se les sancione penalmente. Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse culpablemente. Mas no se pueden tildar como delitos por ser punibles”.

Al aspecto negativo de la punibilidad se le llaman excusas absolutorias.

Varios penalistas exponen con relación a éstas.

Jiménez de Asúa dice que son excusas absolutorias las causas que hacen que a un acto típico, antijurídico, imputable a un autor y culpable, no se asocie pena alguna por razones de utilidad pública.

Las excusas absolutorias son aquellas circunstancias específicamente establecidas por la ley, y por las cuales no se sanciona al agente.

Carrancá y Trujillo divide a las excusas absolutorias, desde el punto de vista subjetivo o escasa temibilidad que el sujeto revela y dice que son:

¹⁶¹ Porte Petit, Candaudap, Celestino, Importancia de la Dogmática Jurídico-Penal. Citado por López Betancourt, Eduardo. Ob. cit. Pág. 264.

a) Excusas en razón de los medios afectivos revelados;

Las excusas en razón de los móviles afectivos revelados, son aceptadas, ya que la acción que el sujeto desarrolla “acredita en él nula temibilidad, pues el móvil que lo guía a delinquir es respetable y noble”. Algunos casos de estas excusas son: el encubrimiento de personas, que sean parientes ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, el cónyuge y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo grado y los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad. Otro caso es la evasión de presos, cuando sean parientes.

b) Excusas en razón de la copropiedad familiar;

Se han querido fundamentar en motivos de intimidad o en una supuesta copropiedad familiar. Actualmente ya no existen este tipo de excusas absolutorias en nuestro Código Penal.

c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;

Tienen su sustento en el hecho de que quienes ejercen la patria potestad pueden corregir y castigar a sus hijos de una manera mesurada y que a ellos les incumbe la educación conveniente de los hijos. Los artículos en el Código Penal que establecían esta excusa absolutoria han sido derogados; razón por la cual ya no existen.

d) Excusas en razón de la maternidad consciente;

Las excusas en razón de la maternidad consciente, se refieren a que no es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

e) Excusas en razón del interés social preponderante, y

Se refieren a que debido al interés social vinculado al derecho profesional o al ejercicio de una función pública, es punible el no procurar impedir por todos los medios lícitos que estén

al alcance del sujeto, la consumación de los delitos que sepa va a acometerse o que se estén cometiendo.

f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada”.

Esta la refiere al robo específicamente, si no se ejecuto con violencia y se realizaron ciertas condiciones.

3.2 EL DELITO DE TORTURA.

3.2.1. El tipo Penal.

a) Concepto.

Para la Asamblea General de la ONU del día 9 de diciembre de 1975, se aprobó la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cual establece que para los fines de la Declaración, el término tortura: “designa todo acto por el cual el dolor o sufrimientos agudos, físicos o mentales, son infligidos deliberadamente a una persona por agentes de la función pública o a su instigación, con el fin, principalmente, de obtener de ella o de un tercero, información o confesiones, de castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche que haya cometido, o de intimidarla o de intimidar a otras personas. El término así definido no se extiende al dolor o a los sufrimientos resultantes únicamente de sanciones legítimas inherentes a dichas sanciones u ocasionados por éstas, en la medida en que sean compatibles con el Conjunto de Reglas Mínimas para el trato de detenidos.”

En la concepción de esta Declaración, la tortura constituye una forma agravante y deliberada de la pena o de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Es, sin duda, la más condenable manifestación del desprecio a la dignidad humana por parte de la autoridad política.

La “Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, del 10 de diciembre de 1984, aprobada en la Resolución 39/46 de la Asamblea General de la ONU, establece lo siguiente: Señala en su artículo 1º.- “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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 se

sospeche que ha cometido,¹⁶² o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, que sean inherentes o incidentales a éstas.”

2.- El presente artículo “se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.¹⁶³

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Aprobada por la Primera Comisión en la cuarta sesión, celebrada el 6 de diciembre de 1985, señala: Artículo 2º.- Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura: “todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. 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.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.”

¹⁶² En las versiones originales francesa e inglesa: “por un acto que ella o una tercera persona haya cometido o se sospeche que ha cometido” De la Cuesta Arzamendi, José L., Ob. cit. pág. 23.

¹⁶³ Por su parte el artículo 2 de la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura define: “(I)... por tortura, todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena, o con cualquier otro fin. 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. (II). No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.” por Félix Reinaldo Víctor, El delito de Tortura. Citado por Ídem.

Posteriormente, es creada, la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 15 de abril de 1986, publicada en el Diario Oficial del 27 de mayo de ese año. Este ordenamiento adopta el nombre de la Convención Interamericana, también acoge algunos lineamientos de ésta, y señala lo siguiente: Establece en su primer párrafo del artículo 1º que: “Comete el delito de tortura, cualquier servidor público de la Federación o del Distrito Federal que, por sí, o valiéndose de tercero y en el ejercicio de sus funciones, inflija intencionalmente a una persona, dolores o sufrimientos graves o la coacción física o moralmente, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de inducirla a un comportamiento determinado o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido”. Establece penalidades de dos a diez años de prisión y de doscientos a quinientos días multa.

La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1991, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 27 de diciembre de 1991, es la nueva y vigente “Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura”, establece el mismo tipo penal que su antecesora (la de 1986), y señala una penalidad de 3 a 12 años de prisión.

Posteriormente, se reforma el párrafo primero de su artículo 3º y se señala: “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, O COACCIONARLA PARA QUE REALICE O DEJE DE REALIZAR UNA CONDUCTA DETERMINADA”, tuvo dicho agregado mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación del 2 de Julio de 1992.

Originalmente el artículo 3º de la citada Ley establecía: “Comete el Delito de Tortura el servidor Público que, con motivo de sus atribuciones inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido.

No se consideran como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”.

La Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura vigente para el Estado de México, señala dentro de su artículo segundo el concepto de tortura, al establecer: “Comete el delito de tortura el servidor público que con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos:

Le inflija al inculpado, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Es igualmente responsable el servidor público que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización, así como quienes participen en la comisión del delito.

No se considerarán como tortura las penalidades que sean consecuencia de sanciones legales o derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

El artículo 294 del Código Penal para el Distrito Federal vigente, no define expresamente que es tortura, únicamente señala lo siguiente:

Artículo 294.- Se impondrán de tres a doce años de prisión y de doscientos a quinientos días multa, al servidor público del Distrito Federal que, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, inflija a una persona dolores o sufrimientos físicos o psicológicos, con el fin de:

- I.- Obtener de ella o de un tercero información o una confesión;
- II.- Castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o
- III.- Coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Las mismas sanciones se impondrán al servidor público que, en el ejercicio de sus atribuciones o con motivo de ellas, instigue o autorice a otro a cometer tortura, o no impida a otro su comisión, así como al particular que, instigado o autorizado por un servidor público, cometa tortura.

Artículo 295.- Se entenderá también como tortura y se sancionará con las penas previstas en el artículo anterior, la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima a disminuir su capacidad física o mental, aunque no cause dolor físico o angustia psicológica.

b) Cuerpo del Delito (Elementos del tipo).

“Deber jurídico penal”.¹⁶⁴ Tomando a manera de ejemplo la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

El Deber jurídico penal está implícito en la expresión:

“..... El servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.”

Así pues, el deber jurídico penal consiste en la prohibición – dirigida a cualquier servidor público, lo que se deriva del artículo 3° de la ley – de, con motivo de sus atribuciones, infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Esa prohibición, en conjunto, contiene los siguientes subconjuntos de prohibiciones, dirigidas, en todo caso, a cualquier servidor público:

- a) La prohibición de infligir, con motivo de sus atribuciones, a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella información;
- b) La prohibición de infligir, con motivo de sus atribuciones, a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella una confesión;

¹⁶⁴ Deber jurídico penal es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en el tipo penal. De la Barreda Solórzano Luís, Ob. Cit. Pág. 145.

- c) La prohibición de infligir, con motivo de sus atribuciones, a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener de un tercero información;
- d) La prohibición de infligir, con motivo de sus atribuciones, a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener de un tercero una confesión;
- e) La prohibición de infligir, con motivo de sus atribuciones, a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido;
- f) La prohibición de infligir, con motivo de sus atribuciones, a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

El Doctor Sergio García Ramírez, nos comenta lo siguiente, en relación a los elementos:¹⁶⁵ “La Ley de 1991 contiene novedades con respecto a la de 1986, en cuanto a la formulación típica de la tortura. En este punto hay que tomar en cuenta, además, la reforma de 1992 al artículo 3 de la ley.

El tipo se localiza en el artículo 3 de la Ley Federal contra la Tortura, que para este propósito debe correlacionarse con el artículo 5 de la misma Ley. La figura se construye, como es tradicional, con la asociación entre la conducta que inflige sufrimientos a un individuo, el propósito perseguido con este comportamiento – que amplió la reforma de 1992 – y la calidad del agente, depositario de autoridad pública. Estos datos aparecen, con diversa redacción, en los instrumentos internacionales y en el antecedente nacional representado por la ley de 1986”.

La Organización de las Naciones Unidas entiende, bajo el concepto de tortura, “todo acto por el cual se inflija intencionalmente 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 se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o 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, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. (Artículo 1.1).

¹⁶⁵ García Ramírez Sergio, Ob. cit. Pág. 350.

La Convención Interamericana deslinda la descripción de la tortura en dos preceptos. El artículo 3 indica quienes son responsables de tortura, responsabilidad que ya no se vincula, como en la Convención antes citada (ONU), a la calidad de funcionario público o al desempeño de funciones públicas. En efecto, son responsables: “a) Los empleados o funcionarios públicos que actuando en ese carácter ordenen, instiguen, induzcan a su comisión, lo cometan directamente o que, pudiendo impedirlo, no lo hagan”. Lo son, asimismo: “b) Las personas que a instigación de los funcionarios o empleados públicos a que se refiere el inciso a), ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

El primer párrafo del artículo 2 de la Convención Interamericana describe la conducta constitutiva de tortura, en la fórmula más comprensiva entre todas las consideraciones: “acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena “o con cualquier otro fin”.

Añade el precepto un supuesto interesante: “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”. Es relevante esta hipótesis, que sale al paso del “lavado de cerebro” y otros métodos tiránicos para la represión y sumisión de adversarios políticos; igualmente, se opone a cualesquiera procedimientos que con el fin aparente de “readaptación social” impliquen, de hecho, una tentativa por cancelar la personalidad del infractor. No es esto, ciertamente, lo que pretende el penitenciarismo humanista y científico cuando alza la bandera de la readaptación.

Los elementos apuntados en el párrafo general se hallan incluidos en el artículo 3 de la Ley Federal contra la Tortura. En efecto: a) se considera la conducta de un servidor público – y eventualmente un tercero, bajo el tipo del artículo 5-, que actué “con motivo de sus atribuciones” o (artículo 5) “con motivo del ejercicio de su cargo”; b) que “inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos”; c) cuando por medio de esos dolores o sufrimientos pretende “obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada”: finalidades inquisitiva, intimidatorio o punitiva, es una relación menos nutrida que la prevista en varios de los antecedentes citados.

“Bien jurídico”.¹⁶⁶

Para ser Bien Jurídico será preciso que los intereses que lo encarnen tengan la común valoración positiva y esencial, es decir, que sean intereses generalmente apreciados por la mayoría de la población que siente la necesidad de que se les proteja; de lo contrario no será propiamente Bien Jurídico. Es decir: “Para Quintero está la determinación de lo que es o no Bien Jurídico-penal en el sentimiento de la mayoría de la población, de tal manera que si la ley penal tutela valores o intereses no sentidos por la mayoría de los ciudadanos, y que sólo afectan o preocupan a un grupo, entonces esa ley no será derecho, pues la potestad punitiva – dice con toda razón – no está al servicio de la comunidad sino del grupo que la domina”.¹⁶⁷

No es tarea sencilla la de presenciar el bien jurídico o los bienes jurídicos que tutela el tipo legal del delito de tortura contenidos en la ley.

Conviene empezar eliminando la hipótesis que la lectura del texto legal puede sugerir falazmente y, una vez eliminada, iniciar la búsqueda de las que resultan de un correcto análisis.

No es la integridad física del sujeto pasivo el bien que se tutela, pues este bien encuentra protección en las figuras de lesiones que se tipifican y sancionan en los artículos 288 a 301 del Código Penal Federal. Cualquier daño a la integridad física queda comprendido en esos textos legales, sea inferido por un servidor público o por un particular. Además, infligir dolores o sufrimientos graves no necesariamente ocasiona un perjuicio a la integridad física. Los dolores o sufrimientos graves pueden ocasionarse sin actuar sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como ocurre cuando son de índole psíquica. Incluso cuando se actúa sobre el cuerpo, no en todos los casos se afecta la integridad física. En síntesis: es posible infligir dolores o sufrimientos graves a una persona sin afectar, en lo mínimo, su integridad física. Tampoco la salud personal es el bien jurídico que se protege en el tipo legal. La salud personal está protegida, como la integridad física, por las figuras de lesiones contenidas en los artículos 288 a 301 del Código Penal Federal y

¹⁶⁶ Bien jurídico es el concreto interés social, individual o colectivo, protegido en el tipo legal. De la Barreda Solórzano Luís, Ob. Cit. Pág. 147.

¹⁶⁷ Vid Quintero Olivares, citada por Gonzalez-Salas Campos Raúl. “La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal”. Editorial Peresnieta Editores, México, 1995. Pág. 67.

también está protegida, por las figuras que tipifican y sancionan los delitos contra la salud relacionados con estupefacientes y psicotrópicos.

La salud e integridad física no son términos sinónimos. Si se daña la integridad física necesariamente se afecta la salud; pero no a la inversa. Puede dañarse la salud en el ámbito psíquico sin que se afecte la integridad física. Los tipos legales de lesiones y los relacionados con estupefacientes y psicotrópicos no sólo protegen la salud corporal; también tutelan la salud psíquica. Ahora bien, cuando, en el caso de la tortura, se infligen dolores y sufrimientos graves a una persona, no necesariamente se afecta su salud corporal ni su salud psíquica.

Asimismo, debe desecharse la hipótesis de que la tranquilidad es el bien jurídico tutelado. Este bien halla abrigo en la figura de las amenazas, artículo 282 del Código Penal Federal y 209 del Código Penal para el Distrito Federal vigente. Por otra parte, no inexorablemente se lesiona la tranquilidad psíquica de una persona cuando se le infligen dolores o sufrimientos graves. Quien hace sufrir intensamente a otro para obtener información o una confesión busca, evidentemente, provocar en el pasivo la zozobra para sí lograr su fin; pero consígalo o no – es decir, con independencia de que se afecte o no su tranquilidad psíquica -, le está provocando un dolor o sufrimiento grave; en otras palabras, está realizando la conducta típica.

¿Qué intereses sociales se busca proteger en el tipo legal que se estudia?

a) Lo primero que debe resaltarse es que el deber jurídico penal está dirigido, en exclusiva, a servidores públicos. El particular que realice las conductas típicas señaladas en el artículo 3º de la Ley no comete el delito de tortura. Incurrirá quizá en lesiones, en amenazas, en privación ilegal de la libertad, etcétera, pero de ningún modo en el delito de tortura, por la calidad específica que se exige para el sujeto activo.

Las normas contenidas en la ley buscan evitar ciertas conductas de servidores públicos, es decir: “determinadas conductas en los detentadores del poder. Los delitos allí tipificados son delitos de abuso de poder”.¹⁶⁸ Éstos se realizan siempre desde posiciones de poder político. El

¹⁶⁸ Como forma especial de macro criminalidad nos encontramos con el abuso del poder, que aporta la cifra dorada de la criminalidad, dice Luis Rodríguez Manzanera en Criminología. Editorial Porrúa. citado por De la Barreda Solórzano Luís, Ob. Cit. Pág. 148.

poder económico, por ejemplo engendra delitos de abuso de poder. En el caso que nos ocupa, sin embargo, dada la calidad específica requerida en el sujeto activo, estamos ante un supuesto de abuso de poder político.

Manuel López-Rey llama la atención sobre el fenómeno: “el aumento del terrorismo, de la tortura, del tratamiento cruel, inhumano y degradante, de los “desaparecidos”, de la criminalidad económica, de los crímenes contra la paz, de la violación delictiva de los derechos humanos.... Ha puesto en primer plano criminológico, penal y político-criminal, la cuestión de la correlación entre criminalidad y abuso de poder.”

La relación entre poder y criminalidad ha merecido atención acusadamente a partir de 1975, año en que la Organización de las Naciones Unidas adoptó la Declaración contra la tortura y el tratamiento cruel, inhumano y degradante, atendiendo la recomendación del V Congreso sobre la prevención del crimen y tratamiento del delincuente, celebrado en Ginebra ese mismo año.

Los antecedentes más relevantes de ese creciente interés están en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Convenio contra el genocidio, adoptados ambos en 1948, como respuesta – al menos en buena parte – a las atrocidades nazis.

El término poder ha de entenderse en su acepción sociopolítica. La definición de López-Rey es interesante: sociopolíticamente, poder es: “...la facultad de imponer la propia voluntad sobre personas, grupos, instituciones y organizaciones, en ocasiones a nivel internacional, a fin de que éstos hagan o se abstengan de algo o acepten directa o indirectamente lo que en un principio se hallaban dispuestos a rechazar. Por lo común, el poder sociopolítico dispone de los medios para imponerse.”

Visto así, el poder puede ser político, ideológico, económico, científico o de cualquier otra condición.

Todo poder así entendido implica la disponibilidad de mecanismos, aparatos o estructuras capaces de actuación pronta y directa, como son: el gobierno, la administración, las fuerzas armadas, el Ministerio Público – o su equivalente -, el Poder Judicial, las policías, diversas instituciones públicas y privadas, las legislaturas, etcétera.

El poder implica autoridad. Quien lo detenta puede dar órdenes y ser obedecido.

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.

Imposible ignorar que el poder político aparece mezclado con otros poderes, o aun determinado o condicionado por ellos, señaladamente por el poder económico; pero finalmente, referido a un servidor público, es siempre poder político.

El poder político debe ejercerse dentro de los límites de la legalidad. Si se ejerce al margen de esos límites, aparece el abuso de poder.

“Para que el poder político se ejerza con apego a la legalidad, los actos de los servidores públicos han de ajustarse a las normas jurídicas que los rigen, ante todo a las normas constitucionales”.¹⁶⁹

La Constitución consagra – en el conjunto de artículos relativos a la materia – un sistema integral de justicia penal. La fundamentación jurídico-política de todo el sistema se encuentra en el artículo 39: ¹⁷⁰ “La soberanía nacional reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste.”

La invocada disposición constitucional implica que: “en nuestro sistema, la actuación de los servidores públicos no sólo ha de ser legal sino legítima. La legitimidad radica en que los actos de los servidores públicos se realicen en beneficio del pueblo”.¹⁷¹

¹⁶⁹ Las normas constitucionales son las de más alta jerarquía. El artículo 133 constitucional dice: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.” Citado por *Ibidem* Pág. 150.

¹⁷⁰ Véase Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. El sistema procesal penal en la Constitución, citado por *Ibidem* Pág. 151.

¹⁷¹ Manuel López-Rey explica concisa y acertadamente: “Legal es lo conforme a la ley.... legítimo es lo establecido conforme a un proceso auténticamente democrático”. Criminalidad y abuso de poder. Citado por *Ídem*.

En nuestra Constitución la legitimidad está consagrada legalmente en el artículo 39. Las diversas disposiciones normativas del sistema de legalidad que contraríen esa norma constitucional, además de anticonstitucionales – característica obvia – serán ilegítimas. “El artículo 39 constitucional, así pues, es la vía para resolver la tensión dialéctica que se da entre los extremos del poder: factualidad e idealidad”.¹⁷² No podrá haber marco teórico ajeno al artículo 39 constitucional del cual derivar indicadores sobre la legitimación del poder político. Esta proposición es aplicable a las diferentes manifestaciones de este poder político, así las que se aparecen a nivel microfísica en los mecanismos que descubre Foucault, como en las que se presentan en el sistema social que explica Habermas.

¿Podría pensarse que se torturara en algún caso en beneficio del pueblo? En ningún caso.

A partir de la obtención de su independencia, el pueblo mexicano se ha dado diversos ordenamientos jurídicos en los que se prohíbe la tortura sin establecer excepciones. Las garantías individuales consagradas en la Ley suprema recogen los anhelos políticos del pueblo. La tortura contraría esos anhelos.

La vulgar afirmación de que en el procedimiento penal se enfrentan un interés colectivo – representado por el órgano de la acusación – y un interés individual – el del presunto sujeto activo del delito –, es falsa. Se enfrentan allí dos intereses particulares: el del presunto sujeto pasivo del delito y el del presunto sujeto activo. ¿De qué lado se coloca el interés social?

A la sociedad no le interesa que a fortiori se condene al acusado. Lo que le interesa es que se haga justicia. Y sólo se hace justicia cuando se condena al culpable (a una pena justa, por supuesto) o cuando se absuelve al inocente. Así pues, a la sociedad le interesa que se siga un procedimiento que, hasta donde sea posible, garantice que ello ocurra. Ese procedimiento no es otro que el acusatorio. En el sistema acusatorio no tiene cabida la tortura.

Luego, todo acto de tortura constituye, por su ilegitimidad y su ilegalidad, un abuso de poder.

¹⁷² “En los extremos del poder, factualidad e idealidad, que es donde se da la tensión dialéctica, corresponde a ésta conferirle su sentido y producir su legitimación por la vía del discurso ético-racional”, escribe Raúl Hernández Vega, Problemas de legalidad y legitimación en el Poder. citado por Ídem.

De lo anteriormente expuesto, se extrae que uno de los bienes jurídicos tutelados en las normas penales que se analizan, es la legitimidad y legalidad del ejercicio del poder político.

b) Descubierta el bien jurídico anterior, es preciso observar que son numerosos los abusos de poder político que, al lado de la tortura, constituyen delitos. Por tanto, es necesario preguntarse: además del interés social – presente en todas las figuras delictivas de abuso de poder político – de que el poder político se ejerza con legitimidad y dentro del marco de la legalidad, ¿Qué intereses sociales, más específicos, se protegen con las normas penales que tipifican y sancionan la tortura?

Salta a la vista que esos intereses sociales son, sin duda, de muy alto valor y corresponden a una convicción cultural fuerte, profundamente arraigada. No de otra manera podría explicarse que la tortura se considere en todos lados, desde hace dos siglos, inaceptable. Se le condena en todo mundo. A diferencia de la pena de muerte, nadie asume su defensa pública. Se le considera un delito grave. De allí la alta punibilidad con la que se le conmina.

Como sostiene Amnistía Internacional, desde el punto de vista del individuo: “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 común condición humana que el hecho premeditado de causar dolores y humillaciones injustificadas e injustificables, a un cautivo indefenso”.¹⁷³

Olyffe visualiza al suplicio como un arte de retener la vida en el dolor, subdividiéndola en “mil muertes” y obteniendo “la más exquisita agonía”. Ello a pesar de que, como escribe Foucault, aun en el peor de los asesinos, una cosa es de respetársele: su humanidad. Así lo han reconocido los gobiernos del mundo.

Ningún gobierno admite la tortura ni en la Constitución ni en la legislación secundaria. Incluso en conflictos armados – nacionales e internacionales – está sancionada con carácter de delito: así lo establecen los convenios de Ginebra, ratificados por más de 150 gobiernos. Tratados varios y declaraciones múltiples de la Organización de las Naciones Unidas, así como instrumentos

¹⁷³ Tortura, Informe de Amnistía Internacional, citado por Ibidem. Pág. 153.

jurídicos diversos sobre derechos humanos de organizaciones intergubernamentales, prohíben la tortura. Ya se apuntó que toda la legislación mexicana, desde el siglo XIX, la proscribió.

Difícilmente puede encontrarse una práctica susceptible de ser realizada por los detentadores del poder político tan universal y categóricamente rechazada, tan unánimemente condenada, tan injustificable. Ese rechazo tiene que ver con nuestro concepto de dignidad.

El conjunto de condiciones que hacen que la vida merezca ser vivida, que se le considere un bien, es irrealizable sin la observancia de la dignidad del hombre.

La dignidad del hombre es una de esas ideas conceptualmente difíciles de aprender, pero intuitivas para todos.

La dignidad del hombre implica el respeto absoluto, riguroso, a una serie de factores que configuran su condición humana.

El párrafo anterior no constituye una tautología. No en todos los tiempos se ha reconocido esa dignidad humana. No como ahora se reconoce. No siempre se admitió que todo ser humano, por la sola razón de serlo, tiene un conjunto de derechos que deben ser reconocidos y amparados por las leyes.

En la antigüedad clásica, el principio de que la condición humana por sí misma no confería derecho alguno fue aceptado, en general, por la práctica y la teoría en Grecia y Roma.

La idea de una condición humana que tiene valor intrínseco se ve impulsada por el cristianismo que proclama, por vez primera, la identidad sustancial de los hombres porque todos tienen un alma que salvar, y que afirma la existencia de una conciencia personal que no puede integrarse en la unidad totalitaria del Estado.

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 cosifica. “Porque con la coacción su libertad se comprime. Porque al ser torturado no tiene posibilidad alguna de defensa, de apelación, de rebeldía”.¹⁷⁴

Por todo ello, la tortura es incompatible con la dignidad humana; es ineludiblemente lesiva de esa dignidad.

De lo expuesto en las líneas anteriores, se colige que otro bien jurídico tutelado en las normas penales que se examinan es la dignidad humana.

Los dos bienes jurídicos ya precisados se presentan en todas las hipótesis de tortura, independientemente de la forma que ésta asuma. Es decir, con la tortura se lesionan invariablemente, por una parte, la seguridad de que el poder político se ejerza legítima y legalmente, y, por otra, la dignidad humana.

Ahora bien, al examinar las diversas formas que la tortura puede presentar – de acuerdo con el texto legal -, que dependen de la conformación del dolo del sujeto activo, se observa que, según la hipótesis de que se trate, entran en juego otros bienes jurídicos. Estos bienes dependen del objetivo que persiga la tortura. El artículo 3º de la Ley delimita las finalidades con las que, disyuntivamente, se puede infligir la tortura: obtener del torturado o de un tercero información o una confesión, inducir al torturado a un comportamiento determinado, castigar al torturado por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

El legislador ha considerado inaceptable que, por la vía de la tortura, se obtenga información, se logre una confesión, se consiga un comportamiento determinado o se castigue una conducta real o supuesta. Sin embargo, según se trate de una finalidad u otra – como se observará – varían los bienes jurídicos a los que otorgó tutela en los tipos legales.

c) ¿Qué intereses sociales se protegen al prohibirse la obtención de información o de una confesión por medio de la tortura?

¹⁷⁴ “Esta práctica – afirma Lore Aresti refiriéndose a la tortura – tiene que ver con el resquebrajamiento de los cuerpos, sentimientos y pensamientos de las personas”. Poder, tortura y saber. Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco. Citado pro Ibidem. Pág. 155.

¿A qué clase de información o de confesión se hace referencia?

El legislador no ha distinguido a que índole de información o confesión se alude. Así, cualquier información o confesión que se quiera obtener mediante el empleo de alguna de las conductas a que se refiere el texto legal, queda comprendida en la fórmula normativa.

A pesar de ello, si se atiende a las fuentes reales del proceso legislativo, se comprende que el legislador tuvo en mente la información o la confesión que sirve a los fines de la persecución de los delitos.

En efecto, las fuentes reales: “son las expresiones humanas que determinan el contenido de las normas jurídicas, o sea la realidad social. Esas, expresiones humanas son o bien aprobadas o bien reprobadas”.¹⁷⁵

La expresión humana reprobada “constituye el antecedente del proceso legislativo; estos es, constituye la razón que mueve al legislador a la creación de la norma jurídica”. Es por ello que “las normas penales (generales y abstractas) deben describir, precisamente y tan sólo, las diversas clases de acciones y omisiones antisociales que ya están ocurriendo en la sociedad, y deben describirlas tal como se llevan a cabo en la realidad social.

Ahora bien, ¿qué pasa en la realidad? Es decir, ¿en qué casos un servidor público se vale de la tortura para allegarse información o para obtener una confesión?

Ello sólo ocurre, en el mundo fáctico, cuando se buscan datos que se consideran útiles para la persecución de delitos, de la que forma parte la búsqueda de los posibles delincuentes y de las pruebas en su contra.

Ocurre, en efecto, que se tortura a personas para que rindan testimonio, para que aporten determinada prueba o para que proporcionen noticias que permitan alguna detención; o bien, para que un tercero haga eso mismo; o, finalmente, para que confiese el torturado o un tercero.

¹⁷⁵ Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. Lógica del tipo en el derecho penal. Citado por Ibidem. Pág. 157.

En este punto se impone una reflexión. La tortura que se hace sufrir a una persona puede, asimismo, constituir tortura para una segunda persona, por el sufrimiento que esta última experimenta al darse cuenta de que aquella está sufriendo, en los casos de que existan vínculos de afecto de cualquier índole. El dolor psíquico de la segunda persona puede ser más intenso, incluso, que el dolor físico – si uno y otros dolores son comparables – de la primera. Así, la causación de dolores o sufrimientos graves a ésta es, precisamente, el medio de coacción a la otra. Coaccionada la segunda persona de esta manera, puede proporcionar información o emitir una confesión. En esta hipótesis, no tiene sentido hablar de que se tortura a una persona para obtener de un tercero información o una confesión.

Sin embargo, cabe otra posibilidad. El tercero puede proporcionar la información o la confesión que se le requiere no por sentirse coaccionado ante la tortura de otro individuo, es decir, no porque esta tortura le produzca graves dolores psíquicos, sino para evitarla por motivos pietistas o humanistas: que un ser humano, aunque no sienta por éste afecto alguno, deje de sufrir. Éste es el supuesto contemplado por legislador al prever la finalidad de que un tercero distinto del torturado informe o confiese.

La persecución de los delitos tiene el objetivo, importantísimo, de que se sancione al responsable de un delito. Mas ese objetivo no justifica, en caso alguno, que la función persecutoria se realice utilizando procedimientos que nuestra civilización ha reprobado y reprueba, que nuestra cultura considera inadmisibles. De allí, pues, la prohibición penal.

Por tanto, la prohibición de la tortura para lograr información o una confesión tiene su correspondiente bien jurídico, en primer lugar, en la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas.

d) En segundo lugar, cuando se tortura para obtener información o una confesión se está comprimiendo la libertad de manifestarse. Es verdad que la tortura no siempre consigue la finalidad de obtener la información o la confesión deseada. Y ello es así porque a la tortura se opone una resistencia interna, que en ocasiones determina la negativa a manifestar lo que el torturador quiere, a pesar de los sufrimientos infligidos. Pero esa resistencia, aunque persista hasta el final de la tortura, no se da en condiciones normales de libertad, como ocurriría si no se empleara la tortura. En otras palabras, el albedrío no se ejerce óptimamente. Si se informa o se

confiesa en virtud de la tortura, esa manifestación no es libre. Si no se informa o no se confiesa, no es porque al torturador o al tercero se le haya respetado su libertad de manifestarse – en cuyo caso no se le hubiera sometido ni aun a la mínima presión, salvo a la consustancial a todo interrogatorio -, sino a pesar del ataque a esa libertad. Se trata, entonces, de una libertad comprimida.

Aquí se emplea el vocablo libertad en referencia a la autonomía privada de voluntad, por la cual se entiende el poder de autodeterminación de la persona. Se sabe – nadie afirma con seriedad lo contrario – que la posibilidad de conducir la propia conducta está condicionada – por lo menos condicionada – por factores sociales, psíquicos, biológicos, etcétera. Dentro de las fronteras que dibujan esos factores, empero, el derecho reconoce un ámbito de libertad. Es dentro de este ámbito, precisamente, en el que el individuo tiene un poder de autodeterminación. Esta esfera de libertad está conformada por la posibilidad de la persona para conducir su conducta.

Afirma Binge: “El libre albedrío consiste en la volición junto con la posibilidad de elegir libremente un objetivo, con o sin previsión del resultado posible”. Agrega que se actúa en ejercicio del libre albedrío si, y sólo si, la acción que se lleva a cabo es voluntaria y el que la realiza elige libremente su objetivo, esto es, “si no se encuentra bajo ninguna compulsión programada o externa que le fuerce a alcanzar el objetivo elegido”.

A la vista de las consideraciones anteriores, se desprende un bien jurídico más: la libertad de manifestarse.

Los dos bienes a que se ha hecho alusión en último término tienen que ver tanto con la tortura que se practica para obtener información como la que se usa para lograr una confesión.

En la prohibición de la tortura con esta última finalidad, hay, aún, otros bienes más.

El artículo 20 constitucional, en el apartado A, en su fracción II señala entre los derechos del inculcado: “No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio”.

¿Por que prohibió el constituyente que el acusado sea obligado a declarar en su contra?

La respuesta a la pregunta anterior puede parecer obvia; pero es importante formularla con precisión.

Únicamente una respuesta precisa permitirá identificar los bienes jurídicos que se tutelan al prohibirse que se obligue – por cualquier medio, incluida la tortura – a un inculpado a declarar en su contra, es decir, a realizar lo que en el artículo 3º de la Ley se denomina una confesión.

Un cuidadoso examen de la prohibición constitucional que se reproduce como deber jurídico penal en la ley, revela que no es un solo motivo el que la justifica.

Las razones de la prohibición son varias, y a cada una de ellas corresponde un bien jurídico.

e) El procedimiento penal tiene la finalidad de llegar a lo que la doctrina denomina verdad histórica acerca de los hechos que lo motivan. Entre otras, dos preguntas básicas deben resolverse en el procedimiento: ¿existió el delito?: de existir el delito, ¿es culpable el acusado?

No hace falta abundar en la relevancia de esas interrogantes y en la trascendencia de las respuestas. De éstas depende, en buena parte, que se haga justicia o se cometa una injusticia. es injusto que se absuelva a un culpable. Es asimismo injusto que se condene a un inocente. Esto último es también monstruoso.

Se trata, entonces, de que el procedimiento penal que se establezca resulte idóneo para arribar – en la medida de lo posible – a esa verdad.

Se puede señalar entonces: “Es el sistema acusatorio el que ofrece un procedimiento en el que se garantiza por igual los intereses de la sociedad y los del individuo; es este procedimiento el que ofrece mejores condiciones de conocer la verdad histórica”.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Véase De la Barreda, Luis. “Sistemas procedimentales en materia penal”, en *Criminalia*, citado por *Ibidem*. Pág. 163.

La constitución de 1917 consagra un procedimiento acusatorio a través de artículos que instauran principios estructurales organizados en un conjunto coherente.

En igualdad jurídica entre Ministerio Público y la Defensa, si se tortura al inculpado, se le tortura, sobre todo, para que confiese, es decir, para obtener una prueba a favor de la pretensión punitiva estatal en manos del Ministerio Público. Se le tortura, obviamente, en secreto y sin la presencia del defensor, con lo que también se derrumban, no menos estrepitosamente, los principios de publicidad y contradicción.

En suma, principios básicos del sistema acusatorio, relacionados íntimamente con el derecho a la defensa, se quebrantan con la tortura. El derecho mismo a la defensa se le conculca a quien se aplica tortura. Esta ocurre necesariamente, con el inculpado, incomunicado. Si éste pudiera, en esos instantes, romper la incomunicación, no sería ya posible la continuación del tormento. Así, la imposibilidad de comunicarse que se impone al detenido es condición necesaria para la tortura. Es la incomunicación el factor que impide al inculpado ejercer el derecho a nombrar defensor.

Mientras permanezca incomunicado, su derecho a la defensa queda, de facto, anulado. Se quiebra, así, el equilibrio procedimental inherente al sistema acusatorio.

Ese quebranto ¿se da en aras de la verdad? ¿Se trata de un conflicto de intereses en el que de un lado están los principios del sistema acusatorio y del otro el afán de llegar a la verdad histórica?

¿Es indefendible esa postura? Mucho más convincente parece la afirmación de que, lograda por el horror del suplicio, “la confesión, lejos de constituir un reconocimiento de la validez de la acusación, verifica simplemente la eficacia de una combinación – transmitida, puesta a punto y mejorada a lo largo de una dilatada experiencia práctica – de métodos de presión de orden tanto físicos como psicológicos.

¿Pero es que no es posible que la confesión compelida constituya la verdad? Sí, es posible. Más bastaría con que en un caso aislado fuera esa confesión un falso relato elaborado o aceptado con el único propósito de librarse del tormento, para que éste se considere como mecanismo

idóneo para obtener la verdad. Como lo escribió con genialidad Beccaria, la confesión coaccionada no es prueba de verdad sino de resistencia vencida.

Con la tortura, el inculpado pierde el carácter de sujeto del procedimiento y deviene objeto del mismo. No se trata de que exprese su versión o de que alegue lo que a sus intereses convenga, sino que diga lo que al acusador le sea favorable. No de que diga su verdad, sino la verdad que el acusador quiere escuchar.

Nada es tan contrario a las características de contradicción y publicidad – inherentes al sistema acusatorio – como la tortura.

Nada niega el derecho a la defensa como la tortura.

No sólo cuando se tortura al inculpado, sino cuando se le incomunica y en la incomunicación se le hace confesar y su confesión tiene valor probatorio, estamos en presencia de una neo-inquisición.

Por ende, con la prohibición de emplear tortura para obtener una confesión se tutelan el derecho del inculpado a la defensa y los principios del sistema procedimental acusatorio.

f) El texto legal indica como otro de los propósitos de la conducta delictiva el de castigar al sujeto pasivo “por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido”.

El fundamento supremo de esta disposición se encuentra en el artículo 22 constitucional que en su párrafo primero ordena: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales”.

En las hipótesis de tortura ya examinadas, el sujeto activo coacciona, tiene una finalidad utilitaria, busca, con la tortura que el torturado o un tercero haga algo: que informe, que confiese, que tenga un determinado comportamiento. En la hipótesis que ahora nos ocupa, la conducta típica no es de coacción: tiene un móvil retributivo, exclusivamente.

Castigar una conducta mediante el tormento fue lo habitual – y lo legal – hasta hace dos centurias. Con frecuencia la pena consistía en el suplicio seguido de la muerte.

La proscripción del tormento como castigo, es decir, como pena, constituye uno de los grandes avances de la civilización.

La pena de prisión, cierto, recae sobre el cuerpo del condenado; pero, tan sólo, indirecta y mediatamente. La pena de prisión puede – no necesariamente – afectar la psique del condenado, pero no es ésa su finalidad.

El suplicio, en cambio, va dirigido, directa e inmediatamente, contra el cuerpo o la psique del condenado. Es necesariamente, por su índole, una pena cruel, inhumana y degradante.

Al prohibirse la tortura como sanción en las legislaciones, las penas – al menos en el mundo normativo – se humanizan y se racionalizan.

Al atormentarse a un detenido que ha sido sentenciado o que ésta en espera de la sentencia, no sólo se está regresando, en el mundo de los hechos, a una etapa siniestra del ius poenale, sino que se está aplicando un castigo prohibido por la Constitución y las leyes secundarias.

Al infligirse tormento a un detenido – tanto si éste ha sido condenado y por ende se puede decir que se ha probado que cometió una conducta delictuosa, como si apenas es un procesado y consiguientemente sólo existen sospechas de que cometió una conducta de esa índole -, el castigo transgrede una disposición constitucional, exactamente la contenida en el artículo 22, constituye una ilegalidad, pues en ningún código penal está prevista como pena, y en este sentido es una violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; se ejecuta sin que lo haya impuesto al sujeto que lo sufre una autoridad judicial, la que, al no estar contemplada legislativamente, no puede imponerlo.

De todo lo anterior, se infiere que a la prohibición de que se tortura a una persona para castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido corresponde, como bien jurídico, específicamente, la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes.

g) Por último, el texto legal asigna a la tortura la finalidad de “coaccionarla (a la persona que la sufre) para que realice o deje de realizar una conducta determinada”.

Aún cuando el legislador no lo explicita, cabe pensar en los casos de presos – en prisión preventiva o cumpliendo una condena – que observan una conducta que las autoridades carcelarias consideran indeseable.

El artículo 18 de la Constitución señala como objetivo del sistema penal: “la readaptación social del delincuente”. Por lo que se puede establecer lo siguiente: “Aun cuando el sentido común sugiere que sólo cuando el delincuente deja la prisión podrá empezar a observarse si el objetivo constitucional cristalizó, las autoridades penitenciarias suelen considerar que es posible establecer pronósticos al respecto con base en el comportamiento en reclusión”.¹⁷⁷

Dado que la Constitución no sólo permite sino ordena que la ejecución de la pena sirva a los fines de la readaptación social, tal ejecución ha de tener como meta, en todo caso, la reincorporación del delincuente resocializado a la comunidad.

Cabe tener por reproducido aquí lo que se escribió al examinarse los bienes que se desprenden de las prohibiciones de torturar para obtener información o una confesión, en relación con la libertad. En esos supuestos, se trata de la libertad de manifestarse. En el que ahora se analiza, de la libertad de dirigir la propia vida.

Pues bien, si el tratamiento penitenciario – y en general cualquier intento de transformar el comportamiento de un individuo – debe abstenerse de lesionar el libre desarrollo de la personalidad del individuo a través de cualquier mecanismo, es claro que esa abstención debe darse sobre todo respecto a todo medio coactivo, principalmente a la tortura.

Por lo expuesto, a la prohibición de emplear tortura para inducir a un comportamiento determinado corresponde el bien jurídico del libre desarrollo de la personalidad.

¹⁷⁷ Esta postura es la que explica la anticonstitucional figura de la retención felizmente ya abolida en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal. citado por Ibidem. Pág. 169.

La incriminación de la tortura es ya universal, frecuente y abundantemente. De este modo se han invertido ciertos conceptos y las costumbres correspondientes, que estimaron natural y legítimo el empleo del tormento por parte del Estado – así en el desempeño de su función jurisdiccional para investigar los delitos, empleando la tortura sobre el cuerpo del inculcado – como en el ejercicio de su potestad punitiva así, involucrando el tormento en el concepto y la ejecución de las penas, según ocurrió con la exasperación del sufrimiento vinculado a la pena capital. Esto da testimonio de ciertas convicciones, características de una etapa de la historia. De ahí procede, por supuesto, la noción en torno a determinados bienes jurídicos y a la tutela de ellos.

Se puede afirmar como lo señala el maestro Sergio García Ramírez que: “En nuestro tiempo y pese a la persistencia de los hechos de tortura en numerosos países, sin excluir, desde luego, a los que se atribuyen el mayor desarrollo y la más viva profesión de fe en los derechos humanos, la revisión de convicciones ha conducido a la exaltación y tutela de bienes jurídicos que en aquella otra época fueron ignorados o se mantuvieron disminuidos. Esto tiene que ver, directamente, con los bienes que la sociedad y el Estado – la comunidad de las naciones, inclusive – han resuelto tutelar enérgicamente a través del reproche y el castigo de la tortura. Tales son la dignidad e integridad del ser humano, a partir de la idea de los derechos humanos según se estableció en la segunda mitad del siglo XVIII; la sumisión estricta de la autoridad formal al imperio del Derecho, en función de la idea de Estado de Derecho, asociada a aquella; y la legitimidad y humanidad de los instrumentos procesales para conocer la verdad y de los instrumentos penales para sancionar al delincuente, en mérito de la racionalidad del sistema penal, vinculada a las ideas precedentes. Estos son los bienes jurídicos que se quiere proteger a través de la formulación típica de la tortura, entre otros medios”.¹⁷⁸

3.2.2. Sujetos.

1.- Sujeto Activo

a) “El Autor Material”. (El Servidor Público)¹⁷⁹

¹⁷⁸ García Ramírez, Sergio. Ob. cit. Pág. 340.

¹⁷⁹ Autor material es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal. De la Barreda Solórzano, Luís. Ob. cit. pág. 172.

Autor material es el servidor público que, con motivo de sus atribuciones inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

“La voluntabilidad”.¹⁸⁰

El sujeto activo de la tortura ha de ser voluntable: es decir, el autor material ha de ser capaz de querer (por tanto, de conocer) infligir dolores o sufrimientos graves a una persona con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

“La imputabilidad”.¹⁸¹

El sujeto activo debe ser imputable, es decir, ha de ser capaz de comprender, y de conducirse de acuerdo con esa comprensión, la ilicitud de infligir dolores o sufrimientos graves a una persona con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

“La calidad de garante”.¹⁸²

Dado que la postura de garantía se presenta exclusivamente en los tipos de omisión, o se introduce mediante reglas en la parte general que imponen al sujeto activo el deber de evitar la lesión de un bien jurídico, y la conducta típica que se analiza es necesariamente activa, no se presenta en la figura típica la calidad de garante.

¹⁸⁰ La voluntabilidad es la capacidad de voluntad: capacidad de conocer y querer la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal. Citado por Ibidem Pág. 173.

¹⁸¹ La imputabilidad es la capacidad de culpabilidad: capacidad de comprender, y de conducirse de acuerdo con esa comprensión, la específica ilicitud de la conducta. Ídem.

¹⁸² La calidad de garante surge de la relación especial, estrecha y directa en que se hallan un sujeto y un bien singularmente determinados, y es creada para la salvaguarda del bien por parte del sujeto. Ídem.

“La calidad específica”.¹⁸³

El artículo 3º en relación con el 1º de la Ley, exige la calidad específica para el sujeto activo de: Servidor Público de la Federación, o Servidor Público del Distrito Federal.

Estas calidades específicas, dadas disyuntivamente, delimitan el ámbito personal de validez de la Ley: sólo es aplicable a los servidores Públicos del Distrito Federal y a los servidores públicos de la Federación; solo a ellos se dirige el deber jurídico penal.

En virtud de que la Ley federal para prevenir y sancionar la Tortura es de carácter penal, por servidor público habrá de entenderse lo que señala el artículo 212 del Código Penal Federal. Este artículo, da la siguiente definición: “Para los efectos de este 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 en la del Distrito Federal, organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, organizaciones y 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. Las disposiciones contenidas en el presente Título, son aplicables a los Gobernadores de los Estados, a los Diputados a las Legislaturas Locales y a los Magistrados de los Tribunales de Justicia Locales, por la comisión de los delitos previstos en este título, en materia federal.”

Igualmente el artículo 256 del Código Penal para el Distrito Federal, señala lo siguiente: “Para los efectos de este Código, es servidor público del Distrito Federal toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública del Distrito Federal, en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y en los órganos que ejercen la función judicial del fuero común en el Distrito Federal.”

La determinación de la naturaleza de las responsabilidades en las relaciones que se generan entre el Estado y sus trabajadores es, en principio, una cuestión de carácter constitucional, toda vez que la norma fundamental delimita los campos de sujeción de los servidores públicos y el alcance de la competencia de las autoridades dentro de un ámbito material de validez determinado.

¹⁸³ La calidad específica, en el sujeto activo, es el conjunto de características exigidas en el tipo y delimitadoras de los sujetos a quienes va dirigido el deber. Ibidem. Pág 174.

En algún comentario aislado se llegó a manifestar que el término “Servidor Público” es poco afortunado, en virtud de que con él se confunde la parte con el todo, ya que sólo podrían tener ese carácter los empleados de los servicios públicos, además de que indebidamente se incluyen en él a trabajadores que no participan en funciones públicas, como los obreros de las empresas del Estado. La realidad es que, como se expresa en la Exposición de Motivos de la reforma al Título Cuarto constitucional, con esta denominación se pretende incluir a todos los trabajadores del Estado por la idea de servicio que debe imperar en ellos, no por la Dependencia o Entidad en la que trabajan, además de que, aparte de la naturaleza de la función que realicen, sí participan en alguna actividad que el Estado haya asumido en razón del interés público, como es el caso de sus empresas industriales y comerciales, que forman parte de la Administración Pública Paraestatal, quedarán incorporados al régimen especial de sujeción que impone el interés general.

Sobre la extensión semántica que se asigna al término servidor público, Álvaro Bunster opina: “Trátase....de un coto amplísimo ... Es, pues, voluntad de la Constitución y de la ley que nadie que trabaje para el Estado, expresándolo en términos, no técnicos, pero suficientemente comprensibles, escape a la eventual responsabilidad penal fundada en preceptos que, a diferencia de los restantes del Código Penal, no amenazan indeterminadamente a todos los súbditos del orden jurídico, sino que recaen sólo sobre personas a quienes incumben deberes especiales, por la posición en que se hallan dentro de la administración”. “La responsabilidad penal del servidor público”.

“La pluralidad específica”.¹⁸⁴

El artículo 3º de la Ley no exige como característica necesaria una pluralidad de sujetos activos.

Hagamos algunas precisiones acerca de los elementos contenidos en el tipo de tortura. Por lo pronto, hay que tomar en cuenta la calidad o condición del sujeto activo. En el caso del artículo 3º se alude a un servidor público; en el supuesto del artículo 5º, se hace referencia tanto a un servidor público como a un tercero, sin exigir de éste ningún rasgo característico. Por lo

¹⁸⁴ Pluralidad específica, es el sujeto activo, es la autoría material necesariamente múltiple.

tanto, al tenor del artículo 3º, puede ser agente del delito de tortura cualquier persona que tenga una relación con el Estado – organización central o paraestatal – que lo defina como servidor público, expresión de uso relativamente reciente, en la que se han recogido – generalmente para efectos sancionadores: responsabilidades política, penal y administrativa – las tradicionales categorías de funcionario y empleado públicos.

Desde la reforma de 1982, el Título Cuarto de la Constitución ha pasado a decir quienes se reputa como servidores públicos, aunque el propio artículo 108 de la Ley Suprema advierte: “para los efectos de las responsabilidades a que alude este título”, que son, precisamente las de carácter político, penal y administrativo. El artículo 212 del Código Penal Federal, que recibió de nueva cuenta los ilícitos cometidos por servidores públicos, una vez superado el sistema que incorporaba en la legislación de responsabilidades los tipos de delitos “oficiales”, estableció a quienes se debía considerar servidores públicos, pero también redujo, como era procedente, el alcance del precepto: “para los efectos de este título y el subsecuente”, es decir, sólo para los fines del Título Décimo, “Delitos cometidos por servidores públicos”, y del Título Decimoprimerero “Delitos cometidos contra la administración de justicia”, Libro Segundo de este Código.

Ahora bien, si el concepto del Código Punitivo no se puede trasladar sin más al régimen penal de la tortura, porque esta figura no se localiza en los Títulos que el propio Código menciona, el concepto de la Constitución sí puede proyectarse sobre la materia que ahora nos interesa, en virtud de que la Ley suprema se refiere a cualesquiera responsabilidades penales de los servidores públicos, no solamente a la que resulte de la comisión de delitos contenidos en este Código penal para la Federación y el Distrito; así, abarca también, implícitamente, la que provenga de la perpetración de delitos previstos en cualesquiera leyes especiales, como es la LFT. Por cierto esto mismo invita a reflexionar sobre la pertinencia y procedencia de la descripción que sobre los servidores públicos contiene, a título de concepto propio, el Código Penal.

No basta con que el individuo que causa a otro graves dolores sea servidor público para que se configure un delito de tortura. Es preciso, además que aquél se proponga obtener determinados objetivos y que actúe “con motivo de sus atribuciones”. Sobre este último punto subyacemos, pues, que para que exista delito de tortura el agente ha de actuar en relación con sus

atribuciones. El mismo alcance tiene la expresión utilizada por el artículo 5° – aunque debió, en buena técnica, emplearse una sola expresión en ambos preceptos, pues se trataba de identificar el mismo supuesto – que dice: “con motivo del ejercicio de su cargo”. Por supuesto, el servidor público carece de atribuciones para torturar, o bien, ningún cargo público involucra la aplicación de torturas, pero no es esto a lo que se refiere la ley, sino al hecho de que, teniendo cierta persona determinadas facultades legales, trate de cumplirlas, ejecutarlas o despacharlas por el ilícito medio de los sufrimientos que causa.

Digamos, por vía de ejemplo, que un agente de policía Ministerial, tiene atribuciones para investigar delitos: en esto consiste, precisamente, su función. Esas atribuciones han de ejercerse en forma legítima: según la ley ordena o permite: es claro que la ley proscribiera la tortura, en cuanto sanciona su comisión. Si el agente investigador que quiere obtener una declaración de cierta persona aparentemente vinculada con el delito que se investiga – pretensión legítima, en sí misma – prescinde de los medios autorizados para este efecto y opta por infligir al declarante grave sufrimiento físico – acción ilegítima, reprobada por la ley -, está actuando “con motivo de sus atribuciones” – investigar delitos -, pero en forma reprochable y punible: incurre en delito de tortura.

La expresión “atribuciones” debe entenderse en amplio sentido, como comprensiva de la actividad genérica que debe o puede realizar el agente en los términos de la legislación aplicable al cargo que tiene. Otro entendimiento llevaría a conclusiones inadmisibles; así sería, por ejemplo, si en el caso de un policía investigador no sólo se requiriese la atribución de indagar delitos característica de su cargo, sino además la encomienda específica de investigar precisamente tal o cual delito y no otro u otros. De esta suerte, se llegaría a la equivocada e inaceptable conclusión de que el agente que hubiese causado graves sufrimientos al presunto responsable de un delito que no se le había ordenado investigar, no incurriría en el delito de tortura.

Del artículo 3° se desprende, pues, que no hay delito de tortura cuando la actuación lesiva del servidor público no se despliega con motivo de las atribuciones de éste. En consecuencia, habrá que localizar en otra figura típica el marco para la sanción de servidores públicos que infligen malos tratos a una persona, al margen y con independencia de sus correspondientes atribuciones.

b) Un Tercero.

Es preciso analizar con mayor detalle la descripción que contiene el artículo 3°. Obsérvese que al hablar del propósito inquisitivo de la conducta del agente, esa norma dice: “obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión...”. Así las cosas, el tercero de quien se obtiene indebidamente información o confesión, merced a la tortura que se inflige directamente a otro, deviene también sujeto pasivo del delito, pues se le está afectando en forma ilícita para alcanzar un fin que, de otra suerte, no se obtendría. Si el tormento que se aplica a un individuo causa un grave sufrimiento al tercero cuya confesión o información se pretende (resultado que probablemente ocurra, a título de sufrimiento psíquico, determinante de la conducta de quien confesará o informará) éste se convierte ya en torturado.

En cuanto al tercero como sujeto activo de la tortura, conforme al texto del artículo 5° de la Ley Federal contra la Tortura, es obvio que puede serlo cualquier individuo, a condición de que sea sujeto de Derecho Penal, es decir, penalmente imputable.

Examinaremos el tema de la intervención de aquél en el delito de tortura, conducta que naturalmente supone un abuso de autoridad pública y, por ende, la perpetración por un agente que tiene la condición de servidor público (empleado o funcionario). En la exposición de motivos de la iniciativa se indicó el propósito de “dejar explícitos los supuestos en los que puede intervenir un tercero en la comisión del delito de tortura”, en bien de la mayor seguridad jurídica; en el mismo documento se consideró que la expresión “valiéndose de un tercero”, empleada por la ley de 1986, “no resulta muy precisa para expresar hipótesis de autoría y participación. También se anuncia la ampliación de supuestos normativos a fin de abarcar, para el caso del tercero, cualquier finalidad en la actividad ilícita, “dada la diversidad de objetivos que pueden buscarse mediante la tortura de una persona”.

El artículo 5°, que establece supuestos de conducta punible, comienza diciendo: “Las penas previstas en el artículo anterior (correspondientes a la tortura descrita en el artículo 3°) se aplicarán...”. Esta redacción sugiere que el legislador está construyendo un tipo equiparable o asimilable a la tortura. Se trata, empero, en la mayoría de los casos, de concreciones de la tortura misma. Veamos la hipótesis que maneja el artículo 5°, en amplio número, que reduciremos a tres para los efectos de esta exposición.

Esas hipótesis, son: a) que el servidor público, con motivo de su cargo y con alguna de las finalidades estatuidas en el artículo 3º, “instigue, compela, o autorice a un tercero o se sirva de él” para infligir los dolores o sufrimientos en que consiste la tortura (primer párrafo, primera parte); b) que el servidor público no evite (observe una conducta omisiva, pues, incumpliendo un deber) que se inflijan las molestias multicitadas “a una persona que esté bajo su custodia” (primer párrafo, segunda parte); y c) que un tercero, “con cualquier finalidad, instigado o autorizado, explícita o implícitamente, por un servidor público, inflija ...” esas molestias (segundo párrafo). Sobre este último particular, procede tener en cuenta lo manifestado, según ya se indicó, por el inciso b) del artículo 3º de la Convención Interamericana.

Es opinable la técnica seguida por el legislador en el artículo de la Ley Federal contra la Tortura, que ahora examinamos. Tal vez sea innecesario aludir específicamente a los casos en que se instigue, compela o autorice, y a aquellos en que el agente se valga de un tercero para delinquir, en la medida en que pudieran hallarse resueltos por las reglas de la participación delictuosa contenidas en el artículo 13 del Código Penal Federal (particularmente, autoría intelectual y autoría mediata).

En cuanto al supuesto de omisión, la exposición de motivos de la Iniciativa refirió que en la Ley de 1986 no se precisó “esta hipótesis no infrecuente, toda vez que los verbos empleados en el texto actual, infligir y coaccionar, implican una actividad y no una posible omisión”. La Ley Federal contra la Tortura habla, como hemos visto, de que el ofendido esté “bajo la custodia” del agente. Esta descripción es demasiado restrictiva. La “custodia” del agente o puede tener una connotación jurídica estrecha. Por lo demás, ¿quid del caso en que un agente de la autoridad presencia la tortura de un individuo que no se halla bajo su cuidado, vigilancia o custodia, pudiendo hacerlo?

Por lo que toca al tercero, éste incurre en delito de tortura cuando, instigado o autorizado por el servidor público, inflige dolores o sufrimientos “con cualquier finalidad”, amplio concepto al que antes me referí. Esto implica, literalmente que: “la finalidad del agente no servidor público puede ser indiscriminada, es decir, no es necesario que tenga fines indagativo, intimidativo o punitivo. No los exige el tipo. Tampoco reitera éste, por lo que toca al servidor

público mismo, la naturaleza de los fines, establecida – como lo hace el primer párrafo del artículo 5º – con un reenvío al artículo 3º”.¹⁸⁵

2.- “Sujeto pasivo”.¹⁸⁶

La Ley Federal contra la Tortura no exige – ni podría hacerlo, en este orden de consideraciones – ninguna calidad específica del ofendido. Las circunstancias de éste son irrelevantes para la integración del tipo penal y, por lo tanto, para la adecuación de la conducta en la figura delictuosa y la exigencia de la correspondiente responsabilidad, pero pueden resultar relevantes, indudablemente, para los efectos de la individualización de la pena.¹⁸⁷

“La calidad específica”.¹⁸⁸

El artículo 3º de la Ley no exige calidad específica alguna en el sujeto pasivo (Para que alguien pueda ser torturado no necesariamente ha de estar detenido). Por lo tanto, puede ser cualquier individuo.

“La pluralidad específica”.¹⁸⁹

El sujeto pasivo es necesariamente unitario. La naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en los tipos de tortura hace imposible la pluralidad específica. Por tanto, cuando en un caso determinado, haya varios sujetos pasivos, habrá tantos delitos de tortura como sujetos pasivos hubiere.

¹⁸⁵ García Ramírez, Sergio. Ob. cit. Pág. 358.

¹⁸⁶ Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo.

¹⁸⁷ García Ramírez, Sergio. Ob. cit. Pág. 358.

¹⁸⁸ Calidad específica, en el sujeto pasivo es el conjunto de características que el tipo exige en el titular del bien tutelado.

¹⁸⁹ Pluralidad específica, en el sujeto pasivo, es la necesaria multiplicidad de personas para la integración del titular del bien jurídico.

“El objeto material”.¹⁹⁰

El objeto material, en la tortura, se presenta de manera necesaria, y es el cuerpo humano. Podemos decir que la plena salud física y mental del sujeto. La actividad típica recae siempre sobre el cuerpo del sujeto pasivo, produciéndole dolores o sufrimientos graves cuando tal actividad se da mediante violencia física; haciéndolo escuchar, observar, sentir, esto es, haciéndolo percibir algo sensorialmente en los casos de violencia moral. Una joven jurista mexicana agrega, siguiendo la Declaración Internacional de Derechos Humanos, un segundo objeto material: “la mente humana”.¹⁹¹

“La conducta típica”.¹⁹²

“El dolo”.¹⁹³

La tortura prevista en el artículo 3º de la Ley admite el dolo directo y el dolo eventual.

El dolo directo consiste en querer (lo que implica conocer) infligir dolores o sufrimientos graves a una persona con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

El dolo eventual consiste en aceptar (lo que implica conocer) infligir dolores o sufrimientos graves a una persona con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

La voluntad dolosa implica que se debe conocer y querer, o conocer y aceptar, la concreción de:

¹⁹⁰ El objeto material es el ente corpóreo hacia el cual se dirige la actividad descrita en el tipo.

¹⁹¹ Rojas, Sonia, Protección internacional contra el delito de tortura, México, 1992, citado por de la Barreda Solórzano, Luís, La Lid contra la Tortura. Ob. cit. pág 176.

¹⁹² Conducta (acción u omisión) es el proceder volitivo descrito en el tipo.

¹⁹³ Dolo es conocer y querer, o conocer y aceptar, la concreción de la parte objetiva no valorativa del particular tipo legal.

a) Los bienes jurídicos: la legitimidad y la legalidad del ejercicio del poder político; la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas, la libertad de manifestarse, el derecho del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad;

b) La autoría: relación entre el sujeto y la conducta que permite individualizarlo como autor material de dicha conducta;

c) La propia calidad específica: servidor público de la Federación o del Distrito Federal;

d) El sujeto pasivo: el individuo titular de los bienes tutelados por los tipos legales de tortura;

e) El objeto material: el cuerpo del sujeto pasivo (plena salud física y mental);

f) La actividad de infligir dolores o sufrimientos graves a una persona;

g) El resultado material: los dolores o sufrimientos graves de otra persona;

h) El nexo causal: la relación de causalidad entre la actividad idónea para infligir dolores o sufrimientos graves y la aparición de éstos;

i) La referencia de ocasión: que la actividad típica se lleve a cabo con motivo de las atribuciones de servidor público, y

j) La lesión de: la legitimidad y la legalidad del ejercicio del poder político: la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas; la libertad de manifestarse; el derecho del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio; el libre desarrollo de la personalidad; la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad.

“La culpa”.¹⁹⁴

En los tipos legales de tortura no tiene lugar la voluntad culposa, pues la actividad del sujeto activo ineludiblemente – por exigencia del principio de legalidad – ha de perseguir alguna de las cuatro finalidades que se indican en el tipo legal.

3.2.3 Orden Jerárquica y Circunstancias Excepcionales.

Como ya señale anteriormente, es significativo indicar que antes de las reformas realizadas el día 10 de enero de 1994, al Código Penal, se consideraba como causa de justificación, la obediencia jerárquica, conceptuada como tal, cuando una persona obedecía a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituyese un delito, si esta circunstancia no era notoria ni se probaba que el acusado la conocía.

Esta causa de justificación, se estimó posible entre los funcionarios públicos, o en el ejército. Pero no se consideran: al temor reverencial existente en el seno de una familia, a la simple relación de trabajo obrero patronal, o a la jerárquica política, como causas de obediencia jerárquica.

En las jerarquías oficial y del ejército, el subordinado no puede discutir las órdenes que se impongan y su desobediencia tendrá consecuencias legales que han sido creadas para garantizar esa disciplina, y la eficacia de las funciones públicas, pudiéndose dar el supuesto de que el superior mande la comisión de un delito, ante lo cual el subordinado no está obligado a cumplirlo, ya que entre la ley que ordena un acto y el mandato de su superior, debe imperar la ley, ya que el superior no está facultado para ordenar la comisión de delitos.

En el supuesto anterior, realmente ocurre que la acción mandada es disfrazada, por lo que el sujeto subordinado no se percata del ilícito que se le ha encomendado; en atención a esto, el Derecho pone como límite el conocimiento del ilícito por parte del subordinado, para su penalización.

¹⁹⁴ Existe culpa cuando no se provee el cuidado posible y adecuado para no producir, o en su caso evitar, la lesión del bien jurídico, previsible y provisible, se haya o no previsto.

Asimismo, tiene que ser patente el delito, porque de lo contrario el subordinado que dejare de cumplir las órdenes superiores sin que esté presente en la orden la comisión de un delito, estará sujeto a las sanciones correspondientes.

Para algunos juristas, no es causa de justificación, sino de Inimputabilidad, ya que al exigir notoriedad en el carácter delictuoso, quiere decir que el agente subordinado no tiene conciencia de que el acto ejecutado es ilícito, de esta forma, el inferior incurre en el error de creer que está obligado a la obediencia.

El tema de las excluyentes merece siempre consideración especial en el examen y la persecución de la tortura, habida cuenta de la frecuencia con que los agentes de esta conducta pretenden ponerla al abrigo de la sanción penal, invocando supuestos factores de justificación o inculpabilidad, principalmente. Acaso no sea indispensable este tratamiento normativo específico, desde el punto de vista técnico jurídico, al que puede bastar la aplicación estricta de las normas sobre exclusión de responsabilidad penal. Empero, se trata de salir al paso de defensas impertinentes que pretenden “justificar” la tortura.

La Convención de las Naciones Unidas, dedica a esta cuestión los incisos 2 y 3 del artículo 2º El primero de ellos puntualiza que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”; el segundo de esos incisos advierte que “no podrá invocarse una orden de funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

La Convención Interamericana, vuelve a ser, en este punto, más comprensiva que la Convención de las Naciones Unidas, seguramente bajo el propósito – y según la experiencia – de reprimir cualesquiera formas de maltrato que en la realidad aparecen. En efecto, el detallado artículo 5º resuelve, en su primer párrafo, que “no se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”. El segundo párrafo indica: “Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”. Como se ve, la suma de limitaciones que

este precepto contiene refleja una dura realidad en el Continente americano. Empero, ciertamente no es desconocido el tormento en otros medios: se le ha usado y se le emplea con abundancia en países que se titulan “desarrollados” y que a menudo “pontifican” en materia de derechos humanos; el mal, pues, es de todos.

La Iniciativa conservó la referencia hecha por la Ley de 1986 a situaciones generalmente mencionadas, que no excluyen la responsabilidad penal del sujeto activo, así, las circunstancias excepcionales, inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra emergencia (esto decía el artículo 3º del ordenamiento de 1986 y el proyecto del Ejecutivo; en la Cámara de Senadores se sustituyó la palabra “emergencia” por “circunstancias”), y añadió, convenientemente, el rechazo al valor justificante de la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad, “ya que ni en esos, ni en ningún otro caso puede justificarse la tortura”

La versión final del artículo comienza como sigue: “No se considerarán como causas excluyentes de responsabilidad del delito de tortura el que se invoquen o existan situaciones excepcionales como...” No hay mayores explicaciones sobre el cambio en la redacción inicial del precepto. Quizás influyó un dato de carácter técnico.

En todo caso, es plausible que se aluda a excluyentes de responsabilidad, amplio concepto que abarca la justificación, la inculpabilidad y otros aspectos negativos de delitos. Sin embargo, es inadecuado decir que “no se considerarán como causas excluyentes de responsabilidad el que se invoquen o existan situaciones...”; en efecto, la causa excluyente no es la invocación de una situación, sin la naturaleza y la existencia de ésta; en suma, la supuesta excluyente rechazada por la ley sería, por ejemplo, la inestabilidad política, no la mera invocación de está.

Recogiendo las orientaciones de la Ley de 1986, la Ley Federal contra la Tortura expresa: a) no se consideran excluyentes – dice el artículo 6 – “el que se invoquen o existan situaciones excepcionales como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra circunstancia”; y b) tampoco podrá invocarse como justificación la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad”.

En la hipótesis enunciada sub a) figuran argumentos que suelen esgrimir los autores de tortura. Esta claro que la relación es puramente ejemplificativa, y que resulta indiferente que exista o no el caso excepcional aducido. La hipótesis sub b), maneja argumentos también frecuentemente aducidos por inculpados de estos delitos. La redacción es cuestionable: es evidente que el acusado podrá invocar la excluyente, pero esta invocación carecerá de eficacia.

En cuanto al problema de la obediencia jerárquica, glosemos que la referencia de la norma a la inaplicabilidad de la excluyente de obediencia puede ser acertada, y efectivamente lo es, como orientación o información sobre este asunto, pero no es necesaria para la incriminación del agente, perfectamente posible en los términos de la legislación penal ordinaria.

Ahora bien, la parte final del artículo 6 de la Ley Federal contra la Tortura, rechaza de plano, en forma escueta, “la orden de un superior jerárquico”, quizás por entender que cualquier servidor público debe saber que el tormento es delictuoso; para él, esto es notorio; se presume, *uris et de iure*, que lo sabe. “El deber jurídico al que ésta se refiere proviene, en el caso que ahora consideramos, del mandato de autoridad”.¹⁹⁵

3.2.4 “Medios Comisivos” (La actividad).¹⁹⁶

Infligir dolores o sufrimientos, físicos o psíquicos, significa producir una sensación molesta en una parte del cuerpo, una congoja del ánimo, una pena o un padecimiento físico o psíquico. Graves – característica que por exigencia típica deben tener los dolores y sufrimientos – quiere decir pesados, arduos, importantes, considerables e intensos.

Los dolores y sufrimientos que se infligen con la violencia no son siempre graves. “Aunque en casos límite acaso resulte difícil de limitar la frontera de la gravedad”¹⁹⁷ es claro que una frase injuriosa o una bofetada con poca fuerza, por ejemplo, constituyen violencia sin

¹⁹⁵ García Ramírez, Sergio, Ob. cit, Pág. 370.

¹⁹⁶ La actividad es el elemento material de la conducta activa y consiste en un movimiento corporal descrito en el particular tipo legal.

¹⁹⁷ “No se conocen – advierte José L. de la Cuesta -, en el momento actual, medios objetivos de cuantificación del sufrimiento (muy en especial, del psíquico) que, a su vez, depende mucho de la constitución y capacidad física, resistencia, solidez de la personalidad...” El delito de tortura, citado por De la Barreda Solórzano, Luís, Ob. cit. pág. 178.

duda, pero el dolor o sufrimiento que producen no es, en modo alguno, grave. No habrá actividad típica si el dolor o sufrimiento que se produce no es grave.

La inflicción del dolor o sufrimiento se realiza siempre persiguiendo una finalidad: obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, castigarlo por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarlo para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Si el fin es lograr del torturado información o una confesión, o que realice o deje de realizar una conducta determinada, estamos ante una coacción. En efecto, coaccionar es hacer violencia a una persona para que ejecute algo contra su voluntad.

Toda violencia provoca dolor o sufrimiento. Para coaccionar a alguien, por tanto, hay que hacer violencia en su contra.

Higuera Guimerá entiende que el núcleo fundamental de la acción de coaccionar “consiste en violentar a una persona”. El Diccionario de la Real Academia Española aclara: “la violencia consiste en aplicar medios a cosas o personas para vencer su resistencia”. Así pues, la coacción radica en emplear medios violentos para vencer la resistencia de una persona y obligarla, de esa manera, a hacer algo contra su libre voluntad.

La violencia sólo puede considerarse constitutiva de coacción si es de tal naturaleza que pueda resultar intimidatorio para el sujeto pasivo. Intimidar es causar miedo, asustar constriñendo el ánimo. Es el miedo el factor que determina o que puede determinar que la coacción tenga éxito: que el sujeto pasivo proceda como el sujeto activo se lo propuso con la violencia ejercida. Obviamente, el miedo del sujeto pasivo es miedo a seguir siendo objeto de la violencia que se le hace padecer o a serlo de la que se le anuncia o se le sugiere.

Maurach entiende que: “la violencia constitutiva de la coacción es toda clase de medios o modos encaminados a, y apropiados para, excluir la formación de la voluntad y la libertad de actuación sobre la misma”.¹⁹⁸ Es ineludible advertir, a fin de evitar equívocos, que no cualquier

¹⁹⁸ Véase un amplio desarrollo del tema en Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, dos tomos,

medio apropiado para excluir la formación de la voluntad y la libertad de actuación constituye violencia típica. En efecto, la violencia típica ha de producir dolores o sufrimientos graves, y existen medios que, aun cuando excluyen la formación de la voluntad y la libertad de actuar en consecuencia, no producen tales dolores o sufrimientos.

Así, por ejemplo, la administración de narcóticos para que un individuo haga algo no es una forma de coacción. Es verdad que ciertos narcóticos afectan químicamente el organismo y, por esa vía, la capacidad de formación de la voluntad. Las llamadas drogas de la verdad o de la confesión provocan una desinhibición de carácter psíquico debido a la parcial eliminación, es decir, a la disminución sustancial de la conciencia. Al suministrarse estos narcóticos, la declaración que pudiere producir el individuo no es una manifestación libre, pues, ésta presupone una plena conciencia de lo que se exterioriza. Pero no hay conducta típica porque ello no produce un dolor o sufrimiento grave: no hay coacción porque no hay finalidad de intimidar. No es el miedo el que hace hablar al sujeto, sino la desinhibición, la disminución de la conciencia vigilante. De tal manera que no se está torturando al individuo al que se suministra alguno de estos narcóticos. Por supuesto, esta aseveración no obsta en modo alguno para que se considere que la declaración que se emite en esas condiciones – ya como testigo, ya como acusado – carece en absoluto de valor probatorio, pues no es una declaración libre, y que quien se valga de tal recurso sea considerado autor de una conducta antisocial.

Algo similar es de sostenerse acerca de la hipnosis, sin que importe, a tal efecto, el grado de profundidad a que llegue el denominado sueño hipnótico. La hipnosis provoca, a través de la sugestión, un estado mental de carácter anormal que permite ejercer influencia psíquica sobre el hipnotizado. No cabe duda de que, como lo observan Rodríguez Devesa, Quintano Repolles y Cuello Calón, en la hipnosis se produce una captación de la voluntad ajena: se impone la voluntad del hipnotizador una vez que éste ha suprimido la libertad en la conformación de la voluntad del sujeto. Sin embargo, no es un medio coactivo porque el dominio no es a través de la producción de dolores o sufrimientos graves: acontece no por conducto del miedo sino de la sugestión. No se ignora que el paciente de la hipnosis sufre una relación impuesta y es sometido a una voluntad ajena: dentro de ciertos límites hace y dice lo que quiere el hipnotizador que haga

citado por Ibidem. pág 180.

y diga. No obstante, en ello no juega papel alguno el miedo. El hipnotizado no actúa por estar intimidado, sino por estar sugestionado.

Como los dolores o sufrimientos a, que se refiere la conducta delictiva pueden ser psíquicos o físicos, es claro que la actividad típica puede consistir en violencia física o en violencia moral.

En cuanto a la violencia física, no parece haber mayor problema teórico: la actividad típica tiene lugar cuando los dolores o sufrimientos graves se provocan en el cuerpo del sujeto pasivo. Es la gravedad de los dolores o sufrimientos corporales lo que perturba el ánimo del torturado. La gravedad de los dolores o sufrimientos corporales origina dolores o sufrimientos psíquicos, también graves.

La violencia física de la coacción no es- a diferencia, por ejemplo, de la violencia física de la violación – la que se dirige a vencer una resistencia muscular. La violencia física de la coacción no es una vis absoluta. No es una fuerza material irresistible físicamente. Es la que puede resultar idónea para intimidar al sujeto pasivo. Acaso por lo general se manifieste en actos de fuerza muscular – como los golpes -, pero no ocurre así en todos los casos. Hay violencia física sin fuerza muscular alguna, aplicada al cuerpo del sujeto pasivo, por ejemplo, al lastimarse al introducirse agua carbonatada por las fosas nasales.

De lograr la coacción sus propósitos – lo que no ocurre siempre y a fortiori -, el efecto ocurre en el ánimo del sujeto pasivo, tanto si se usa la violencia física como si se emplea la violencia moral.

A diferencia de la violencia física, la violencia moral produce graves dolores o sufrimientos psíquicos sin producir previamente dolor o sufrimiento corporal alguno en el sujeto pasivo. “Si en la violencia física el efecto psíquico se logra a través del maltrato – y el consecuente padecimiento – del cuerpo del pasivo, en la violencia moral ese efecto se logra por medios que no pasan por el daño al torturado, sino que directamente inciden en su psique”.¹⁹⁹

¹⁹⁹ No se ignora que la mente “no es una sustancia separada de la materia, sino una colección de funciones cerebrales”, De todos modos, en la violencia moral no se requiere tocar el cuerpo del torturado. citado por Ibidem pág. 182.

Con frecuencia – aunque, contra lo que sostiene la doctrina, no siempre – la violencia moral consiste en una amenaza.

La amenaza es el anuncio de un mal, anuncio que el sujeto activo hace al sujeto pasivo y que, es obvio, ha de ser susceptible de constreñir su ánimo. Para que ello pueda ocurrir, el mal que se anuncia ha de reunir determinadas características. Es claro que la visión previa – la previsión – de un mal sin importancia – verbigracia, verse privado del sonriente saludo del sujeto activo -, o realizable en un largo plazo – como recibir una paliza dentro de varios años -, o imposible de realizarse a sabiendas de esta imposibilidad por parte del sujeto pasivo – por ejemplo, ser convertido en sapo mediante un conjuro en el que no se cree – no es intimidante. El mal con el que se conmina al sujeto pasivo debe ser:

“a) Un mal que realmente pueda ser inferido o, al menos, que el sujeto pasivo crea con firmeza que realmente pueda ser inferido; es decir, un mal posible en la realidad o en la mente del sujeto pasivo;

b) Un mal grave, es decir, de importancia, de consideración, que afecte seriamente a quien lo sufre. Sin duda, la gravedad depende en muchos casos de las circunstancias, los intereses, los valores o la situación del sujeto pasivo.

c) Un mal inminente o realizable en un futuro relativamente cercano. La representación de un mal que se anuncia para dentro de varios lustros no parece susceptible de constreñir el ánimo, y

d) Un mal que va a recaer sobre el sujeto pasivo o sobre una tercera persona ligada a él por amor, afecto, gratitud o admiración, o bien sobre cosas o animales en los cuales el sujeto pasivo tenga un gran interés estimativo o económico. Podría, quizá, pensar el lector que el anuncio de un mal sobre cosas o animales no puede constreñir auténticamente el ánimo y, por ende, no constituye, en caso alguno, violencia moral. Sería, ese pensamiento, un juicio apresurado”.

Ahora bien, como se apuntó, la violencia moral no necesariamente reviste la forma de una amenaza.

Sí, en lugar de anunciarse, se actualizara el mal, es decir, que sin previo aviso el mal empezara a concretarse, ello también constituiría violencia moral, acaso más fuerte en muchos casos que la amenaza. Más aún: “la pura simulación del mal, si logra engañar al pasivo, es igualmente violencia moral. Representése en la mente la situación anímica del hombre que escucha gritos de mujer en un cuarto contiguo a aquél en que se encuentra y se le hace creer, falazmente, que se trata de una mujer querida a punto de ser violada”.²⁰⁰

La violencia moral distinta de la amenaza puede asumir mil rostros. Es conocido el procedimiento de encerrar a un individuo en un cuartucho o en una mazmorra sin luz alguna por un lapso prolongado. El pasivo en tal circunstancia no sufre dolencias corporales; no hay violencia física. Pero hay violencia moral: el pasivo pierde la noción del tiempo, lo que le produce aguda angustia, susceptible de constreñir su ánimo. Imagínese otro mecanismo que es, sin duda, violencia moral: impedirle a una persona conciliar el sueño – por ejemplo, arrojándole continuamente agua a la cara -, lo que también provoca zozobra.

Las detenciones de duración incierta constituyen, asimismo violencia moral. Eran práctica cotidiana en nuestro país. Aunque el detenido no hubiera sido tocado ni con el pétalo de una rosa, ¿no podía constreñir su ánimo la sola idea de que era posible que estuviera privado de la libertad indefinidamente ?

Violencia moral contra el sujeto pasivo es, igualmente, la violencia física ejecutada en el cuerpo de un tercero por el que aquel siente amor, afecto, gratitud o admiración. En este supuesto no se busca conducta alguna del tercero, nada se quiere de él, salvo utilizarlo como objeto para la intimidación del pasivo. Se usa el cuerpo del tercero, al infligirle padecimientos, como agente transmisor de la tortura. En esta hipótesis se presenta una curiosa situación: respecto del sujeto que sufre violencia física no se da el delito de tortura, dado que ni se le esta coaccionando ni se le esta castigando por algo que haya hecho o se sospeche que haya hecho. No existe, pues, en tal hipótesis un concurso de delitos formal homogéneo. Se presenta, en cambio,

²⁰⁰ Según la reconstrucción de hechos que hace Vicente Leñero del caso de Gilberto Flores Alavez, acusado de un doble parricidio – las muertes de sus abuelos paternos -, el inculpado confesó cuando se le hizo creer, engañándolo, que los gritos de mujer que se escuchaban se debían a que su hermana Alicia estaba a punto de ser violada: “El muchacho se puso lívido – era cierto, es Licha -; empezó a revolverse – no le pueden hacer eso a Licha, bandidos, no se lo pueden hacer - , en ese instante se quebró: - Ya. Esta bien. Yo fui”. Asesinato, Plaza y Janes Editores. citado por Ibidem pág. 184.

el concurso formal heterogéneo: tortura por lo que hace al sujeto al que se le hace sufrir la violencia moral; acaso lesiones, abuso de autoridad, privación ilegal de la libertad, por lo que se refiere al sujeto que padece la violencia física.

La violencia intimidante puede recaer sobre cosas. Es el caso de acciones que recaen directamente contra objetos y se efectúan con el objetivo de intimidar al sujeto pasivo. La violencia que se ejecuta contra la cosa es el medio de coacción en cuanto de manera inequívoca se presenta como un acto que prepara la violencia física contra el cuerpo del sujeto pasivo o de un tercero. Esa violencia física contra las cosas constituye la violencia moral contra el sujeto pasivo. Rodríguez Devesa advierte que la vis compulsiva que actúa sobre las cosas para doblegar la voluntad del sujeto pasivo constituye violencia. Los ejemplos no son difíciles de imaginar: el rompimiento de las gafas de un individuo con agudas deficiencias visuales; la desgarradura de las vestimentas de una mujer a quien se le dirigen frases que indican un ánimo de cometer contra ella un abuso de índole sexual, la destrucción del aparato ortopédico de un invalido. En esos casos no hace falta proferir amenaza alguna ni actualizar un mal grave, asimismo, el cuerpo del sujeto pasivo no sufre daño o sufrimiento alguno. Sin embargo, los actos dirigidos contra las cosas dan lugar a pensar que constituyen el preludeo de la actualización del mal.

Por otra parte, en la hipótesis en la cual la actividad del sujeto activo tiene la finalidad de castigar al pasivo no hay coacción alguna, pues en tal caso no se persigue, al infligir el padecimiento, que el sujeto pasivo tenga cierto proceder. Se le causa sufrimiento porque se le atribuye – veraz o falazmente – un proceder pasado que el sujeto activo considera que amerita ser castigado. El castigo no busca la intimidación, solo el dolor intenso.

“El resultado material”.²⁰¹

Una mutación en el mundo fáctico exige el texto legal. Los dolores o sufrimientos graves – ya sean de índole física o psíquica – en el sujeto pasivo. Es decir, se requiere que se produzca en el sujeto pasivo una sensación molesta en una parte del cuerpo o en varias, una congoja del ánimo, una pena o un padecimiento físico o psíquico; con la característica de pesado, arduo, importante, considerable o intenso.

²⁰¹ El resultado material es el típico efecto natural producido por la actividad.

Ahora bien, los dolores o sufrimientos que causa el agente al ofendido han de ser “graves”, porque así lo previene la ley para que se integre la conducta en el tipo y exista, en consecuencia, delito de tortura. Esta calificación descarta, pues, penalidades leves o de intensidad relativamente menor, cuya presencia no generaría el delito de tortura: la conducta de quien las causa sería penalmente atípica y permanecería al abrigo de la represión, a no ser que encuadre en otra figura delictuosa o constituya una falta o un comportamiento civilmente ilícito, que serían sancionados en los términos que a cada caso correspondan, pero no como delito de tortura.

El tribunal habrá de valorar la gravedad de los dolores en cada caso concreto. Para ello deberá tomar en cuenta, me parece, la presión que ese sufrimiento ejerce sobre el pasivo, hasta el punto de quebrantar su capacidad de resistencia y orillararlo a realizar lo que de él reclama el agente. La gravedad no puede ser la misma para todos los individuos en general, un niño de corta edad tiene una resistencia al dolor notablemente inferior a la que posee un adulto robusto, que a lo largo de su vida ha debido enfrentar severos problemas y padecimientos y ha elevado su umbral frente al dolor. Empero, tampoco se trata de exigir un sufrimiento tan intenso que anule la resistencia del sujeto pasivo y lo venza irremisiblemente. El heroísmo no es la frontera entre la tortura y una conducta penalmente neutra. A nadie se puede exigir que extreme su resistencia al dolor hasta el colmo, para que de este modo se considere grave el sufrimiento que padece y sea procedente la persecución del torturador.

“El nexa causal”.²⁰²

Entre la actividad idónea para infligir dolores o sufrimientos graves y la aparición de éstos, necesariamente ha de existir una relación de causalidad, es decir, un nexa causal.

“Modalidades”.

La figura típica no exige “medios”²⁰³ “Referencias temporales”²⁰⁴ ni “referencias espaciales”²⁰⁵ Exige, en cambio, una “referencia de ocasión”²⁰⁶ La conducta típica ha de realizarla el sujeto activo con motivo de sus atribuciones de servidor público.

²⁰² Nexa causal es el proceso naturalístico relacionante de todos los efectos consecutivos a la actividad, el último de los cuales es el resultado material.

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

“Lesión del bien jurídico”.²⁰⁷

Según el bien jurídico de que se trate, la lesión consiste en la compresión de: la legitimidad y la legalidad del ejercicio del poder público; la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas; la libertad de manifestarse; el derecho del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio; la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad.

La puesta en peligro del bien jurídico.

La puesta en peligro es la medida de probabilidad asociada a la comprensión de: la legitimidad y legalidad del ejercicio del poder público; la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas; la libertad de manifestarse; el derecho del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio; la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes, el libre desarrollo de la personalidad.

La puesta en peligro del bien jurídico: “se presenta en aquellos supuestos en que no se producen los dolores o sufrimientos graves – de índole psíquica o física -, pero en los que el sujeto activo inicia los actos ejecutivos tendientes a producir esos dolores o sufrimientos en el pasivo”.²⁰⁸

²⁰³ Medios son el instrumento o la actividad distinta de la conducta, empleados para realizar la conducta o producir el resultado.

²⁰⁴ Referencia temporal es la condición de tiempo o lapso, descrita en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

²⁰⁵ Referencia espacial es la condición de lugar, señalada en el tipo, en que ha de realizarse la conducta o producirse el resultado.

²⁰⁶ Referencia de ocasión es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

²⁰⁷ Lesión del bien jurídico es la destrucción, disminución o compresión del bien, contempladas en el tipo. Es el elemento del tipo de consumación.

²⁰⁸ “Si el autor comenzó a realizar actos de ejecución, y pese al propósito de torturas que lo animaba no llegó a producir dolores físicos o morales de la intensidad que el tipo requiere, por circunstancias ajenas a su voluntad, se está frente al delito de imposición de tortura en grado de tentativa”. Señala Víctor Félix Reinaldi en el delito de tortura, Ediciones de Palma. Citado por Ibidem pág. 189.

“Clasificación del tipo”.²⁰⁹

a) Sí, en función de cada elemento, se toma en cuenta:

1.- El bien jurídico protegido: es compuesto;

2.- La calidad del sujeto activo: es personal;

3.- La pluralidad del sujeto activo: es monosubjetivo;

4.- La calidad del sujeto pasivo: es común o indiferente;

5.- La pluralidad del sujeto pasivo: es necesariamente: monosubjetivo;

La conducta típica: es de acción a fortiori; es necesariamente dolosa; uní subsistente o plurisubsistente; de concreción instantánea; con una referencia de ocasión y reformulación libre;

6.- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico: es de comprensión, y

b) Considerando la totalidad de sus elementos: es fundamental o básico; y autónomo o independiente.

Finalidades.

En cuanto a las finalidades, éstas pueden ser inquisitivas, intimidatorias y punitivas. En la primera categoría cabe el propósito relacionado con la indagación o investigación de hechos y responsabilidades: obtener una información o una confesión, dice la ley. La confesión es, como se sabe, la admisión que una persona hace sobre su participación en un hecho delictuoso; no se requiere que acepte culpabilidad o que decline excluyentes de responsabilidad o causas que extinguen la pretensión punitiva; para que exista confesión en el sentido procesal de la palabra basta con que haya aceptación de la participación en el hecho punible.

El termino “información”, que también utiliza la ley (incorporado, como el de confesión, durante el proceso parlamentario, pues en la iniciativa se hablaba, genéricamente, de declaraciones) no tiene connotación procesal estricta. En tal virtud, información será cualquier aportación de conocimiento relevante para el procedimiento penal: lo mismo la declaración de un testigo, que la opinión de un perito o la noticia que brinda el emisor de un documento. En

²⁰⁹ Los tipos legales se clasifican, o bien con base en algunos de sus elementos, o bien con apoyo en el conjunto de ellos.

todos estos casos y en otros semejantes es indispensable excluir, por medio de la amenaza penal, la posibilidad de tortura sobre los participantes, actuales o potenciales, en un procedimiento.

El designio punitivo de la tortura se localiza en la expresión del tipo: “castigarla (a la persona victimada) por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido”. Aquí no se trata de obtener elementos para una persecución penal o de provocar cierta conducta, sino sólo de sancionar a un sujeto. Tal es el objetivo que pretende el agente y que concurre a generar la ilicitud de su conducta. Para ello es indiferente que el “sancionado” haya incurrido o no en el acto que se le atribuye, pues el mismo tipo habla de un acto que se ha cometido o que sólo se sospecha que se ha realizado; tampoco es relevante para la integración de la figura delictiva que ese acto sea plausible o reprochable, que se haya ejecutado a propósito de un procedimiento administrativo o judicial o al margen de éstos, que el ofendido sea un honrado ciudadano o un delincuente peligroso. Aquí aparecen, meridianos, los bienes jurídicos que se tutelan al través de la sanción penal de la tortura: integridad y dignidad del ser humano, sumisión de la autoridad al Derecho, legitimidad y humanidad de las sanciones y los instrumentos procesales. Por ello es igualmente inadmisibles – aunque la pena, en el caso concreto, varíe merced a las reglas de individualización – emplear el tormento para castigar, fuera del cauce legal, al delincuente habitual y peligroso que ha incurrido en crímenes gravísimos, que al ciudadano de conducta ejemplar.

La finalidad intimidatorio aparece recogida en la parte final del primer párrafo del artículo 3, que no figuraba en el ordenamiento aprobado por el Congreso en 1991 y fue incorporada apenas en 1992: “coaccionarla (a la persona que figure como sujeto pasivo del delito) para que realice o deje de realizar una conducta determinada”. Se trata, entonces, de amedrentar y presionar a cierto individuo por medio del sufrimiento que se le cause, para que haga o deje de hacer algo. La ley no distingue a propósito de la conducta referida, que puede ser activa u omisiva. Cabe pensar que el carácter moral o legal de esa conducta es indiferente para los efectos del tipo de tortura: se puede tratar, lo mismo, de un comportamiento plausible que de uno reprobable, relacionado o no con la actividad, profesión o función del sujeto coaccionado.

Esta conducta se halla próxima a la descrita en otros tipos penales; por ende, habrá que precisar rigurosamente los elementos que en cada caso resulten probados, para hacer la adecuación típica que corresponda y sustentar, así, el ejercicio de la acción penal, la orden de

aprehensión, el auto de formal prisión, las conclusiones y la sentencia. Los otros tipos penales que vienen al caso son los correspondientes a amenazas (artículo 282 del Código Penal Federal), extorsión (artículo 390) y, sobre todo, intimidación (artículo 219).

De esta suerte quedó incorporado el supuesto de coacción en el tipo de tortura, que acaso por error o mera inadvertencia no figuró en la iniciativa de 1991 ni en los documentos del proceso legislativo de ese año. Esta suposición se sustenta, además, en el hecho de que la exposición de motivos de la Iniciativa aludió a la coacción, pese a que ésta no se hallaba recogida en los artículos de la propuesta. Dijo aquella: “...no se considera adecuado distinguir entre la coacción física y moral, como lo hace el texto de la ley vigente, ya que el objetivo de la tortura es vulnerar la psique del sujeto pasivo, por lo que, en la nueva ley que se propone, simplemente se prevé genéricamente la coacción, sin especificar su naturaleza.”

Molestias o Penalidades excluidas.

El artículo 3º, in fine, que también tiene antecedentes internacionales y nacionales, excluye de la clasificación de tortura las “molestias o penalidades” que “sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”. La ley debió hablar, también en este punto, de dolores o sufrimientos, para evitar la introducción de nuevas y discutibles categorías.

En consecuencia de todo lo anterior, no habrá tortura cuando el agente se proponga satisfacer finalidades diferentes de las de naturaleza inquisitiva, intimidatoria o punitiva que el tipo penal recoge, limitativamente. Esta restricción no ha sido atendida por el artículo 5º. Por otra parte, el alcance de la Ley Federal contra la Tortura, en este punto, es menor que el de la Convención de Naciones Unidas, la ley de 1986 y el abarcan mayor número de supuestos. No deja de ser interesante observar que en el punto 2 del artículo 1º de la CNU sostiene “El presente artículo – que contiene los datos de la figura penal de tortura – se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

Ahora bien, ¿no sería preferible revisar el tipo penal a fondo y eliminar la relación casuística de fines – acaso demostrativa de los propósitos más frecuentemente perseguidos por

los torturadores, pero necesariamente incompleta – y hablar de “cualquier finalidad”?. De este modo se estaría considerando el tipo de tortura – como parece debido – cualquier grave dolor o sufrimiento causado a un individuo por un agente de la autoridad pública, con motivo de sus atribuciones, esto es, en un patente abuso de poder. Así se ha hecho ya la hipótesis de tortura realizada por un tercero, que actúa por instigación o con autorización de un servidor público y con “cualquier finalidad”.

La redacción de la Convención Interamericana es más cautelosa: admite que no constituyen tortura “las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”. Se trata, entonces, de prevenir con el mayor escrúpulo que verdaderos actos de tortura se simulen como consecuencias inherentes a una medida legítima de autoridad.

3.3. DENUNCIA.

Como normas procesales de la Ley Federal Contra la Tortura figuran los artículos 7, 8 y 9; el artículo 11 contiene una porción procesal y otra penal, derivada de aquella. En tal virtud, es oportuno hacer referencia, primero al artículo 11, relativo a la obligación que tienen los servidores públicos de denunciar los hechos de tortura de que tengan conocimiento con motivo de sus funciones.

Se sabe que existe controversia en cuanto al carácter de la denuncia: obligatoria o facultativa; la obligatoriedad se extrae, a veces, del análisis del tipo de encubrimiento, por lo que toca a la generalidad de las personas, hay otras normas que imponen a los servidores públicos el deber de denuncia de los delitos de que tengan conocimiento con motivo del cargo que desempeñan.

Se advierte que el artículo 11 está considerando – es costumbre hacerlo, aunque no resulte verdaderamente indispensable – el posible caso de concurso. Por otra parte, contiene una referencia oscura. El carácter “inmediato” de la denuncia. Quizás sea debido suponer que sólo se otorga al servidor público el tiempo razonablemente necesario, en virtud de las circunstancias, y no más, para acudir ante la autoridad respectiva y formular la denuncia correspondiente.

3.4. RECONOCIMIENTO MEDICO.

El artículo 7° de la Ley Federal contra la Tortura amplía y mejora, pues, el texto del artículo 4° de la ley de 1986. En ambos casos se ha tratado de la posibilidad de preconstituir una prueba que se aducirá en defensa de un inculpado (la consistente en la obtención de evidencias en forma contraria a la ley: regla de exclusión”), y de preparar los elementos de cargo que incorpore una denuncia y, en su momento, una consignación por hechos constitutivos de tortura.

Así, ese artículo 7° involucra: a) un derecho del detenido o reo, que también estipuló la fórmula de 1986 y que ahora se amplía convenientemente al defensor del sujeto, e incluso a un tercero: a que aquél sea reconocido, en el momento en que lo solicite – o lo pidan su defensor o un tercero-, por “perito médico legista; y en caso de falta de éste, o si lo requiere además, por un facultativo de su elección”. De este texto se deducen tres reglas: primero, siempre deberá intervenir el médico legista – un perito oficial -, salvo que no haya tal especialista en el momento en que el reo solicite el reconocimiento; segundo, si sucede esto último, bastará con el examen a cargo del facultativo elegido por el reo; tercero, si interviene un médico legista, el detenido puede, no obstante solicitar y obtener que también participe en el reconocimiento un facultativo de su elección. La ley de 1986 no contuvo la posibilidad de este reconocimiento conjunto o combinado; sólo estableció la alternativa entre el legista y el médico particular.

Se debe entender que cuando se habla de “legista” se está aludiendo no sólo a la especialidad del facultativo, sino a su adscripción a los servicios médicos legales o forenses del Estado; en otros términos, a su condición de perito médico forense oficial. El particular, en cambio, puede poseer amplios conocimientos en medicina forense, pero no tiene – al menos en ese momento – la reconocida calidad de perito para fines procesales.

Nótese que el legitimado para solicitar el reconocimiento es, en primer término, el “detenido o reo”. Una interpretación razonable de esta disposición – que pudo redactarse en forma más comprensiva lleva a entender que: “bajo esas voces queda abarcado cualquier individuo privado de libertad por un agente de autoridad, e incluso cualquier persona que

hubiese estado privada de libertad del mismo modo, aunque ya no lo esté al momento de requerir el reconocimiento”.²¹⁰

La inclusión del defensor como legitimado para solicitar el reconocimiento de su asistido, es un acierto de la Ley Federal contra la Tortura y corresponde a la tendencia a mejorar las condiciones de la defensa del inculgado.

Igualmente es acertado haber concedido a un tercero la facultad de requerir el reconocimiento del inculgado. El tercero carece, en principio del interés jurídico que sí tienen, en cambio, el detenido o el reo y su defensor; se le reconoce una suerte de “interés en beneficio de la ley”, un papel promotor de la legalidad, que hace recordar la legitimación para recurrir en amparo, en nombre del agraviado, concedida a cualquier persona – vinculada o no con el sujeto cuyas garantías se supone menoscabadas- en los casos de “actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal” (artículo 17 de la Ley de Amparo), entre las cuales se encuentra, precisamente –primer párrafo- “el tormento de cualquier especie”.

La Ley Federal contra la Tortura no indica ante quién debe solicitarse el reconocimiento del detenido o reo. No hay duda de que la autoridad que mantiene al sujeto privado de libertad está obligada a permitir el reconocimiento, pero no necesariamente se encuentra obligada a proporcionarlo, si carece de medios para este efecto. La obligada es aquélla de quien dependen los servicios medico-forenses, que por ello cuenta con la posibilidad de proveer la atención que se reclama. En el caso del Ministerio Público, se reúnen dos datos: suele ser la autoridad ante – y por- quien se halla detenido un sujeto, y cuenta además con servicios médicos que de él dependen, a título de auxiliares directos. Una verdadera voluntad de dar cumplimiento a la Ley Federal contra la Tortura evitará que diversas autoridades se inhiban de brindar el reconocimiento médico solicitado, tratando de desplazar esta obligación hacia otras dependencias públicas.

El mismo artículo 7º contiene: b) un deber complejo a cargo del facultativo que interviene, deber inherente al cargo por lo que hace al perito médico forense oficial, y derivado de la admisión

²¹⁰ *Ibíd.* Pág. 381.

de intervenir por lo que toca al médico particular: quien práctica el reconocimiento queda obligado a: I) “expedir de inmediato el certificado correspondiente”; y II) “en caso de apreciar que se han infligido dolores o sufrimientos, de los comprendidos en el primer párrafo del artículo 3º - esto es, constitutivos de tortura, objetivamente, sin entrar en consideraciones sobre el agente y las finalidades que éste se propuso-, deberá comunicarlo a la autoridad competente”, es decir, el Ministerio Público o quienes legalmente lo auxilien con facultades para recibir denuncias.

La Ley Federal contra la Tortura no resuelve sobre la sanción que apareja el incumplimiento de estas obligaciones. Habrá que localizarla, pues, en otros ordenamientos, salvo por lo que toca a la omisión de denuncia en que incurra un perito médico forense, por tratarse de un servidor público, la conducta de éste queda abarcada por el artículo 11º, ya comentado.

3.4.1. La Tortura y su Prueba.

El concepto de tortura, para los fines de esta ley y de sus equivalentes internacionales y nacionales, se encuentra integrado por elementos que atañen al sufrimiento físico o psíquico, a la persona que lo inflige y a la finalidad que ésta se propone; en este último aspecto destaca el propósito indagatorio. Por ende, las leyes toman en cuenta la relación que puede haber entre tortura y declaración del inculcado – y de terceros: así, los testigos.

Una nota que califica la admisibilidad y, en todo caso, la eficacia de la declaración, es el carácter espontáneo de ésta; la espontaneidad resulta aún más relevante en el caso de la confesión – especie de la declaración- cuyo emisor, el inculcado, no actúa bajo protesta de decir verdad, puede declarar o abstenerse de hacerlo, y aun se tolera que falte a la verdad, salvo cuando la mentira en que incurra constituya por sí misma un delito, como sucedería si, para defenderse, atribuyese a otra persona la responsabilidad del delito que se le imputa.

Procesalmente, es posible aportar como medio de prueba cualesquiera elementos de convicción que no se hallen reprobados por la ley. A este primer deslinde entre pruebas admisibles e inadmisibles sigue otro: “la mencionada “regla de exclusión”, que impide la recepción y valoración de pruebas obtenidas por medios diversos de los autorizados por la ley; así, por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura. No se trata, en la especie, sólo de restar eficacia a la prueba, sino de rechazarla de plano, negarle el acceso al procedimiento, declararla inadmisibile: por ello

quedará sin efecto – al carecer de soporte – cualquier determinación que se sustente en una prueba indebidamente admitida. Este es, por cierto, uno de los puntos más controvertidos en materia de procedimiento; aquí se enfrentan las corrientes tutelares de los derechos del individuo y las tendencias protectoras –real o supuestamente – de la sociedad, que a veces llegan a conclusiones extremas, insostenibles”.²¹¹

Es terminante la Convención de Naciones Unidas: las partes se asegurarán de que: “ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” (artículo 15). Esta, así, deviene prueba de descargo del inculpado y de cargo del agente receptor de la declaración, precisamente lo contrario de lo querido por éste. En los mismos términos, prácticamente, regula este asunto la Convención Interamericana (artículo 10).

Es así como la Ley Federal contra la Tortura, dispone hoy que no se podrá invocar como prueba: “ninguna confesión o información” obtenidas mediante tortura. Esta fórmula es descriptiva, pero resultaba preferible, la referencia a declaración, que abarca con mayor pulcritud procesal el caso del testimonio, e incluso el del dictamen (es infrecuente, por supuesto, que se aduzca tortura como medio para conseguir ciertas conclusiones en un dictamen). Recuérdese que declaración es el género en el que se reúnen todas las manifestaciones de conocimiento u opinión emitidas por participantes en el procedimiento penal. Sabemos cuales son los elementos formales de una confesión, y por ello no hay duda sobre el alcance del artículo 8° de la Ley Federal contra la Tortura. Ahora bien, la voz “información” carece de sentido unívoco: no existe, técnicamente circunscrito, un concepto procesal de información. Por ende, el intérprete debe construir esta noción.

Tomando en cuenta el propósito del legislador y la necesidad de que el reproche a la tortura y el descrédito de sus consecuencias tenga el más amplio y aleccionador impacto, parece necesario concluir que información, en este campo, es cualquier transmisión de conocimiento por parte de un sujeto llamado a intervenir en un procedimiento penal, salvo la hipótesis de la confesión, especialmente prevista en el artículo 8°. En suma, información es la versión de los hechos que suministra un testigo, la opinión técnica que aporta un perito, la noticia que brinda el redactor de un

²¹¹ *Ibíd.* Pág. 383.

documento (público o privado), y así sucesivamente. Si el testigo, el perito o el autor del documento han sido forzados mediante tortura a formalizar el acto que luego se querrá invocar en un procedimiento penal, operará plenamente el artículo 8º de la Ley Federal contra la Tortura: esos actos informativos no podrán ser invocados como prueba. Es así, y sólo así, como se da verdadero cumplimiento al propósito y a la letra del precepto que ahora comento.

Las reformas procesales penales de 1990 cuidaron de reducir el número de autoridades ante las que es jurídicamente procedente la emisión de confesiones. Se excluyó terminantemente la recepción de estas declaraciones por la Policía Judicial y se dispuso que sólo se produjeran ante el Ministerio Público y la autoridad judicial, en el entendido de que para la validez de tales confesiones resulta indispensable que éstas se rindan en presencia del defensor o de una persona de la confianza del inculpado. También halló cabida en éstos la preocupación por dotar de traductor (rectius, intérprete) al sujeto que no conoce suficientemente el idioma castellano; la falta de traductor también acarrea nulidad de la actuación.

Los Códigos de procedimientos penales son, en efecto, la sede natural para acreditar o desacreditar la confesión rendida ante autoridades diversas del Ministerio Público y el juez, o emitida en ausencia del defensor o de la persona de la confianza del inculpado; esos Códigos son, asimismo, el lugar natural para precisar las consecuencias de la falta de traductor o intérprete. Nada de esto tiene que ver, por sí mismo, con el tema de la tortura. En tal virtud, es por lo menos opinable que el artículo 9º de la Ley Federal contra la Tortura incluya estas cuestiones: se hallan fuera de la materia de la ley y, por otro lado, reiteran las previsiones claramente contenidas en la legislación procesal general.

- a) La Utilización de un Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de Tortura.

Actualmente la Procuraduría General de la República, utiliza un documento (manual) a través del acuerdo número A/057/2003, denominado “Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato. Lo anterior, para establecer las directrices institucionales que deberán seguir los Agentes del Ministerio Público de la Federación, los peritos médicos legistas y/o forenses y demás personal de la Procuraduría General de la República, cuando les sean presentados posibles casos de Tortura y/o Maltrato.

Este Documento señala lo siguiente: “Considerando: Que de conformidad con el artículo 71 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales es la encargada de operar y supervisar el funcionamiento de los servicios periciales de la institución, de auxiliar al Ministerio Público de la Federación en la búsqueda, preservación y obtención de indicios y pruebas tendientes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, así como la de emitir los criterios que deben observar los peritajes y realizar los mismos dentro del marco de la autonomía técnica;

Que entre las distintas disciplinas periciales, se encuentra la del médico legista y/o forense, cuyo objeto es practicar los estudios de necropsia, así como dictaminar sobre el estado físico y mental de las personas sujetas a declaración ministerial;

Que independientemente de la práctica de los reconocimientos y dictámenes periciales tradicionales para determinar la existencia de lesiones externas o internas producidas por algún delito diverso a la tortura, que se deben realizar conforme las disposiciones procesales aplicables, para estar en condiciones de distinguir las lesiones físicas y/o psíquicas producidas por tortura o maltrato por parte de las autoridades, es necesaria la práctica de un dictamen especializado y que trasciende el carácter médico de los anteriores, al tener un enfoque multidisciplinario, que deberá realizarse bajo una metodología específica y más rigurosa que los dictámenes acostumbrados;

Que los peritos médicos legistas y/o forenses de la institución han sido capacitados en las áreas de psicología y fotografía forense para complementar la información que requiere la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de posible Tortura y/o Maltrato de acuerdo con lo establecido por el “Protocolo de Estambul”.

Que en el marco de la Agenda de Acciones Inmediatas en materia de Derechos Humanos del Gobierno Federal, la acción 34 señala como compromiso del Ejecutivo de la Federación, la expedición del Acuerdo por el cual el C. Procurador General de la República establece directrices y/o lineamientos institucionales de actuación para la aplicación obligatoria por parte del personal ministerial y pericial, del “Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato”.

Que la Procuraduría General de la República, en cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado Mexicano en materia de Derechos Humanos, ha determinado implantar en forma obligatoria el “Protocolo de Estambul”, mismo que fue adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Lo anterior, en la inteligencia de consolidar acciones encaminadas a proteger la integridad psicofísica de las personas, en consonancia con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas y demás normativas del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, ratificados por el Senado de la República;

Que para los efectos de garantizar la seguridad jurídica que demanda la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, así como para asegurar que la información ahí recabada no sea objeto de alteraciones o cualquier acción destinadas a tal propósito, es indispensable contar con formatos preestablecidos que incorporen medidas de seguridad que hoy ofrece la tecnología disponible;

Que los principios de inviolabilidad, autonomía y dignidad en que se sustenta el concepto de persona protegida por derechos humanos fundamentales contenidos en el orden jurídico mexicano, imponen un respeto absoluto a la integridad corporal y psíquica de todas las personas, por lo que se requiere adoptar las medidas necesarias para asegurar que los hechos que pudieran constituir tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, sean identificados y erradicados, y

Que en cumplimiento de diversos instrumentos internacionales entre los que se encuentran las resoluciones 2000/32 y 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y de los compromisos internacionales en materia de derechos humanos, respecto del documento “25 acciones para combatir la tortura, derivadas de las recomendaciones dirigidas a México por los mecanismos Internacionales de Derechos Humanos”.

Estableciéndose el siguiente Acuerdo:

“PRIMERO.- El presente acuerdo tiene por objeto instruir a los agentes del Ministerio Público de la Federación, a los peritos médicos legistas y/o forenses y demás personal de la Procuraduría General de La República, respecto de la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico

Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, en cualquier persona que alegue dichos abusos, así como establecer las directrices institucionales que rigen su implementación.

SEGUNDO.- Por Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de Posible Tortura y/o Maltrato se entiende, el documento suscrito por peritos médicos legistas y/o forenses de la Procuraduría General de la República, a través del cual se rendirá al Ministerio Público de la Federación el resultado del examen médico/psicológico que se practique a cualquier persona que alegue dichos abusos, a efecto de documentar y correlacionar, en su caso, las manifestaciones de tortura y/o malos tratos con los hallazgos físicos y/o psicológicos.

TERCERO.- El Agente del Ministerio Público de la Federación ordenará a los peritos médicos forenses la práctica del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando así lo denuncie cualquier persona que alegue haber sido objeto de tortura y/o maltrato; su representante legal o un tercero;
- b) Cuando a juicio de perito médico legista y/o forense que lleve a cabo el examen del detenido, existan signos o indicios de posible tortura y/o maltrato; y
- c) Cuando lo instruya el Procurador General de la República.

CUARTO.- El Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato se practicará con el consentimiento expreso e informado, de la persona que alegue haber sido objeto de dichos abusos, para que sea revisada en su integridad psicofísica, de lo contrario, se hará constar su negativa en actuaciones de conformidad con las directrices establecidas por el “Protocolo de Estambul” en materia de examen y documentación de la tortura y/o maltrato.

QUINTO.- Para dar cumplimiento al artículo anterior, a la persona que alegue haber sido objeto de tortura y/o maltrato, a efecto de que otorgue su consentimiento expreso e informado al inicio del examen médico/psicológico, se le hará saber lo siguiente:

- a) El Propósito del examen;
- b) La naturaleza de la evaluación, incluyendo una valoración de evidencia física y/o psicológica de posible abuso;

- c) La manera como será utilizada la información;
- d) La posibilidad de otorgar o negar su consentimiento para la práctica de la entrevista y el examen médico; y
- e) Del derecho a ser reconocido por un perito médico legista y/o forense y, a falta de éste o si lo requiere además, por un facultativo de su elección en los términos del artículo 7º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Dichos facultativos deberán contar con los conocimientos necesarios para la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.

SEXTO.- Cuando se lleve a cabo la práctica del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de Posible Tortura y/o Maltrato, deberán respetarse las siguientes salvaguardas:

- a) La persona deberá ser examinada en forma individual y privada. Los Agentes del Ministerio Público de la Federación, policías federales investigadores o de cualquier otra corporación policial o de custodia no podrán estar presentes en la habitación donde se practique el examen médico/psicológico, salvo cuando a juicio del perito médico legista y/o forense examinador, la persona represente un riesgo para la seguridad del personal que realice dicho examen, en cuyo caso, no deberá ser el personal a quien se impute la tortura o el maltrato, dicha presencia deberá asentarse por el perito médico legista y/o forense responsable en el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.

En el caso de que el perito opine la existencia de lesiones posiblemente derivadas de tortura y/o maltrato, informará de inmediato al agente del Ministerio Público de la Federación, para que de manera oportuna practique el reconocimiento a que se refieren los artículos 169 y 170 del Código Federal de Procedimientos Penales, siempre que no esté imputado como participe de la tortura o maltrato. Si lo estuviere, se abstendrá de estar presente durante el reconocimiento que se realizará por el agente de la institución que asuma la investigación por este nuevo delito, sin que ello releve al agente imputado de la responsabilidad sobre el aseguramiento del detenido o la debida integración de la indagatoria primordial, y

- b) Cuando no haya perito médico legista y/o forense capacitado en el conocimiento y aplicación de la normatividad internacional contenida en el “Protocolo de Estambul” para la efectiva investigación y documentación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y/o degradantes en la Delegación de la Procuraduría General de la República de la entidad en donde actúe el agente del Ministerio Público de la Federación, éste deberá solicitar a la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales o a la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad le sea designado a la brevedad, un médico legista y/o forense especializado en la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.

SEPTIMO.- El perito médico legista y/o forense, o el perito fotógrafo deberá recabar impresiones de las lesiones visibles y de las áreas del cuerpo donde la persona examinada alegue haber sido torturada y/o maltratada, aun cuando dichas lesiones no sean evidentes. Si lo anterior no fuese posible, así se deberá asentar en el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato. En todos los casos de lesiones visibles, el perito médico legista y/o forense señalara en los gráficos con la silueta corporal contenidos en el Dictamen referido, la ubicación de las lesiones encontradas.

OCTAVA.- En casos de lesiones no evidentes al exterior en que la persona examinada presentara un cuadro clínico compatible con algún padecimiento orgánico o funcional que afecte su salud, los peritos médicos legistas y/o forenses deberán notificarlo inmediatamente al agente del Ministerio Público de la Federación. En su caso, deberán informarle, por escrito y a la brevedad, la necesidad de asistencia médica complementaría, interdisciplinaria u hospitalaria, para los efectos de su competencia.

NOVENO.- El formato del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato deberá reunir las siguientes especificaciones técnicas:

- a) Impresión del formato en papel seguridad;
- b) Impresión del formato con tinta fugitiva;
- c) Folio único seriado para cada formato;

- d) Holograma en tercera dimensión, en cuyo fondo aparecerá el Escudo de los Estados Unidos Mexicanos con el acrónimo PGR, así como el nombre del dictamen médico, y
- e) El Dictamen Médico/Psicológico Especializado estará embalado en sobre especial, sellado con el holograma referido en el anterior inciso d), conteniendo un formato original impreso en hojas color blanco y cuatro copias impresas en hojas en colores azul, amarillo, rosa y verde, a efecto de que cada una le sea entregada a sus respectivos destinatarios en los términos del artículo Décimo Primero.

DECIMO.- Los formatos del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato deberán ser asignados a los peritos médico legistas y/o forenses para que sea aplicado en los términos del artículo Sexto del presente Acuerdo.

La Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales será responsable de distribuir los formatos de Dictamen Médico/Psicológico Especializado, cuidando que se asiente en el contrarecibo la firma del perito respectivo, el número de formatos recibidos, así como los folios que correspondan a cada uno de ellos. Copia del registro de los recibos señalados deberá obrar tanto en la Dirección General antes citada como en la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad.

DECIMO PRIMERO.- La Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales llevará un control de los formatos para el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato utilizados. En dicho control se especificará el número de folio único del Dictamen Médico/Psicológico Especializado, así como los nombres del perito médico legista forense y de la persona a la que se le aplique.

El formato original del Dictamen Médico/Psicológico Especializado deberá agregarse al expediente de la averiguación previa que la Representación Social de la Federación haya de iniciar por hechos de posible tortura y/o maltrato, lo anterior, en la inteligencia de que el resultado que arroje el Dictamen evidencie indicios suficientes para presuponer la existencia de tales ilícitos. De lo contrario, el original del Dictamen de referencia se agregará a las constancias de la indagatoria en que esté actuando la Representación Social de la Federación.

Asimismo, las copias a que se refiere el inciso e), del artículo Noveno del presente Acuerdo se entregarán, respectivamente a la persona que alegue haber sido objeto de tortura y/o maltrato, su representante legal o quien aquella designe, a la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales; a la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad; y, en su caso, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuando expresamente las solicite.

De conformidad con lo señalado por el “Protocolo de Estambul”, los agentes de la Policía Federal Investigadora no tendrán acceso ni recibirán copia del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, salvo los designados para la investigación correspondiente o quienes tengan el derecho de consultar la averiguación previa.

DECIMO SEGUNDO.- En caso de que el Dictamen Médico/Psicológico Especializado Se llegare a requisitar de forma errónea, éste se deberá cancelar levantando el jefe inmediato del perito la constancia administrativa respectiva, en la cual se especificaran los motivos que dieron lugar a la cancelación del documento. La constancia de cancelación, el formato erróneamente requisitado y sus respectivas copias, se remitirán a la Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales. Una copia de la constancia señalada se enviará a la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad para el control y registro correspondiente.

Dichos artículos son los más importantes del acuerdo correspondiente. Documento que por su creación fue importante, para que especialistas en el campo médico/forense determinen si existe o no un hecho de tortura en el sujeto detenido o privado de su libertad, prueba técnica indispensable para la comprobación del ilícito a estudio, por lo que su creación y difusión fue un gran acierto por parte de las autoridades Ministeriales”.

3. 5. ¿PRESUNCIONES DE TORTURA?

Es admisible que la Ley Federal contra la Tortura no haya incorporado una debatida propuesta, la formulación de “presunciones de tortura”.

3. 6. ORDENAMIENTOS DE APLICACIÓN SUPLETORIA.

El artículo 12, último en el texto principal de la Ley Federal contra la Tortura, establece la aplicación supletoria de diversos ordenamientos, en todo lo no previsto por la propia ley, se trata del Código Penal Federal, y del Distrito Federal vigentes, así como de los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal, ya invocados con el mismo fin, por el artículo 7º de la ley de 1986. La Ley de 1991 añade otro ordenamiento para aplicación supletoria: la Ley Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

No queda aún claro el propósito de incorporar la citada legislación reglamentaria del artículo 119 Constitucional, cuya materia es la extradición, endógena y exógena. Asimismo, es menester observar que ese texto supremo cuenta con dos ordenamientos reglamentarios, no con uno, como se deduce de la Ley Federal contra la Tortura, habida cuenta de la doble vertiente del artículo 119. Por una parte existe una Ley, llamada “Ley Reglamentaria del Artículo 119 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos”, acerca de extradición entre Estados de la República. Por otra parte, existe también una “Ley de Extradición Internacional”, que trata, - en forma supletoria con respecto a tratados internacionales de la materia: artículo 3º- sobre extradición entre países.

En todo caso – a propósito de los llamados actos de colaboración o asistencia procesal -, hubiera sido mejor declarar que: “la tortura figurará siempre entre los delitos que dan causa a la extradición, y que ésta no se concederá cuando haya motivos suficientes para creer que el sujeto cuya entrega se solicita, será sometido a tortura en el Estado requirente; también, que se prestará y pedirá activa colaboración a otros Estados para el buen desarrollo de los procedimientos penales concernientes a casos de tortura. Así lo indica la Convención de las Naciones Unidas (artículos 3º, 8º y 9º respectivamente). En la Convención Interamericana, el asunto de la extradición – regulado bajo los mismos criterios –se menciona en los artículos 11 y 13”.²¹²

3.7. PUNIBILIDAD.

3.7.1. Sanción Penal.

²¹² *Ibíd.* Pág. 388.

a) “Privativa de Libertad” (Prisión).²¹³

El artículo 25 del Código Penal Federal establece: “La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión. En este caso, las penas se compurgaran forma simultánea.

La punibilidad del delito a estudio asociada al tipo doloso consumado es de prisión de tres a doce años; y de doscientos a quinientos días multa e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tantos del lapso de privación de libertad impuesta (artículo 4º de la Ley); cubrir el pago de los gastos de asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito; reparación del daño e indemnización por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos en los casos de: pérdida de la vida, alteración de la salud, pérdida de la libertad, pérdida de ingresos económicos, incapacidad laboral, pérdida o daño de la propiedad, menoscabo de la reputación. El Estado está obligado solidariamente a la reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil.

La punibilidad para la tentativa, se establece de acuerdo con los artículos 51 párrafo segundo y 63 del Código Penal Federal. El artículo 63 del Código Penal Federal establece lo siguiente: Al responsable de tentativa punible se le aplicara a juicio del Juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el Delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario.

²¹³ La punibilidad es la conminación de privación o restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y que debe determinarse cualitativamente por la clase de bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y del ataque a éste.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando este fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicaran hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima, y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.”

El Artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales vigente, señala lo siguiente: “Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes: IV.- De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3° y 5°.

El último párrafo del artículo anteriormente expuesto señala: La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.”

Por lo que, una vez lo anteriormente expuesto, estableceríamos que la penalidad para la tentativa es: prisión de 3 a 9 años.

La Convención de las Naciones Unidas resolvió que “todo Estado parte castigará (la tortura) con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad” (artículo 4, inciso 2). La Convención Interamericana estatuye que para castigar la tortura, los Estados establecerán “sanciones severas que tengan en cuenta su gravedad” (artículo 6, segundo párrafo).

El inmediato antecedente mexicano, la Ley de 1986, castigaba la comisión de tortura con prisión de dos a diez años, doscientos a quinientos días multa, y privación del cargo del agente e inhabilitación para el desempeño de cualquier otro cargo, empleo o comisión hasta por dos tercios del tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta (artículo 2).

La eficacia de una pena desde el punto de vista de la prevención general supone dos cosas: primero, una sanción adecuada a la gravedad del delito y suficiente, en calidad y cantidad, para disuadir a quienes pudieran incurrir en él, y segundo, que la sanción se aplique

efectivamente, esto es, que no quede como letra muerta en la ley; dicho en otros términos, que no haya impunidad. Esta, no la levedad real o supuesta del castigo, alienta la comisión de delitos. Ya Beccaria sostenía, hace dos siglos, que la certeza de que se perseguirá el delito y se sancionará al delincuente es el mejor medio para disuadir a los potenciales infractores.

La Ley Federal contra la Tortura incrementó la sanción privativa de libertad, en forma que se aplica a todas las hipótesis de tortura – artículos 3º y 5º -, como sigue: prisión de tres a doce años. Las otras sanciones permanecen en los términos de 1986.

Ciertamente, el delito de tortura merece elevadas sanciones, traducción del severo reproche social que esta conducta amerita. Ahora bien, sigue siendo cierto que: “el destierro de la impunidad sirve mejor a la defensa social que la gravedad de las penas. Importa, sobremanera, que no quede sin sanción la conducta del torturador: lo mismo la de quien practica por sí el tormento, que la de quienes lo disponen o permiten que suceda”.²¹⁴

b) Sanción Pecuniaria.

La sanción pecuniaria, en materia penal, comprende: La multa; y, la reparación del daño, así lo establece el artículo 29 del Código Penal Federal vigente.

1.- Multa.

La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de mil, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

Obviamente si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo.

Hay otras estipulaciones penales que conviene destacar. Efectivamente, la oración final del artículo 4º dispone que “para los efectos de la determinación de los días multa, se estará a lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal”. Es, desde luego, innecesaria esta referencia. Todas

²¹⁴ García Ramírez Sergio. Ob. cit. Pág. 373.

las sanciones se hallan descritas en el Código sustantivo. Sobre la remisión explícita, como hubiera sobrado un reenvío al artículo 25, por ejemplo, para asegurar que la prisión se ajustará a los términos de este precepto.

2.- Reparación del Daño.

Señala el artículo 30 del Código Penal Federal, lo siguiente: “La reparación del daño comprende:

I.- La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

II.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y

III.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados. El artículo 10 de la Ley Federal contra la Tortura, se ocupa en otros aspectos de la punición, a saber, los relativos a la reparación del daño. Vale recordar que el inciso 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas – que en este punto ha influido más en la legislación mexicana que la Convención Interamericana – dispuso que “toda parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización”. Por su parte, el artículo 9º de la Convención Interamericana sostiene que los Estados “se comprometen a incorporar a sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura”. Añade: “Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente”.

La exposición de motivos de la Iniciativa hizo notar que se deseaba establecer una doble obligación para el responsable de tortura: cubrir diversos gastos de la víctima o sus familiares como consecuencia del delito, e indemnizar a los mismos sujetos en caso de pérdida o menoscabo de ciertos bienes jurídicos. Los dictaminadores en el Senado coincidieron con la

Iniciativa en este punto, pero creyeron conveniente añadir un último párrafo al artículo 10° para hacer valer la responsabilidad subsidiaria del Estado, en estos casos, por la conducta ilícita de un servidor público.

Para los fines que aquí interesan, recordemos que las fracciones II y III del artículo 30 incluyen entre los conceptos del resarcimiento penal. “La indemnización del daño material y moral y de los perjuicios ocasionados”. Por su parte, el artículo 10 de la Ley Federal contra la Tortura deslinda entre : a) determinados gastos que debe cubrir el responsable del delito (también, en su caso, los terceros civilmente responsables, si se actualizara esta hipótesis más allá de lo previsto en la parte final del artículo 10, acerca del Estado); y b) reparación del daño e indemnización por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos – que ahí funcionan como derechohabientes – en una serie de casos que estipula la segunda parte del artículo 10°.

Los gastos que considera la hipótesis señalada sub a) son los de “asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito”. Ahora bien, parece claro que estos “gastos” caen perfectamente en el rubro de daño y perjuicios, sin necesidad de una enunciación casuística que implícitamente les atribuya otro carácter.

En cuanto a los elementos que se reúnen bajo la hipótesis indicada sub b), el artículo 10 enuncia: pérdida de la vida, alteración de la salud, pérdida de la libertad, pérdida de ingresos económicos, incapacidad laboral, pérdida o daño a la propiedad y menoscabo de la reputación. También es patente, a nuestro entender, que algunos de estos rubros se encuentran ya considerados sub a); todos, en definitiva, caben en el concepto genérico de daños y perjuicios.

Otras reiteraciones aparecen en los dos últimos párrafos del mismo artículo 10° que venimos comentando. Dice el antepenúltimo: “Para fijar los montos correspondientes (se entiende que a los casos que detalla la segunda parte del artículo 10, ahora identificados como hipótesis b), el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado”, lo cual es obvio.

Indudablemente el legislador ha querido evitar discusiones acerca del alcance del resarcimiento y favorecer ampliamente la reparación de daños y perjuicios; de ahí que haya

incurrido en algunas reiteraciones y en la formulación de catálogos cuya necesidad técnica es discutible, pero cuya conveniencia práctica parece evidente. Por ello es admisible la fórmula que contiene la ley acerca de la reparación de daños y perjuicios en el supuesto específico de la tortura. Obligaré al Ministerio Público, en el planteamiento de su pretensión específicamente en las conclusiones – y al juzgador – la precisión del resarcimiento – a considerar cada uno de los términos que aquí maneja la ley, para individualizar con rigor el monto de la reparación.

El último párrafo, que remite expresamente a la fracción VI del artículo 32 del Código Penal Federal, sostiene que, en los términos de éste, el Estado se halla obligado solidariamente a la reparación de daño. Tampoco era necesario el reenvío, en virtud del claro enunciado que existe – como la propia Ley Federal contra la Tortura reconoce – en la fracción VI del artículo 32 de aquel Código, precepto, éste, que establece quienes se hallan civilmente obligados a reparar el daño cometido por terceros delincuentes (responsabilidad civil, no penal, pues, porque esta no pasa de la persona del infractor, so pena de incurrir en sanciones trascendentales). En estos supuestos figura – fracción VI – “El estado, solidariamente, por sus servidores públicos”. Tómese en cuenta que el tipo fundamental de tortura se incluye la calidad de servidor público por parte del sujeto activo.

Sin embargo, también aquí es plausible la fórmula establecida por el legislador, como se hizo ver en el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados: “redundante desde el punto de vista técnico, pero conveniente para fines prácticos, sobre todo si se toma en cuenta que en nuestro medio es verdaderamente excepcional que se condene al Estado a reparar el daño delictuosamente causado por sus funcionarios o empleados. Esta prevención podrá contribuir – si no queda en letra muerta – a satisfacer las necesidades de las víctimas de estos delitos y a modificar la conducta del Estado en la asunción de responsabilidades de este género, lo que acaso favorecerá una supervisión más rigurosa sobre el comportamiento de los servidores públicos”.²¹⁵

La reparación del daño proveniente del delito, que deba ser hecha por el delincuente, tiene carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público.

²¹⁵ Ibidem. Pág. 376.

Cuando dicha reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales. Quienes se consideren con derecho a la reparación del daño que no puedan obtener ante el juez penal, en virtud del no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, sobreseimiento o sentencia absolutoria, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

El importe de la sanción pecuniaria se distribuirá entre el Estado y la parte ofendida, al primero se aplicará el importe de la multa y al segundo la reparación del daño. Si no se logra hacer efectivo todo el importe de la sanción pecuniaria se cubrirá de preferencia la reparación del daño y en su caso, a prorrata entre los ofendidos.

La reparación del daño se mandará hacer efectiva en la misma forma que la multa. Una vez que la sentencia que imponga tal reparación cause ejecutoria el tribunal que la haya pronunciado remitirá de inmediato copia certificada a la autoridad fiscal competente y está, dentro de los tres días siguientes a la recepción de dichas copias, iniciará el procedimiento económico coactivo, notificando de ello a la persona en cuyo favor se haya decretado, o en su defecto, a su representante legal.

Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable con el producto de su trabajo en prisión, el reo liberado seguirá sujeto a pagar la parte que falte.

El juzgador, tomando en cuenta el monto del daño y la situación económica del obligado, podrá fijar plazos para el pago de la reparación de aquel, los que en su conjunto no podrán exceder de un año, pudiendo para ello exigir garantía si lo considera conveniente. Lo mismo procede para la multa.

Como se puede advertir, la sanción pecuniaria en materia penal tiene un tratamiento distinto a la sanción económica en materia administrativa, en tanto que aquella es mucho menos severa. Por esta razón es recomendable, que cuando exista presunta responsabilidad penal del servidor público, también se sujete a este al procedimiento disciplinario que contempla la Ley Federal de Responsabilidades, o en su caso, al que contempla la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a efecto de imponerle, si es procedente, sanciones como la suspensión temporal, la destitución, la inhabilitación y, sobre todo, la sanción económica que tiene como límite dos tercios del lucro indebidamente obtenido de los daños y perjuicios causados para que sea más concordante con el tenor y el espíritu del artículo 111 constitucional.

La obligación de pagar la sanción pecuniaria es preferente con respecto a cualquier otra contraída con posterioridad al delito, con excepción de las pensiones alimenticias y las relaciones laborales.

3.7.2. Sanción Administrativa.

El juez penal que conoce del ilícito está facultado para imponer al servidor público culpable las sanciones consistentes en la suspensión, destitución e inhabilitación del empleo, cargo o comisión que desempeñe, cuando la conducta delictiva haya sido cometida por motivo de sus funciones laborales. Las mismas reglas que se aplican en materia administrativa, también se aplican en materia penal para los trabajadores de base; es decir, el cese de los efectos del nombramiento debe tener causa justificada en los términos del artículo 46 de la ley burocrática y debe demandarse ante el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje.

Destitución o suspensión de funciones o empleos, la suspensión de derechos reconoce en nuestra legislación dos especies: I.- La que por ministerio de la ley resulta de una sanción como consecuencia de ésta; y II, la que por sentencia formal se impone como sanción. En el primer caso, la suspensión comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia. En el segundo caso, si la sanción, se impone con otra sanción privativa de libertad, comenzará al terminar ésta y su duración será señalada en la sentencia. (Artículo 45 del Código Penal Federal).

Catalogada también como pena o medida de seguridad la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos (artículo 24 del Código Penal Federal).

Si consideramos, con García Máynez, que la sanción es: "...la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado a efecto de mantener la observancia de las normas, reponer el orden jurídico violado y reprimir las conductas contrarias al mandato legal, podemos afirmar que el fin perseguido con la imposición de sanciones es:

“a) Mantener la observancia de las normas, en cuyo caso se obliga al infractor a cumplir con el mandato legal en contra de su voluntad, lo que constituye el cumplimiento forzoso.

b) Cuando no es posible lograr de manera coactiva la realización de la conducta que ordena la norma, la sanción puede consistir en obtener del infractor una prestación

económicamente equivalente a la obligación incumplida, en cuyo caso estaremos ante la reparación del daño o indemnización.

c) Finalmente, cuando el daño causado sea irreparable, la sanción consistirá en un castigo que restrinja la esfera de derechos del infractor, como la destitución, la inhabilitación o la privación de la libertad”.²¹⁶

La doctrina clasifica las sanciones con diversos criterios, como pueden ser: el de la naturaleza del órgano competente para su aplicación, que distingue entre las sanciones judiciales y las administrativas; el de la naturaleza de su contenido, que las agrupa en pecuniarias, privativas de la libertad y restrictivas de otros derechos; y el de la naturaleza de la obligación infringida, que las identifica como sanciones civiles, penales, administrativas.

Con base en los criterios expuestos, en materia de responsabilidades administrativas de los servidores públicos las sanciones sólo pueden ser tener como fin la reparación del daño y la restricción de la esfera de derechos del infractor, puesto que el incumplimiento que constituye la infracción es un hecho consumado, y aunque se obligara al servidor público a realizar una conducta equivalente, la lesión a los valores fundamentales de la función pública ya estaría producida, por lo que el cumplimiento forzoso no puede ser impuesto como sanción.

Por otra parte, las sanciones penales tienen un contenido competencial diferente, conforme a los principios constitucionales que informan la materia penal, atribuyendo la aplicación de las penas a la autoridad judicial.

Establecida esta pena en la fracción 13ª del artículo 24 del Código Penal Federal.

Por último, catalogada también como pena o medida de seguridad, la inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleo (art. 24, núm. 13 C.P.), así lo señala el maestro Carranca y Trujillo Raúl.

²¹⁶ Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto. “El Sistema de responsabilidades de los servidores públicos”, Tercera Edición, Editorial Porrúa, S.A. México, 1999, Pág. 105.

Específicamente, para delitos cometidos por Servidores Públicos, se impone al juzgador al individualizar la pena la obligación de considerar otros elementos, relacionados con la situación que guarde el servidor público en cuanto a su empleo o cargo la necesidad de reparar los daños y perjuicios (art. 213 C.P. Federal), así lo señala el maestro Fernando Castellanos Tena.

a) Destitución.

Por tanto, la imposición de las penas constituye un acto de autoridad en todo el sentido de la palabra, como la expresión de un poder que ejerce en razón del status activae civitatis a que hacíamos referencia, el cual se explica por la posición del ciudadano que participa en el ejercicio del poder público, que lo hace diferente a los demás ciudadanos.

Como actos de autoridad, las sanciones administrativas quedan sujetas a los requisitos de fundamentación y motivación que la Constitución exige para todos los actos de molestia, pero al mismo tiempo tienen la característica de ejecutividad de los actos.

b) Inhabilitación.

La sanción de inhabilitación para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público se encuentra prevista en la fracción 13ª del artículo 24 del Código Penal Federal.

La imposición de esta sanción presentó un problema semejante al caso de las sanciones de suspensión y destitución ya que, en los términos de la fracción V del artículo 56 de la propia ley, la inhabilitación se impondría por resolución jurisdiccional, según las leyes aplicables, sin precisar cuáles son esas leyes y cuáles los órganos correspondientes.

Es conveniente señalar que la eliminación del contenido económico para los efectos de imposición de la sanción de inhabilitación constituyó un paso importante, ya que con el texto anterior podrían darse casos en que no obstante que la infracción cometida fuese grave, si la conducta infractora no tenía contenido económico el tiempo de inhabilitación quedaba reducido a un máximo de tres años.

Con la reforma de 1992 también se precisó que cuando se haya inhabilitado a un servidor público por un plazo mayor de diez años, sólo podrá volver a desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, una vez que transcurrido el plazo, previa comunicación razonada del Titular de la Dependencia en que pretenda ingresar, dirigida a la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo.

Otra modificación importante consistió en la eliminación de la referencia relativa a que esta sanción debería ser impuesta por “resolución jurisdiccional”, expresión que tantos problemas de interpretación provocó, ya que el término “jurisdiccional” se utiliza en la propia ley para referirse a los órganos juzgadores, tal como se desprende del texto de la fracción IX de su artículo 3º y del párrafo tercero del actual artículo 51, que al mencionar a las “autoridades jurisdiccionales” identifica a los tribunales.

De la misma forma, los artículos 75 y 76 se refieren a la sanción de inhabilitación que quedará a juicio de quien resuelva, independientemente de que deberá surtir sus efectos al notificarse la resolución correspondiente, cuando se imponga a los servidores públicos de confianza.

Aquí se hace nuevamente la distinción entre las diferentes calidades de servidores públicos, sin precisar un procedimiento especial cuando la sanción de inhabilitación se imponga a los servidores públicos que no sean de confianza, no obstante que en ninguna ley se establece disposición alguna respecto a la inhabilitación. Por lo mismo, se debe reconocer al acto sancionador su carácter de acto administrativo, con los mismos requisitos y las consecuencias que ello implica, dando coherencia y unidad a la regulación de la facultad y al procedimiento disciplinario.

Establecida en el artículo 4º de la Ley Federal contra la Tortura, establece una inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos hasta por dos tantos del lapso de privación de libertad impuesta.

La proporcionalidad en la aplicación de sanciones. El artículo 213 del Código Penal Federal, considera como agravante de responsabilidad penal el hecho de que el sujeto tenga la

categoría de funcionario público o empleado de confianza, por consiguiente, el juez penal competente deberá tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

- Si el servidor público es trabajador de base, funcionario o empleado de confianza;
- Su antigüedad en el empleo;
- Sus antecedentes de servicio;
- Sus percepciones;
- Su grado de instrucción;
- La necesidad de reparar los daños y perjuicios causados por la conducta ilícita y,
- Las circunstancias especiales de los hechos constitutivos del delito.

Lo anterior, sin perjuicio de la categoría de funcionario o empleado de confianza será una circunstancia que podrá dar lugar a una agravación de la pena.

3.8 CONCURSO DE DELITOS.

3.8.1. Concepto.

En ocasiones un mismo sujeto es autor de varias infracciones penales: a tal situación se le da el nombre de concurso, sin duda porque en la misma persona concurren varias autorías delictivas. El concurso de delitos puede ser ideal y material.

“A veces el delito es único, consecuencia de una sola conducta; pero pueden ser múltiples las lesiones jurídicas, bien con unidad en la acción o mediante varias acciones; finalmente, con varias actuaciones del mismo sujeto se produce una única violación al orden jurídico”.²¹⁷

Con la creación del tipo de tortura, surge la inquietud de cuando nos encontramos ante un verdadero concurso de delitos o cuando ante un concurso aparente de normas en los que tenemos que basarnos en los principios teóricos que se han establecido para lograr su distinción o en su caso su solución.

²¹⁷Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. Pág. 307.

El presente punto realizara el estudio de los concursos de delitos, así como del concurso aparente de normas, a fin de dejar bien claro cuando estamos ante uno u otro.

“Hay concurso de delitos cuando un individuo viola varias veces la Ley Penal, razón por la cual debe responder de varios delitos”.

Los problemas del concurso derivan de la conducta reiteradamente delictuosa de un mismo agente o de los diversos resultados obtenidos a virtud de ella. La primera hipótesis que se ofrece es la de la unidad de la acción y del resultado; pero pueden darse unidad de acción y pluralidad de resultados, pluralidad de acciones y unidad de resultado y pluralidad de acciones y de resultados, incriminables todos en cuanto a un mismo sujeto.

- a) Unidad de acción y de resultado.- Lo general es la unidad de acción y de resultado, siendo una la acción por constituir un solo acto u omisión; pero también porque, integrándose la acción por varios actos, se consideren todos como uno solo, cual ocurre en el homicidio o las lesiones en riña, caso en que el acto se descompone en varios particulares vertebrados todos por la unidad de intención: privar de la vida o lesionar. El delito es siempre uno solo en el caso de unidad de acción y de resultado, hipótesis ésta la más frecuente en la realidad.
- b) Unidad de acción y pluralidad de resultados: concurso ideal o formal.- Pero también es uno el delito cuando, habiendo unidad de acción, hay pluralidad de resultados (Ej.: una sola injuria dirigida contra varias personas, una sola imprudencia del automovilista, produciendo la destrucción de un cristal y las lesiones a un transeúnte). La acción es, en estos casos también, una sola; los resultados, plurales. La sanción puede, por ello, ser agravada.

Actualmente en nuestro derecho siempre que con un solo hecho ejecutado en un solo acto, o con una omisión, se violen varias disposiciones penales que señalen sanciones diversas, se aplicara la del delito que merezca pena mayor, la cual podrá aumentar hasta una mitad más del máximo de su duración. Los resultados varios, dañosos, justifican la acumulación de sanciones sobre la base del delito mayor. La gran amplitud de márgenes entre el mínimo y el máximo de la sanción permite al arbitrio judicial adecuar la misma a la peligrosidad del agente.

- c) Pluralidad de acciones y de resultados: concurso real o material.- por último, puede darse pluralidad de acciones con pluralidad de resultados. Entonces se está en presencia de delitos diversos que dan lugar al concurso real o material. Si el sujeto no ha sido sentenciado por ninguno de ellos en nuestro derecho procedía la acumulación: hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlos no está prescrita. (Artículo 18 del Código Penal Federal). Y si por alguno de los delitos había recaído ya sentencia firme, sólo hay reincidencia: hay reincidencia siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviene de un delito que tenga este carácter en este Código o en leyes especiales. (Art. 20 Código Penal Federal).

A más de la pluralidad de acciones y de resultados, el concurso real o material, que da lugar a la acumulación, requiere unidad de agente, distintas acciones independientes y ausencia de sentencia firme sobre todas las infracciones acumulables, condición que subsiste cuando uno de los delitos cometidos antes de la condena por otro delito, sea descubierto o se cometa durante el proceso que motive éste.

En cuanto a la penalidad aplicable al concurso real, se sostiene la acumulación material de penas: *quos delicta, tot poenae*, pero este sistema ha sido criticado por excesivo (Mittermainer), ya que la primera pena es la que se cumple con más dolor siempre (Alimena).

En nuestro derecho se estableció un sistema que, tomando como base la pena progresiva única, permite llegar hasta la acumulación material según la temibilidad del sujeto apreciada en función del arbitrio jurisdiccional: “En caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentara hasta una mitad del máximo

de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero.” (Art. 64 del Código Penal Federal).²¹⁸

Para el régimen legal del concurso de delitos son concebibles en teoría tres sistemas: la absorción, la acumulación jurídica y la acumulación material.

La forma de distinguir el concurso de delitos con el llamado delito continuado (Cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal) radica en la resolución; cuando existe una unidad de propósitos o resolución estaremos ante un delito continuado; en tanto que cuando esa unidad de resolución no puede establecerse nos encontramos ante una acumulación de delitos.

No obstante ambas figuras tienen mucha similitud, en tanto que ambas exigen un solo sujeto activo, en las dos puede existir la violación reiterada de los mismos preceptos legales e incluso el mismo sujeto pasivo.

Por lo que únicamente podemos señalar que hay concurso de delitos, cuando existe pluralidad de conductas típicas por un solo agente que produce varios resultados que violan distintos bienes jurídicos o bien, una sola conducta con diversos resultados.

3.8.2. Clases de Concurso de Delitos.

El artículo 18 del Código Penal Federal, señala: “Existe concurso ideal, cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Existe concurso real, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Artículo 19.- No hay concurso cuando las conductas constituyen un delito continuado.”

a) Ideal o Formal.

“Existe concurso Ideal cuando con una sola acción u omisión se cometen varios delitos”.

²¹⁸ Carranca y Trujillo Raúl. Ob. Cit. Pág. 702.

La tajante diferencia entre el concurso Ideal y el concurso Real, fundado en la Unidad de acción del primero de ellos, esta en controversia. Ciertamente, la más grande de las confusiones reina en el mal llamado concurso de delitos.

Los requisitos del Concurso Ideal están unos expresados y otros tácitamente requeridos en esa definición: a) Unidad de “hecho” (acto); b) violación de varias disposiciones legales; c) Unidad de resolución.

- a) Unidad de “hecho” (Acto). Todas las dudas y discusiones provienen de no haber establecido exactamente la diferencia entre el hecho, acto y acción. En síntesis, coincidimos con la tesis de los intérpretes italianos, si bien llamamos acto a lo que ellos llaman hecho, y como acto debe interpretarse el vocablo hecho que varios de esos Códigos usan.

En efecto, de acuerdo con Carrara esta exigencia como la obra del agente, o sea, el hecho (ellos dicen la “acción”) y sus consecuencias; es decir, que no se debe referir el acto al mero hecho que el sujeto realiza, desde su propio punto de vista, sino que abarca el resultado, la modificación real en el mundo exterior. Por eso no debe ser designado como hecho, sino como acción o acto, puesto que sabemos que este comprende dos elementos, a más de la relación de causalidad: manifestación de voluntad y resultado. Hecho es el disparo o los disparos, acto o acción, el disparo o los disparos y el resultado: de muerte o lesiones.

- b) violación de varias disposiciones legales.- Nada tenemos que añadir a cuanto se expuso sobre este requisito al tratar de exigencia idéntica y con las mismas palabras expresadas, en el delito continuado.
- c) Unidad de Resolución.- Aquí si debe exigirse. Esta condición se esclarece con la doctrina de criterios objetivos encontrados en la inseparabilidad de las lesiones jurídicas.

Las lesiones: son inseparables “cuando en la violación de un derecho va comprendida en tal forma la violación de otro que, aún queriendo el autor una sola violación, el resultado hubiera sido el mismo” Y por eso, ese exceso de voluntad – la que tendía a la segunda lesión – no tiene

por que ser imputado en razón de ser fundamentalmente inoperante para producir un mal mayor que el causado ya la primera determinación”.²¹⁹

a) Real o Material.

Existe concurso real del delito, según lo dispone el artículo 18 del Código Penal Federal, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

La existencia de un concurso real presupone, en primer lugar, la existencia de una pluralidad de acciones. La comprobación de esta pluralidad tiene lugar en forma negativa: habrá pluralidad de acciones si se descarta la unidad de acción.

En segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la Ley Penal, lo que como – en el concurso ideal – presupone que los tipos penales realizados son independientes.

El problema principal que ofrece el concurso real es la determinación de la pena aplicable.

d) Delito Continuo.

Pluralidad de acciones y un solo resultado (Unidad de resultado). El delito continuo o continuado.- Cuando hay pluralidad de acciones parciales que concurren entre todas a integrar un solo resultado, también el delito es uno solo y se denomina continuo: se considera para los efectos legales delito continuo aquel en que se prolonga sin interrupción por más o menos tiempo la acción o la omisión que lo constituyen (Artículo 19 del Código Penal Federal).

Una conducta reiteradamente delictuosa, puede lesionar el mismo bien tutelado por el Derecho. Las acciones son múltiples, pero una lesión jurídica. Se habla entonces del delito continuado. Recuérdese que es continuado en la conciencia y discontinuo en la ejecución. Consiste en unidad de resolución, pluralidad de acciones y unidad de ataque jurídico.

El Código Penal en la fracción II del artículo 7º señala que el delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo. Nótese que nuestra ley llama

²¹⁹ Jiménez de Asúa, Luis. “La Ley y el Delito” *Ibíd.* Págs. 532.

indistintamente continuo o permanente al delito que permite la posibilidad de prolongar en el tiempo el comportamiento, de tal modo que sea idénticamente violatorio del Derecho en cada uno de sus momentos. Tal es el caso de los delitos de privación de libertad. Mientras en el delito continuado son varias las acciones emanadas de la misma resolución (robar determinados objetos mediante conductas repetidas), en el continuo o permanente la acción o la omisión son únicas.

El mismo ordenamiento señala en la fracción III del citado artículo 7º que: “el delito es continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”

Esta figura del delito continuado entraña una novedad en el Código y fue introducida por la reforma de 1983.

El último párrafo del artículo 64 establece que en caso de delito continuado, se aumentara de una mitad hasta las dos terceras partes de la pena que la ley prevea para el delito cometido, sin que exceda del máximo señalado en el Título Segundo del Libro Primero.

Además: “La determinación de que un delito es instantáneo, permanente o continuado, no solamente tiene relevancia para los efectos de la distinción con el concurso, sino muy especialmente para marcar el momento en el cual debe empezar a correr el término para la prescripción; a fin de determinar el lugar de realización y estar en condiciones de fijar la competencia; para precisar si ya se ejecutó, o si se ésta ejecutando. Caso éste en donde puede oponerse la defensa legítima”.²²⁰

3.9. CONCURSO APARENTE DE NORMAS Y LOS PRINCIPIOS QUE LO SOLUCIONAN.

Hay supuestos en lo que parece que concurren varios tipos penales, pero que observados más cercanamente nos permite percatarnos de que el fenómeno es aparente, porque, en la interpretación adecuada de los tipos excluye al otro o a los otros. Suele llamarse a estos casos “Concurso aparente de Tipos” o “Concurso aparente de Leyes”, aunque también se les llamó

²²⁰Castellanos Tena Fernando. Ob. cit. Pág. 310.

“Concurso de Leyes” (expresión equivocada, porque el concurso de leyes en realidad es el concurso ideal) o “unidad de ley”, lo que denota que no hay concurrencia de leyes, y también, aunque menos frecuentemente, “colisión de normas penales”. De todas ellas, por ser las más claras, preferimos las de “concurso aparente” o “concurso aparente de tipos”.

Hay tres principios que son utilizados para descartar la aplicación de tipos penales en los casos de concurrencia aparente y que la doctrina admite pacíficamente, aunque hay autores que aumentan el número con un cuarto principio. Se trata de los principios de especialidad, concusión, subsidiaridad. Algunos autores agregan el principio de alternatividad, pero, en realidad, la alternativa es el resultante de la aplicación de los anteriores.

- a) El principio de especialidad responde a la antigua y conocida regla según la cual la ley especial deroga a la general.
- b) En función del principio de concusión, un tipo descarta a otro porque consume o agota su contenido prohibitivo, es decir, porque hay un encerramiento material. Es un caso de concusión el del hecho posterior que resulta consumido por el delito previo.
- c) El tercer principio que produce el descarte de uno de los tipos es el de la subsidiaridad, que tiene lugar cuando hay una progresión en la conducta típica, en la que la punibilidad de la etapa más avanzada mantiene interferida la tipicidad de las etapas anteriores.

Para solucionar el concurso aparente entre tortura como medio de Comisión inferir dolor o sufrimiento psíquico, debemos acudir al principio de concusión o absorción en el que las amenazas son absorbidas por la tortura al ser este su medio comisivo.

Para resolver el concurso aparente de normas entre tortura y extorsión, acudiremos al principio de especialidad en donde La Ley Especial, en este caso la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, es preferente y deroga a la Ley General, que lo es el Código Penal Federal.

Por lo que hace a la intimidación, conducta que nuestra legislación contempla como Delito, nos encontramos ante una conducta similar a la tortura, sin embargo, la finalidad es distinta ya que, en lugar de hacer uso de violencia física o moral, para que proporcione alguna

información como lo exige la tortura, en la intimidación el fin es evitar que se proporcione tal información de ahí que podamos afirmar que no es posible establecer un concurso de delitos entre ellos.

IV. CAPITULO CUARTO.

4.- ANALISIS DE LAS NORMAS Y TEXTO VIGENTE DE LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE MEXICO.

4.1. AMBITO DE APLICACIÓN.

El ámbito de aplicación de la ley a estudio lo es el territorio del Estado de México, tomando en cuenta lo que reza el artículo 1º de la Ley a estudio, la cual señala: “La presente Ley tiene por objeto la prevención y sanción de la tortura en el Estado de México.”

De igual manera se menciona el artículo 1º del Código Penal vigente en la Entidad el cual establece lo siguiente: “Este Código se aplicará en el Estado de México, en los casos que sean de la competencia de sus tribunales:

- I.- Por los delitos cuya ejecución se inicie o consume en el territorio del estado;
- II.- Por los delitos cuya ejecución se inicie fuera del territorio del estado, sí se consuman dentro del mismo, y
- III.- Por los delitos permanentes o continuados, cuando un momento o acto cualquiera de ejecución, se realice dentro del territorio del estado.

En los casos comprendidos en las fracciones II y III de este artículo, se aplicará este Código cuando el inculpado se encuentre en el territorio del mismo o no se haya ejercitado en su contra acción penal en otra entidad federativa, cuyos tribunales sean competentes, por disposiciones análogas a las de este código, para conocer del delito.

Así mismo, debemos tomar en cuenta lo establecido por los artículos: 4º del Código en cita, que señala: “Cuando se cometa un delito previsto en una ley local especial, se aplicará ésta y, en lo conducente, las disposiciones del presente código.

Y el artículo 5º.- Cuando una misma materia esté regulada por diversas disposiciones penales, la especial prevalecerá sobre la general, la de mayor entidad absorberá a la de menor entidad, la del hecho posterior de agotamiento cederá ante la del hecho anterior, y la subsidiaria se aplicará cuando no sea posible aplicar la principal.

4.2. EL CUERPO DEL DELITO (EL TIPO PENAL) DE LA TORTURA.

La Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura vigente para el Estado de México, señala dentro de su artículo 2º el tipo penal de la tortura, al establecer: “Comete el delito de tortura el servidor público que con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos:

Le inflija al inculpado, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Es igualmente responsable el servidor público que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización, así como quienes participen en la comisión del delito.

No se considerarán como tortura las penalidades que sean consecuencia de sanciones legales o derivadas de un acto legítimo de autoridad.

De igual manera encontramos otro tipo penal en el artículo 4º de la Ley a estudio, al señalar: “Al servidor público encargado de la prevención e investigación de los delitos que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato, se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de treinta a trescientos días multa.

4.2.1 Elementos.

El Deber jurídico penal está implícito en lo que señala el artículo 2º: “....el servidor público que con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos:

Le inflija al inculpado, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Es igualmente responsable el servidor público que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización, así como quienes participen en la comisión del delito.

Así pues, el deber jurídico penal consiste en la prohibición – dirigida a cualquier servidor público – de, con motivo de sus atribuciones, infligir al inculpado, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Es igualmente responsable el servidor público que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización, así como quienes participen en la comisión del delito, con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero.

De igual manera encontramos una prohibición en el artículo 4º de la propia ley, el servidor público encargado de la prevención e investigación de los delitos que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato.

Esa prohibición, en conjunto, contiene los siguientes subconjuntos de prohibiciones, dirigidas, en todo caso, a cualquier servidor público:

- a) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado su confesión le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- b) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un tercero su confesión le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- c) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado información le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- d) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un tercero información le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.

- e) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado la omisión de un hecho le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- f) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un tercero la omisión de un hecho le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- g) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado cualquier otra conducta que dañe al pasivo le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- h) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un tercero cualquier otra conducta que dañe al pasivo le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- i) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado cualquier otra conducta que dañe a un tercero le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- j) La prohibición, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un tercero cualquier otra conducta que dañe a un tercero le inflija: 1.-golpes; 2.- mutilaciones; 3.- quemaduras; 4.- dolor; 5.- sufrimientos físico, 6.- sufrimiento psíquico; 7.- lo prive de alimentos; 8.- lo prive de agua.
- k) El Servidor Público que instigue su realización, así como quienes participen en la comisión del Delito;

- l) El Servidor Público que compela su realización, así como quienes participen en la comisión del Delito;
- m) El Servidor Público que autorice su realización, así como quienes participen en la comisión del Delito;
- n) El Servidor Público que ordene su realización, así como quienes participen en la comisión del Delito;
- o) El Servidor Público que consienta su realización, así como quienes participen en la comisión del Delito.
- p) El servidor público encargado de la prevención e investigación de los delitos que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato.

El tipo se localiza en el artículo 2° de la Ley Estatal a estudio, correlacionado con el artículo 4° de la misma Ley. La figura se construye, con la asociación entre la conducta que inflige al inculpado golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización, quienes participen en la comisión, y que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie. El propósito perseguido con este comportamiento y la calidad del agente (servidor público en activo), depositario de autoridad pública.

Los elementos se hallan incluidos en el artículo 2° de la Ley Estatal para Prevenir y Sancionar la Tortura. En efecto:

a) se considera la conducta de un servidor público (que con motivo de sus atribuciones, realice y/o instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización), párrafo primero – y eventualmente un tercero (quienes participen en la comisión del delito), además el artículo 4° señala: “...que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato.”

b) que realice cualquiera de los siguientes actos: le inflija....., golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de los alimentos o agua.

c) cuando por medio de la realización de cualquiera de esos actos: "...y con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice..."

Como se señaló, en el capítulo anterior, las finalidades del agente, pueden ser diversas: inquisitiva, intimidatoria o punitiva.

Como ya fuera mencionado anteriormente, las normas contenidas en la ley buscan evitar ciertas conductas de servidores públicos, es decir, determinadas conductas en los detentadores del poder. Los delitos allí tipificados son delitos de abuso de poder. Éstos se realizan siempre desde posiciones de poder político. En el caso que nos ocupa, sin embargo, dada la calidad específica requerida en el sujeto activo, estamos ante un supuesto de abuso de poder político.

El poder implica autoridad. Quien lo detenta puede dar órdenes y ser obedecido. Para que el poder político se ejerza con apego a la legalidad, los actos de los servidores públicos han de ajustarse a las normas jurídicas que los rigen, ante todo a las normas constitucionales.

Luego, todo acto de tortura constituye, por su ilegitimidad y su ilegalidad, un abuso de poder.

De lo anteriormente expuesto, se extrae que uno de los bienes jurídicos tutelados en las normas penales que se analizan, es la legitimidad y legalidad del ejercicio del poder político.

Pues bien, la tortura lesiona la dignidad Humana, 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 cosifica. Porque con la coacción su libertad se comprime. Porque al ser torturado no tiene posibilidad alguna de defensa, de apelación, de rebeldía.

Por todo ello, la tortura es incompatible con la dignidad humana; es ineludiblemente lesiva de esa dignidad.

De lo expuesto en las líneas anteriores, se colige que otro bien jurídico tutelado en las normas penales que se examinan es la dignidad humana.

Los dos bienes jurídicos ya precisados se presentan en todas las hipótesis de tortura, independientemente de la forma que ésta asuma. Es decir, con la tortura se lesionan invariablemente, por una parte, la seguridad de que el poder político se ejerza legítima y legalmente, y, por otra, la dignidad humana.

Ahora bien, al examinar las diversas formas que la tortura puede presentar – de acuerdo con el texto legal -, que dependen de la conformación del dolo del sujeto activo, se observa que, según la hipótesis de que se trate, entran en juego otros bienes jurídicos. Estos bienes dependen del objetivo que persiga la tortura. El artículo 2º de la Ley Estatal a Estudio, delimita las finalidades con las que, disyuntivamente, se puede infligir al inculpado la tortura, y obtener del mismo o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero.

El legislador ha considerado inaceptable que, por la vía de la tortura, se obtenga una confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero. Sin embargo, según se trate de una finalidad u otra – como se observará – varían los bienes jurídicos a los que otorgó tutela en los tipos legales.

El legislador no distinguió a que índole de información o confesión se alude. Así, cualquier información o confesión que se quiera obtener mediante el empleo de alguna de las conductas a que se refiere el texto legal, queda comprendida en la fórmula normativa.

A pesar de ello, si se atiende a las fuentes reales del proceso legislativo, se comprende que el legislador tuvo en mente la información o la confesión que sirve a los fines de la persecución de los delitos. Ello sólo ocurre, en el mundo fáctico, cuando se buscan datos que se consideran útiles para la persecución de delitos, de la que forma parte la búsqueda de los posibles delincuentes y de las pruebas en su contra.

La tortura que se hace sufrir a una persona puede, asimismo, constituir tortura para una segunda persona, por el sufrimiento que esta última experimenta al darse cuenta de que aquella está sufriendo, en los casos de que existan vínculos de afecto o de cualquier índole. El dolor psíquico de la segunda persona puede ser más intenso, incluso, que el dolor físico – si uno y otros dolores son comparables – de la primera. Así, la causación de dolores o sufrimientos graves a ésta es, precisamente, el medio de coacción a la otra. Coaccionada la segunda persona de esta manera,

puede proporcionar información o emitir una confesión. En esta hipótesis, tiene sentido hablar de que se tortura a una persona para obtener de un tercero información o una confesión o la omisión de un hecho cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero.

Sin embargo, cabe otra posibilidad. El tercero puede proporcionar la información o la confesión que se le requiere no por sentirse coaccionado ante la tortura de otro individuo, es decir, no porque esta tortura le produzca graves dolores psíquicos, sino para evitarla por motivos pietistas o humanistas: que un ser humano, aunque no sienta por éste afecto alguno, deje de sufrir. Éste es el supuesto contemplado por legislador al prever la finalidad de que un tercero distinto del torturado informe o confiese o la omisión de un hecho cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero.

Por tanto, la prohibición de la tortura para lograr información o una confesión o la omisión de un hecho cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, tiene su correspondiente bien jurídico, en primer lugar, en la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas.

En segundo lugar, cuando se tortura para obtener información o una confesión se está comprimiendo la libertad de manifestarse. Es verdad que la tortura no siempre consigue la finalidad de obtener la información o la confesión deseada. Y ello es así porque a la tortura se opone una resistencia interna, que en ocasiones determina la negativa a manifestar lo que el torturador quiere, a pesar de los sufrimientos infligidos. Pero esa resistencia, aunque persista hasta el final de la tortura, no se da en condiciones normales de libertad, como ocurriría si no se empleara la tortura. En otras palabras, el albedrío no se ejerce óptimamente. Si se informa o se confiesa en virtud de la tortura, esa manifestación no es libre. Si no se informa o no se confiesa, no es porque al torturador o al tercero se le haya respetado su libertad de manifestarse – en cuyo caso no se le hubiera sometido ni aun a la mínima presión, salvo a la sustancial a todo interrogatorio –, sino a pesar del ataque a esa libertad. Se trata, entonces, de una libertad comprimida.

De las consideraciones anteriores, se desprende un bien jurídico más: la libertad de manifestarse.

Los dos bienes a que se ha hecho alusión en último término tienen que ver tanto con la tortura que se practica para obtener información como la que se usa para lograr una confesión.

En la prohibición de la tortura con esta última finalidad, hay, aún, otros bienes más.

El artículo 20 constitucional, en su fracción II señala entre los derechos del inculpado: “No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos, sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio”.

Los bienes jurídicos que se tutelan al prohibirse que se obligue – por cualquier medio, incluida la tortura – a un inculpado a declarar en su contra, es decir, a realizar lo que en el artículo 2º de la Ley se denomina una confesión.

Las razones de la prohibición son varias, y a cada una de ellas corresponde un bien jurídico.

En igualdad jurídica entre Ministerio Público y la Defensa, si se tortura al inculpado, se le tortura, sobre todo, para que confiese, es decir, para obtener una prueba a favor de la pretensión punitiva estatal en manos del Ministerio Público. Se le tortura, obviamente, en secreto y sin la presencia del defensor, con lo que también se derrumban, no menos estrepitosamente, los principios de publicidad y contradicción.

En suma, principios básicos del sistema acusatorio, relacionados íntimamente con el derecho a la defensa, se quebrantan con la tortura. El derecho mismo a la defensa se le conculca a quien se le aplica tortura. Esta ocurre necesariamente, con el inculpado, incomunicado. Si éste pudiera, en esos instantes, romper la incomunicación, no sería ya posible la continuación del tormento. Así, la imposibilidad de comunicarse que se impone al detenido es condición necesaria para la tortura. Es la incomunicación el factor que impide al inculpado ejercer el derecho a nombrar defensor.

Mientras permanezca incomunicado, su derecho a la defensa queda, de facto, anulado. Se quiebra, así, el equilibrio procedimental inherente al sistema acusatorio.

Con la tortura, el inculpado pierde el carácter de sujeto del procedimiento y deviene objeto del mismo. No se trata de que exprese su versión o de que alegue lo que a sus intereses

convenga, sino que diga lo que al acusador le sea favorable. No de que diga su verdad, sino la verdad que el acusador quiere escuchar.

Nada es tan contrario a las características de contradicción y publicidad – inherentes al sistema acusatorio – como la tortura.

Nada niega el derecho a la defensa como la tortura. No sólo cuando se tortura al inculcado, sino cuando se le incomunica y en la incomunicación se le hace confesar y su confesión tiene valor probatorio, estamos en presencia de una neo-inquisición.

Por ende, con la prohibición de emplear tortura para obtener una confesión se tutelan el derecho del inculcado a la defensa y los principios del sistema procedimental acusatorio.

En las hipótesis de tortura ya examinadas, el sujeto activo coacciona, tiene una finalidad utilitaria, busca, con la tortura que el torturado o un tercero haga algo: que informe, que confiese, que tenga un determinado comportamiento como la omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero.

Al infligirse tormento a un inculcado – tanto si éste ha sido condenado y por ende se puede decir que se ha probado que cometió una conducta delictuosa, como si apenas es un procesado y consiguientemente sólo existen sospechas de que cometió una conducta de esa índole –, el castigo transgrede una disposición constitucional, exactamente la contenida en el artículo 22, constituye una ilegalidad, pues en ningún código penal está prevista como pena, y en este sentido es una violación al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*; se ejecuta sin que lo haya impuesto al sujeto que lo sufre una autoridad judicial, la que, al no estar contemplada legislativamente, no puede imponerlo.

De todo lo anterior, se infiere que a la prohibición de que se tortura a una persona para castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido corresponde, como bien jurídico, específicamente, la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes (penas inhumanas y degradantes).

Por lo expuesto, a la prohibición de emplear tortura para inducir a un comportamiento determinado corresponde el bien jurídico del libre desarrollo de la personalidad.

Esto tiene que ver, directamente, con los bienes que la sociedad y el Estado – la comunidad de las naciones, inclusive – ha resuelto tutelar enérgicamente a través del reproche y el castigo de la tortura. Tales son la dignidad e integridad del ser humano, a partir de la idea de los derechos humanos; la sumisión estricta de la autoridad formal al imperio del Derecho, en función de la idea de Estado de Derecho, asociada a aquella; y la legitimidad y humanidad de los instrumentos procesales para conocer la verdad y de los instrumentos penales para sancionar al delincuente, en mérito de la racionalidad del sistema penal, vinculada a las ideas precedentes. Estos son los bienes jurídicos que se quiere proteger a través de la formulación típica de la tortura, entre otros medios.

4.2.2. Sujeto Activo.

a) El Autor Material. (El Servidor Público).

Autor material es el servidor público que, con motivo de sus atribuciones y con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero... le inflija al inculpado golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Es igualmente responsable el servidor público que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización, así como quienes participen en la comisión del delito. (Artículo 2º de la Ley Estatal para Prevenir y Sancionar la Tortura).

Al servidor público encargado de la prevención e investigación de los delitos que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato. (Artículo 4º de la Ley Estatal para Prevenir y Sancionar la Tortura).

El sujeto activo de la tortura (autor material) ha de ser capaz de querer (por tanto, de conocer) “infligir al inculpado golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua”. Es igualmente responsable el servidor público “que instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización”; además, que “tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato”.

El sujeto activo de la tortura (autor material) debe ser imputable, es decir, ha de ser capaz de comprender, y de conducirse de acuerdo con esa comprensión, la ilicitud de infligir al inculpado golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua”. Es igualmente responsable el servidor público “que instigue, compela, autorice,

ordene o consienta su realización”; además, que “tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato”.

El artículo 2º en relación con el 4º de la Ley a estudio, exige la calidad específica para el sujeto activo de: ser Servidor Público Estatal o Municipal. Estas calidades específicas, dadas disyuntivamente, delimitan el ámbito personal de validez de la Ley, solo a ellos se dirige el deber jurídico penal.

Por servidor público habrá de entenderse lo que señala La constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, en su Título Séptimo, denominado: “De las responsabilidades de los servidores públicos y del juicio político” en su artículo 130 señala expresamente: “Para los efectos de las responsabilidades a que alude este título, se considera como servidor público a toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión en alguno de los poderes del Estado, en los Ayuntamientos de los municipios y organismos auxiliares, así como los titulares o quienes hagan sus veces en empresas de participación estatal o municipal, sociedades o asociaciones asimiladas a éstas y en los fideicomisos públicos. Por lo que toca a los demás trabajadores del sector auxiliar, su calidad de servidores públicos estará determinada por los ordenamientos legales respectivos.”

Por tanto, el sólo hecho de desempeñar un empleo, cargo o comisión en los órganos del Estado da la calidad de servidor público, ya sea que lo desempeñe como resultado de una elección, un nombramiento de carácter administrativo, un contrato laboral, un contrato civil de prestación de servicios o una designación de cualquier otra naturaleza.

Anteriormente ya se había mencionado que sobre la extensión semántica que se asigna al término servidor público, Álvaro Bunster opina: “Trátase.....de un coto amplísimo ... Es, pues, voluntad de la Constitución y de la ley que nadie que trabaje para el Estado, expresándolo en términos, no técnicos, pero suficientemente comprensibles, escape a la eventual responsabilidad penal fundada en preceptos que, a diferencia de los restantes del Código Penal, no amenazan indeterminadamente a todos los súbditos del orden jurídico, sino que recaen sólo sobre personas a quienes incumben deberes especiales, por la posición en que se hallan dentro de la administración”. “La responsabilidad penal del servidor público”.

El artículo 2º de la Ley a estudio, no exige como característica necesaria una pluralidad de sujetos activos.

Hagamos algunas precisiones acerca de los elementos contenidos en el tipo de tortura. Por lo pronto, hay que tomar en cuenta la calidad o condición del sujeto activo. En el caso del artículo 2º en relación con el 4º se hace referencia tanto a un servidor público como a un tercero, sin exigir de éste ningún rasgo característico. Por lo tanto, al tenor del artículo 2º en relación con el 4º, puede ser agente del delito de tortura cualquier persona que tenga una relación con el Estado – organización central o paraestatal – que lo defina como servidor público, expresión de uso relativamente reciente, en la que se han recogido – generalmente para efectos sancionadores: responsabilidades política, penal y administrativa – las tradicionales categorías de funcionario y empleado públicos.

Ahora bien, si no existe un concepto en el Código Punitivo que se puede trasladar sin más al régimen penal de la tortura, porque ese concepto no se localiza en los Títulos que el propio Código menciona, el concepto de la Constitución Particular del Estado de México, sí puede proyectarse sobre la materia que ahora nos interesa, en virtud de que la Ley suprema Estatal, se refiere a cualesquiera responsabilidades penales de los servidores públicos, no solamente a la que resulte de la comisión de delitos contenidos en este Código penal para los Servidores Públicos Estatales; así, abarca también, implícitamente, la que provenga de la perpetración de delitos previstos en cualesquiera leyes especiales, como es la Ley Estatal contra la Tortura. Esto invita a reflexionar sobre la pertinencia y procedencia que se establezca un concepto de servidor público a título de concepto propio, dentro del Código Penal.

No basta con que el individuo que “le inflija al inculpado, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua”, sea servidor público para que se configure un delito de tortura. Es preciso, además que aquél se proponga obtener determinados objetivos (obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero), y que actúe “con motivo de sus atribuciones”. Ya que, para que exista delito de tortura el agente ha de actuar en relación con sus atribuciones. Por supuesto, el servidor público carece de atribuciones para torturar, o bien, ningún cargo público involucra la aplicación de torturas, pero no es esto a lo que se refiere la ley, sino al hecho de que, teniendo cierta persona determinadas facultades legales, trate de cumplirlas, ejecutarlas o despacharlas por el ilícito medio de los sufrimientos que causa.

Digamos, por vía de ejemplo, que un agente de policía Ministerial, tiene atribuciones para investigar delitos: en esto consiste, precisamente, su función. Esas atribuciones han de ejercerse en forma legítima: según la ley ordena o permite: es claro que la ley proscribiera la tortura, en cuanto sanciona su comisión. Si el agente investigador que quiere obtener una declaración de cierta persona aparentemente vinculada con el delito que se investiga – pretensión legítima, en sí misma – prescinde de los medios autorizados para este efecto y opta por infligir al declarante grave sufrimiento físico – acción ilegítima, reprobada por la ley -, está actuando “con motivo de sus atribuciones” – investigar delitos -, pero en forma reprochable y punible: incurre en delito de tortura.

La expresión “atribuciones” debe entenderse en amplio sentido, como comprensiva de la actividad genérica que debe o puede realizar el agente en los términos de la legislación aplicable al cargo que tiene. Otro entendimiento llevaría a conclusiones inadmisibles; así sería, por ejemplo, si en el caso de un policía investigador no sólo se requiriese la atribución de indagar delitos característica de su cargo, sino además la encomienda específica de investigar precisamente tal o cual delito y no otro u otros. De esta suerte, se llegaría a la equivocada e inaceptable conclusión de que el agente que hubiese causado graves sufrimientos al presunto responsable de un delito que no se le había ordenado investigar, no incurriría en el delito de tortura.

Del artículo 2º se desprende, pues, que no hay delito de tortura cuando la actuación lesiva del servidor público no se despliega con motivo de las atribuciones de éste. En consecuencia, habrá que localizar en otra figura típica el marco para la sanción de servidores públicos que infligen malos tratos a una persona, al margen y con independencia de sus correspondientes atribuciones.

Por lo que podemos establecer que el sujeto activo del Delito de Tortura se encuentra determinado en forma explícita en el tipo penal de la ley que se estudia, teniendo una calidad específica, la de Servidor Público, así como se desprende de su artículo 2º, estaremos en presencia entonces de él que lo lleva a cabo por sí, es decir, el que realiza la conducta típica. De igual manera es responsable, el que instigue, compela, autorice, ordene o consienta dicha conducta.

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la ley describe la conducta del Servidor Público encargado de la prevención e investigación de los Delitos, que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie para lo cual la penalidad es menor.

b) El Tercero.

La descripción que contiene el artículo 2º de la Ley a estudio, al señalar el propósito inquisitivo de la conducta del agente, esa norma dice: “con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero...”. Así, el tercero de quien se obtiene indebidamente información o confesión, merced a la tortura que se inflige directamente a otro, deviene también sujeto pasivo del delito, pues se le está afectando en forma ilícita para alcanzar un fin que, de otra suerte, no se obtendría. Si el tormento que se aplica a un individuo causa un grave sufrimiento al tercero cuya confesión o información se pretende (resultado que probablemente ocurra, a título de sufrimiento psíquico, determinante de la conducta de quien confesará o informará) éste se convierte ya en torturado.

En cuanto al tercero como sujeto activo de la tortura, conforme al texto del párrafo segundo del artículo 2º de la Ley Estatal contra la Tortura (Es igualmente responsable.... así como quienes participen en la comisión del delito). Es obvio que puede serlo cualquier individuo, a condición de que sea sujeto de Derecho Penal, es decir, penalmente imputable.

Examinaremos el tema de la intervención de aquél en el delito de tortura, conducta que naturalmente supone un abuso de autoridad pública y, por ende, la perpetración por un agente que tiene la condición de servidor público (empleado o funcionario).

El artículo 3º, establece los supuestos de la conducta punible, diciendo: “A quien cometa el delito de tortura se le impondrá una pena de tres a doce años de prisión.

Las hipótesis que maneja el artículo 2º, en amplio número, que reduciremos a tres para los efectos de esta exposición son:

a) Que el servidor público, con motivo de sus atribuciones y con alguna de las finalidades estatuidas en el párrafo segundo del propio artículo 2º, “instigue, compela, autorice,

ordene o consienta su realización a un tercero” para infligir al inculpado las molestias en que consiste la tortura (segundo párrafo, primera parte);

b) Que el servidor público encargado de la prevención e investigación de los delitos tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato (observe una conducta omisiva, pues, incumpliendo un deber) ya que se inflijan las molestias multicitadas “a una persona que esté bajo su custodia” (primer párrafo del artículo 4º); y

c) Que un tercero (Quienes participen en la comisión del delito) “con la finalidad de obtener de un inculpado o un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos...”

Tal vez sea innecesario aludir específicamente a los casos en que se instigue, compela, autorice, ordene o consienta su realización (de la tortura) y a aquellos en que el agente se valga de un tercero para delinquir, en la medida en que pudieran hallarse resueltos por las reglas de la participación delictuosa contenidas en el artículo 11º del Código Penal vigente en el Estado de México (particularmente, autoría intelectual y autoría mediata).

Por lo que toca al tercero, éste incurre en delito de tortura cuando “es instigado, compelido, autorizado, se le ordena o consienta su realización (de la tortura), por el servidor público, inflige al inculpado golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua, con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero.” Amplio concepto al que antes me referí. Esto implica, literalmente, que la finalidad del agente no servidor público puede ser indiscriminada, es decir, no es necesario que tenga fines indagativo, intimidatorio o punitivo. No los exige el tipo. Tampoco reitera éste, por lo que toca al servidor público mismo, la naturaleza de los fines.

Dentro de la Conducta descrita en el tipo Penal del Artículo 2º se establece que será igualmente responsable en la comisión del delito el sujeto ajeno a la calidad de servidor público que con su conducta lleve a cabo los presupuestos del tipo al señalar: “...así como quienes participen en la comisión del delito”. La responsabilidad penal por su intervención en el hecho puede ser como Autor o Participe (Artículo 11º del Código Penal), es decir, únicamente cuando

interviene en su comisión, y no cuando tiene conocimiento de ella y no lo denuncie. Por que entonces hablaríamos de la Comisión del Delito de encubrimiento (Art. 149 fracc. II y III del Código Penal vigente en el Estado de México).

4.2.3. Sujeto pasivo.

El Sujeto Pasivo del delito es el titular del interés jurídico protegido, por el tipo penal, mientras que el sujeto pasivo de la conducta es la persona sobre la cual se desenvuelve la actividad del autor, sea o no titular del bien jurídico a proteger

Cuando coincide el sujeto pasivo del delito y de la conducta en la misma persona se reconoce su calidad de ofendido, generalmente esta coincidencia sucede en los delitos contra las personas, porque en ellos el titular del bien jurídico es precisamente la persona sobre la que recae materialmente la acción típica.

Procesalmente hablando, al sujeto pasivo del delito se le denomina el ofendido, (el que recibe una injuria, es decir, que se ejecutó una acción en contra de su derecho), criminológicamente se le intitula la víctima (persona que padece por culpa ajena), para Jescheck, ofendido: “es aquel que al cometerse el hecho es titular del bien jurídico protegido en el tipo”²²¹

El sujeto pasivo cualificado. Es aquel que la propia ley le exige ciertos requisitos indispensables, sin los cuales se daría la atipicidad.

Dentro del propio artículo 2º de la Ley a estudio, se establece que la calidad del torturado debe ser la de “inculcado” o un tercero, relacionado con el, por lo que, independientemente que se lleven a cabo los actos contra un tercero (no especificado) la figura requerida en donde recaigan los actos, es la figura del inculcado.

La Ley Estatal contra la Tortura exige como calidad específica del ofendido, por una parte, la de ser inculcado o un tercero. Las circunstancias de éste son irrelevantes para la integración del tipo penal y, por lo tanto, para la adecuación de la conducta en la figura

²²¹ Zamora Jiménez Arturo. “Cuerpo del Delito y Tipo Penal”. Editorial Angel Editor, México, 2001, 191 Págs.

delictuosa y la exigencia de la correspondiente responsabilidad, pero pueden resultar relevantes, indudablemente, para los efectos de la individualización de la pena.

El sujeto pasivo es necesariamente unitario. La naturaleza de los bienes jurídicos tutelados en los tipos de tortura hace imposible la pluralidad específica. Por tanto, cuando en un caso determinado, haya varios sujetos pasivos, habrá tantos delitos de tortura como sujetos pasivos hubiere.

El objeto material, en la tortura, se presenta de manera necesaria, y es el cuerpo humano. Podemos decir que la plena salud física y mental del sujeto. La actividad típica recae siempre sobre el cuerpo del sujeto pasivo, produciéndole dolores o sufrimientos graves cuando tal actividad se da mediante violencia física; haciéndolo escuchar, observar, sentir, esto es, haciéndolo percibir algo sensorialmente en los casos de violencia moral.

La tortura prevista en el artículo 2º de la Ley admite el dolo directo y el dolo eventual.

El dolo directo consiste en querer (lo que implica conocer) infligir, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos.

El dolo eventual consiste en aceptar (lo que implica conocer) infligir, golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua. Con el fin de obtener de un inculpado o de un tercero su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, realice cualquiera de los siguientes actos.

La voluntad dolosa implica que se debe conocer y querer, o conocer y aceptar, la concreción de:

a) Los bienes jurídicos: la legitimidad y la legalidad del ejercicio del poder político; la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas, la libertad de manifestarse, el derecho

del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio, el libre desarrollo de la personalidad, la seguridad de que hayan quedado poscristas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad;

b) La autoría: relación entre el sujeto y la conducta que permite individualizarlo como autor material de dicha conducta;

c) La propia calidad específica: servidor público del Estado y de los Municipios;

d) El sujeto pasivo: el individuo titular de los bienes tutelados por los tipos legales de tortura (el inculpado y un tercero);

e) El objeto material: el cuerpo del sujeto pasivo (plena salud física y mental);

f) La actividad de infligir golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua;

g) El resultado material: los golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, la privación de alimentos o agua;

h) El nexo causal: la relación de causalidad entre la actividad idónea para infligir golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua y el resultado material en la salud física y mental;

i) La referencia de ocasión: que la actividad típica se lleve a cabo con motivo de las atribuciones de servidor público, y

j) La lesión de: la legitimidad y la legalidad del ejercicio del poder político: la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas; la libertad de manifestarse; el derecho del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio; el libre desarrollo de la personalidad; la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad.

En los tipos legales de tortura no tiene lugar la voluntad culposa, pues la actividad del sujeto activo ineludiblemente – por exigencia del principio de legalidad – ha de perseguir alguna de las cuatro finalidades que se indican en el tipo legal.

4.2.4. Carácter de los Dolores o Sufrimientos.

El tipo de tortura habla de que se inflija al pasivo (un inculpado o de un tercero) “golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua”, como medio reprobado para obtener determinados fines. Esas expresiones carecen de connotación jurídica privativa.

Tales golpes, mutilaciones, quemaduras, dolores o sufrimientos físico o psíquico, penalmente típicos pueden ser, indistintamente, físicos o psíquicos. No parecen ofrecer problema estas últimas caracterizaciones, que son alternativas conforme a la figura penal del artículo 2º de la Ley Estatal contra la Tortura. Físico es el dolor o sufrimiento que afecta al cuerpo. Psíquico es, según el Diccionario de la Real Academia: “lo relativo o perteneciente al alma”, o bien, para sortear la discusión que pudiera provenir de este concepto, lo referente al pensamiento, el sentimiento, la percepción interna, por obra de la mente, de cierta situación o determinado asunto. Más aún, para efectos prácticos se puede entender como sufrimiento psíquico a la sensación molesta y aflictiva que no se produce por acción sobre el cuerpo. Evidentemente, el torturador puede causar sufrimiento físico o moral al pasivo; en ambos casos ejerce sobre él la intensa presión requerida para alcanzar el propósito ilegítimo que persigue.

Ahora bien, los dolores o sufrimientos que causa el agente al ofendido no necesariamente han de ser “graves”, porque así lo previene la ley para que se integre la conducta en el tipo y exista, en consecuencia, el delito de tortura. Esta calificación acepta penalidades leves o de intensidad relativamente menor, cuya presencia generaría el delito de tortura.

El juzgador habrá de valorar la gravedad de los dolores en cada caso concreto. Para ello deberá tomar en cuenta, la presión que ese sufrimiento ejerce sobre el pasivo, hasta el punto de quebrantar su capacidad de resistencia y orillar a realizar lo que de él reclama el agente. La gravedad no puede ser la misma para todos los individuos en general, tampoco se trata de exigir

un sufrimiento tan intenso que anule la resistencia del sujeto pasivo y lo venza irremisiblemente.

Además: “La figura típica no exige medios. Referencias temporales, ni referencias espaciales. Exige, en cambio, una referencia de ocasión”.²²² La conducta típica ha de realizarla el sujeto activo con motivo de sus atribuciones de servidor público.

Según el bien jurídico de que se trate, la lesión consiste en la compresión de: la legitimidad y la legalidad del ejercicio del poder público; la dignidad humana; la seguridad de que la persecución de los delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas; la libertad de manifestarse; el derecho del inculpado a la defensa; los principios del sistema procedimental acusatorio; la seguridad de que hayan quedado proscritas, de iure y de facto, las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad.

“Clasificación del tipo”.²²³

a) Sí, en función de cada elemento, se toma en cuenta:

- 1.- El bien jurídico protegido: es compuesto;
 - 2.- La calidad del sujeto activo: es personal;
 - 3.- La pluralidad del sujeto activo: es monosubjetivo;
 - 4.- La calidad del sujeto pasivo: es sujeto pasivo cualificado y común o indiferente;
 - 5.- La pluralidad del sujeto pasivo: es necesariamente: monosubjetivo;
- La conducta típica: es de acción a fortiori; es necesariamente dolosa; uní subsistente o plurisubsistente; de concreción instantánea; con una referencia de ocasión y reformulación libre;
- 6.- La lesión o puesta en peligro del bien jurídico: es de comprensión, y
 - 7.- Considerando la totalidad de sus elementos: es fundamental o básico; y autónomo o independiente.

²²² Referencia de ocasión es la situación especial, requerida en el tipo, generadora de riesgo para el bien jurídico, que el sujeto aprovecha para realizar la conducta o producir el resultado.

²²³ Los tipos legales se clasifican, o bien con base en algunos de sus elementos, o bien con apoyo en el conjunto de ellos.

4.2.5. Finalidades.

En cuanto a las finalidades, éstas pueden ser inquisitivas, intimidatorias y punitivas. En la primera categoría cabe el propósito relacionado con la indagación o investigación de hechos y responsabilidades: obtener una confesión o información, dice la ley. La confesión es, como se sabe, la admisión que una persona hace sobre su participación en un hecho delictuoso; no se requiere que acepte culpabilidad o que decline excluyentes de responsabilidad o causas que extinguen la pretensión punitiva; para que exista confesión en el sentido procesal de la palabra basta con que haya aceptación de la participación en el hecho punible, así mismo puede obtenerse la omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe.

El termino “información”, que también utiliza la ley, información será cualquier aportación de conocimiento relevante para el procedimiento penal: lo mismo la declaración de un testigo, que la opinión de un perito o la noticia que brinda el emisor de un documento. En todos estos casos y en otros semejantes es indispensable excluir, por medio de la amenaza penal, la posibilidad de tortura sobre los participantes, actuales o potenciales, en un procedimiento.

El designio punitivo de la tortura se puede localizar en la expresión del tipo: “castigar” (a la persona victimada). Aquí no se trata de obtener elementos para una persecución penal o de provocar cierta conducta, sino sólo de sancionar a un sujeto. Pero expresamente la ley a estudio no lo señala.

La finalidad intimidatorio puede aparecer recogida por la “coacción” (a la persona que figure como sujeto pasivo del delito) para que realice o deje de realizar una conducta determinada. Se trata, entonces, de amedrentar y presionar a cierto individuo por medio del sufrimiento que se le cause, para que haga o deje de hacer algo. La ley no distingue a propósito de la conducta referida, que puede ser activa u omisiva. Cabe pensar que el carácter moral o legal de esa conducta es indiferente para los efectos del tipo de tortura: se puede tratar, lo mismo, de un comportamiento plausible que de uno reprobable, relacionado o no con la actividad, profesión o función del sujeto coaccionado.

4.2.6. Molestias o Penalidades Excluidas.

El párrafo tercero del artículo 2º de la Ley en estudio, excluye de la clasificación de tortura las “penalidades” que “sean consecuencia de sanciones legales o derivadas de un acto legítimo de autoridad”. La ley debió hablar, también en este punto, de dolores o sufrimientos, para evitar la introducción de nuevas y discutibles categorías.

En consecuencia, no habrá tortura cuando el agente se proponga satisfacer finalidades diferentes de las de naturaleza inquisitiva, intimidatoria o punitiva que el tipo penal recoge, limitativamente.

Por lo anterior, lo propio será hablar de “cualquier finalidad”. De este modo se estaría considerando el tipo de tortura – como parece debido – cualquier grave dolor o sufrimiento causado a un inculpado o a un tercero, por un agente de la autoridad pública, con motivo de sus atribuciones, esto es, en un patente abuso de poder. Así se debió haber hecho la hipótesis de tortura realizada por un tercero, que actúa por instigación, compelido, autorizado, o consentido por un servidor público y con “cualquier finalidad”.

Ahora bien, por lo que hace a los términos empleados sobre estos casos excluidos de punición penalmente atípicos, hubiera sido conveniente emplear precisamente las mismas expresiones que utiliza la figura legal, es decir, “dolores o sufrimientos”, pues se trata de fenómenos de esta naturaleza que se hallan legitimados o justificados por su conexión con una conducta lícita del servidor público. Es esto último, y no la naturaleza misma de aquellos, lo que impide la incriminación de la conducta. De lo que se trataba, pues, era de extraer ciertos dolores y sufrimientos del conjunto y no otro tipo de situaciones o sensaciones, para evitar que fuese incriminado el servidor público que los ocasionara.

Decir “penalidades” no es lo mismo que hablar de cierta especie de “dolores o sufrimientos”, y mucho menos si a aquéllas palabras se adjudica, como pareció ocurrir en el proceso de reforma, una connotación jurídica. En efecto, la penalidad es, en general conforme al Diccionario de la Real Academia Española”, “trabajo aflictivo, molestia, incomodidad”, y no necesariamente dolor o sufrimiento; y desde el ángulo forense es sinónima de pena, consecuencia jurídica de un delito, acepción que tampoco tiene sentido en lo que corresponde al tercer párrafo del artículo 2º de la Ley Estatal en estudio.

4. 3. ORDEN JERÁRQUICA Y CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES.

El artículo 5° de la Ley a estudio, señala: “No se considera como causa excluyente de responsabilidad del delito de tortura, el que se invoque la existencia de situaciones excepcionales, como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra circunstancia. Tampoco podrá invocarse como justificación el hecho de haber actuado bajo ordenes superiores.

Se consideraba como causa de justificación, la obediencia jerárquica, conceptualizada como tal, cuando una persona obedecía a un superior legítimo en el orden jerárquico, aún cuando su mandato constituyese un delito, si esta circunstancia no era notoria ni se probaba que el acusado la conocía.

Esta causa de justificación, se estimó posible entre los funcionarios públicos, o en el ejército. En las jerarquías oficial y del ejército, el subordinado no puede discutir las órdenes que se impongan y su desobediencia tendrá consecuencias legales que han sido creadas para garantizar esa disciplina, y la eficacia de las funciones públicas, pudiéndose dar el supuesto de que el superior mande la comisión de un delito, ante lo cual el subordinado no está obligado a cumplirlo, ya que entre la ley que ordena un acto y el mandato de su superior, debe imperar la ley, ya que el superior no está facultado para ordenar la comisión de delitos.

En el supuesto anterior, realmente ocurre que la acción mandada es disfrazada, por lo que el sujeto subordinado no se percató del ilícito que se le ha encomendado; en atención a esto, el Derecho pone como límite el conocimiento del ilícito por parte del subordinado, para su penalización.

Asimismo, tiene que ser patente el delito, porque de lo contrario el subordinado que dejare de cumplir las órdenes superiores sin que esté presente en la orden la comisión de un delito, estará sujeto a las sanciones correspondientes.

Para algunos juristas, no es causa de justificación, sino de Inimputabilidad, ya que al exigir notoriedad en el carácter delictuoso, quiere decir que el agente subordinado no tiene conciencia de que el acto ejecutado es ilícito, de esta forma, el inferior incurre en el error de creer que está obligado a la obediencia.

El tema de las excluyentes merece siempre consideración especial en el examen y la persecución de la tortura, habida cuenta de la frecuencia con que los agentes de esta conducta pretenden ponerla al abrigo de la sanción penal, invocando supuestos factores de justificación o inculpabilidad, principalmente. Acaso no sea indispensable este tratamiento normativo específico, desde el punto de vista técnico jurídico, al que puede bastar la aplicación estricta de las normas sobre exclusión de responsabilidad penal. Empero, se trata de salir al paso de defensas impertinentes que pretenden “justificar” la tortura.

La Convención de las Naciones Unidas, dedica a esta cuestión los incisos 2 y 3 del artículo 2º El primero de ellos puntualiza que “en ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura”; el segundo de esos incisos advierte que “no podrá invocarse una orden de funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura”.

La Convención Interamericana, vuelve a ser, en este punto, más comprensiva que la Convención de las Naciones Unidas, seguramente bajo el propósito – y según la experiencia – de reprimir cualesquiera formas de maltrato que en la realidad aparecen. En efecto, el detallado artículo 5º resuelve, en su primer párrafo, que “no se invocará ni admitirá como justificación del delito de tortura la existencia de circunstancias tales como estado de guerra, estado de sitio o de emergencia, conmoción o conflicto interior, suspensión de garantías constitucionales, la inestabilidad política interna u otras emergencias o calamidades públicas”. El segundo párrafo indica: “Ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura”. Como se ve, la suma de limitaciones que este precepto contiene refleja una dura realidad en el Continente americano. Empero, ciertamente no es desconocido el tormento en otros medios: se le ha usado y se le emplea con abundancia en países que se titulan “desarrollados” y que a menudo “pontifican” en materia de derechos humanos; el mal, pues, es de todos.

La Ley Estatal contra la Tortura expresa en el artículo 5º: a) no se considera como causa excluyente de responsabilidad del delito de tortura: “el que se invoque la existencia de situaciones excepcionales, como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra circunstancia”; y b) tampoco podrá invocarse como justificación el hecho de haber actuado bajo órdenes superiores.

4.4. SANCIONES.

4.4.1. Sanción Penal.

Como ya se había mencionado en el capítulo anterior, si consideramos, con García Máynez, que la sanción es: "...la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado a efecto de mantener la observancia de las normas, reponer el orden jurídico violado y reprimir las conductas contrarias al mandato legal, podemos afirmar que el fin perseguido con la imposición de sanciones es:

“a) Mantener la observancia de las normas, en cuyo caso se obliga al infractor a cumplir con el mandato legal en contra de su voluntad, lo que constituye el cumplimiento forzoso.

b) Cuando no es posible lograr de manera coactiva la realización de la conducta que ordena la norma, la sanción puede consistir en obtener del infractor una prestación económicamente equivalente a la obligación incumplida, en cuyo caso estaremos ante la reparación del daño o indemnización.

c) Finalmente, cuando el daño causado sea irreparable, la sanción consistirá en un castigo que restrinja la esfera de derechos del infractor, como la destitución, la inhabilitación o la privación de la libertad”.²²⁴

a) Privativa de Libertad (Prisión).

El artículo 23 del Código Penal vigente en el Estado de México establece: “La prisión consiste en la privación de la libertad, la que podrá ser de tres meses a sesenta años y se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad.

La punibilidad del delito a estudio asociada al tipo doloso consumado es de prisión de tres a doce años de prisión; de doscientos a quinientos días multa y destitución del cargo e inhabilitación para desempeñar otro de esta misma naturaleza, por un término hasta de

²²⁴ Delgadillo Gutiérrez Luis Humberto. Ob. Cit. Pág. 105.

veinte años. (Artículo 3º de la Ley); así mismo el artículo 4º establece: "... se le impondrán de uno a cuatro años de prisión y de treinta a trescientos días multa."

La punibilidad para la tentativa, podemos establecerla de acuerdo con los artículos 3º en relación al 4º de la ley en estudio y 59 del Código Penal vigente en el Estado de México, que señala lo siguiente: "A los inculpados de delito en grado de tentativa, se les aplicarán de uno a dos tercios de la pena prevista para el delito consumado", será para el artículo 3º prisión de 3 a años, y para el artículo 4º prisión de 1 año a 3 años seis meses.

Ciertamente, el delito de tortura merece elevadas sanciones, traducción del severo reproche social que esta conducta amerita. Ahora bien, sigue siendo cierto que el destierro de la impunidad sirve mejor a la defensa social que la gravedad de las penas. Importa, sobremanera, que no quede sin sanción la conducta del torturador: lo mismo la que quien practica por sí el tormento, que la de quienes lo disponen o permiten que suceda.

b) Sanción Pecuniaria.

1.- Multa.

El artículo 24 del Código Penal vigente en el Estado de México reza de la siguiente manera: "La multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días multa, los cuales podrán ser de treinta a cinco mil."

El día multa equivale a la percepción neta diaria del inculcado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos, que en ningún caso serán inferiores al salario mínimo general vigente en el lugar donde se consumó.

En los delitos continuados se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta y para los permanentes el que esté en vigor en el momento en que cesó la conducta delictiva.

En caso de insolvencia del sentenciado, la autoridad judicial la sustituirá, total o parcialmente, por prestación de trabajo a favor de la comunidad, saldándose un día multa por cada jornada de trabajo.

En caso de insolvencia e incapacidad física del sentenciado, la autoridad judicial sustituirá la multa por el confinamiento, saldándose un día multa por cada día de confinamiento.

2.- Reparación del Daño.

El artículo 10º de la Ley Estatal contra la Tortura a estudio, establece: “el responsable del delito de tortura estará obligado a cubrir los gastos de asesoría legal, médicos, psiquiátricos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, que hayan erogado la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito. Asimismo, estará obligado a reparar el daño a la víctima o a sus dependientes económicos, en los siguientes casos:

- I.- Pérdida de la vida;
- II.- Alteración de la salud;
- III.- Pérdida de ingresos económicos;
- IV.- Incapacidad laboral;
- V.- Pérdida o daño en la propiedad;
- VI.- Pérdida de la libertad, y
- VII.- Menoscabo de la reputación.

Para fijar los montos correspondientes, el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado. Para los efectos de la reparación del daño se estará a lo previsto en el Código Penal de la entidad. El Estado y los municipios estarán obligados subsidiariamente a la reparación de los daños y perjuicios, en los términos del Código Civil del Estado de México, establecido en los artículos 7.149, 7.150, 7.151, 7.152, 7.153, 7.161, 7.172 (Responsabilidad subsidiaria del Estado, Municipios y sus Organismos Descentralizados), señala lo siguiente: “El Estado, los Municipios y sus respectivos organismos descentralizados, tienen obligación de responder de los daños causados por sus servidores públicos en el ejercicio de las funciones públicas que les estén encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria y sólo podrá hacerse efectiva, cuando el servidor público responsable directo, no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.” Por último señalaríamos el artículo 7.178.

Señala el artículo 26 del Código Penal vigente en el Estado de México, lo siguiente: “La reparación del daño comprende:

I.- La restitución del bien obtenido por el delito, con sus frutos y acciones, y el pago en su caso del deterioro y menoscabo;

La restitución se hará aun en el caso de que el bien hubiere pasado a ser propiedad de terceros; a menos que sea irreivindicable o se haya extinguido el derecho de propiedad, los terceros serán oídos en un incidente tramitado en la forma que señala el Código de Procedimientos Penales.

II.- El pago de su precio si el bien se hubiere perdido, o incorporado a otro por derecho de accesión, o por cualquier causa no pudiere ser restituido.

III.- La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.

El monto de la indemnización por el daño moral no podrá ser inferior a treinta ni superior a mil días multa y será fijado considerando las circunstancias objetivas del delito, las subjetivas del delincuente y las repercusiones del delito sobre el ofendido, y

IV.- El resarcimiento de los perjuicios ocasionados.

Artículo 27.- La reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidental en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales.

Artículo 28.- Los comprendidos en el artículo 16, estarán obligados en todo caso a la reparación del daño conforme a las disposiciones de este capítulo. Si fueren insolventes, responderán de dicha reparación los que los tengan bajo su patria potestad, tutela o guarda.

Artículo 29.- La reparación del daño proveniente del delito que deba cubrir el sentenciado tiene el carácter de pena pública, se exigirá de oficio por el Ministerio Público, quien deberá acreditar su procedencia y monto. Tratándose de delitos patrimoniales, será siempre por la totalidad del daño. El ofendido o sus causahabientes podrán aportar al Ministerio

Público o al órgano jurisdiccional, en su caso, los datos y pruebas que tengan para tal efecto, en los términos que prevenga el Código de Procedimientos Penales.

Quien se considere con derecho a la reparación del daño y no pueda obtenerla ante el órgano jurisdiccional penal en virtud de sobreseimiento o sentencia absolutoria, o del no ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, podrá recurrir a la vía civil en los términos de la legislación correspondiente.

Artículo 30.- En caso de lesiones y homicidio y a falta de pruebas específicas respecto al daño causado, los jueces tomarán como base el doble de la tabulación de indemnizaciones que fija la Ley Federal del Trabajo y el salario mínimo más alto del Estado. Esta disposición se aplicará aun cuando el ofendido fuere menor de edad o incapacitado.

Artículo 32.- En orden de preferencia, tienen derecho a la reparación del daño:

- I.- La víctima;
- II.- El ofendido;
- III.- Las personas que dependieran económicamente de él;
- IV.- Sus descendientes, cónyuge o concubinario;
- V.- Sus ascendientes;
- VI.- Sus herederos; y
- VII.- El Estado a través de la institución encargada de la asistencia a la víctimas del delito.

Artículo 33.- Son terceros obligados a la reparación del daño:

I.- Los ascendientes por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;...

VII.- El Estado, los municipios y organismos descentralizados subsidiariamente por sus servidores públicos, cuando el delito se cometa con motivo o en el desempeño de sus empleos, cargos o comisiones.

Artículo 34.- Los responsables de un delito estarán obligados solidariamente a cubrir el importe de la reparación del daño.

Artículo 35.- El sentenciado cubrirá de preferencia la reparación del daño y, en su caso, se distribuirá proporcionalmente entre los ofendidos, por los daños que hubiere sufrido; y una vez cubierto el importe de esta reparación se hará efectiva la multa.

Artículo 36.- Si las personas que tienen derecho a la reparación del daño, no lo reclaman dentro de los treinta días siguientes de haber sido requerido para ello, su importe se aplicará en forma equitativa a la procuración y administración de justicia.

Recordemos que el inciso 1 del artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas – que en este punto ha influido más en la legislación mexicana que la Convención Interamericana – dispuso que “toda parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización”. Por su parte, el artículo 9º de la Convención Interamericana sostiene que los Estados “se comprometen a incorporar a sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de tortura”. Añade: “Nada de lo dispuesto en este artículo afectará el derecho que puedan tener la víctima u otras personas de recibir compensación en virtud de legislación nacional existente”.

Para los fines que aquí interesan, recordemos que la fracción III del artículo 26 del Código Penal vigente en el Estado de México, incluye entre los conceptos del resarcimiento penal: “La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima.”; y la fracción III del propio artículo señala: “el resarcimiento de los perjuicios ocasionados”. Por su parte, el artículo 10 de la Ley Estatal contra la Tortura deslinda entre: a) determinados gastos que debe cubrir el responsable del delito (gastos de asesoría legal, médicos, psiquiátricos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole que hayan erogado la víctima o sus familiares como consecuencia del delito). Ahora bien, parece claro que estos “gastos” caen perfectamente en el rubro de daño y perjuicios, sin necesidad de una enunciación casuística que implícitamente les atribuya otro carácter.

También, en su caso, se encuentra marcada por la propia ley, la obligación de los terceros civilmente responsables (El Estado y los municipios estarán obligados

subsidiariamente a la reparación de los daños y perjuicios); y b) reparar el daño a la víctima o a sus dependientes económicos – que ahí funcionan como derechohabientes – en una serie de casos que estipula el artículo 10° (Pérdida de la vida; Alteración de la salud; Pérdida de ingresos económicos, Incapacidad laboral; Pérdida o daño en la propiedad; Pérdida de la libertad; y Menoscabo de la reputación). Algunos de estos rubros se encuentran ya considerados en el primer inciso, pero todos, en definitiva, caben en el concepto genérico de daños y perjuicios.

Otras reiteraciones aparecen en el mismo artículo 10°. Dice: “Para fija los montos correspondientes (se entiende que a los casos que detalla la segunda parte del artículo 10, ahora identificados como hipótesis b), el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado”, lo cual es obvio.

Por ello es admisible la formula que contiene la ley acerca de la reparación de daños y perjuicios en el supuesto específico de la tortura. Obligar al Ministerio Público, en el planteamiento de su pretensión específicamente en las conclusiones – y al juzgador – la precisión del resarcimiento – a considerar cada uno de los términos que aquí maneja la ley, para individualizar con rigor el monto de la reparación.

Creo que Tampoco era necesario el reenvió, en virtud del claro enunciado que existe – como la propia Ley Estatal contra la Tortura reconoce – en el artículo 27 del Código Penal, precepto, éste, que establece: “La reparación del daño se impondrá de oficio al responsable del delito, pero cuando sea exigible a terceros tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma incidental en los términos que fija el Código de Procedimientos Penales.” (Responsabilidad civil, no penal, porque esta no pasa de la persona del infractor, so pena de incurrir en sanciones trascendentales). En estos supuestos figura la fracción VII del artículo 33 del Código Penal: “Son Terceros obligados a la reparación del daño: El Estado, los municipios subsidiariamente, por sus servidores públicos”. Tómese en cuenta que el tipo fundamental de tortura se incluye la calidad de servidor público por parte del sujeto activo.

4.4.2. Sanción Administrativa.

Según la naturaleza del órgano competente para su aplicación, independientemente de que la resolución que la contenga pueda ser impugnada y resuelta por la autoridad judicial, mediante sentencia, lo cual no cambia su original carácter administrativo.

En relación con las sanciones penales, se establece el principio non bis in idem, puesto que la misma conducta produce la comisión de un delito, el cual será sancionado de acuerdo a procedimientos judiciales, rige el principio nulla poena sine lege, pues requiere la tipificación estricta del Derecho Penal, ya que el solo incumplimiento de las obligaciones en el ejercicio de la función pública da nacimiento a la posibilidad de imposición de sanción.

Para Gabino Fraga "... la responsabilidad disciplinaria puede coexistir con la responsabilidad penal, lo cual no podrá concebirse si fueren idénticos ambos poderes, en virtud del principio non bis in idem". Para Francis Delpérée, "El principio de la separación de poderes, por supuesto no es obstáculo para un nuevo examen por la autoridad administrativa, de la situación del agente indiciado penalmente".

Por otra parte: "las sanciones penales tienen un contenido competencial diferente, conforme a los principios constitucionales que forman la materia penal, atribuyendo la aplicación de las penas a la autoridad judicial, a diferencia de las sanciones administrativas, que se desarrollan en el ámbito administrativo, en los términos del artículo 22 constitucional".²²⁵

a) Destitución.

El artículo 3° de la Ley Estatal a estudio, señala: "A quien cometa el delito de tortura se le impondrá una pena de... destitución del cargo... para desempeñar otro de esta misma naturaleza, por un término hasta de veinte años."

Por tanto, la imposición de las penas constituye un acto de autoridad en todo el sentido de la palabra, como la expresión de un poder que ejerce en razón del status activae civitatis a que hacíamos referencia, el cual se explica por la posición del ciudadano que participa en el ejercicio del poder público, que lo hace diferente a los demás ciudadanos.

²²⁵ *Ibidem*. Pág. 110.

La Sanción de destitución para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público se encuentra prevista en la fracción V del artículo 22 del Código Penal vigente en el Estado de México.

b) Inhabilitación.

El artículo 3º de la Ley Estatal a estudio, señala: “A quien cometa el delito de tortura se le impondrá una pena de... inhabilitación del cargo... para desempeñar otro de esta misma naturaleza, por un término hasta de veinte años.”

La sanción de inhabilitación para desempeñar empleos, cargos o comisiones en el servicio público se encuentra prevista en la fracción V del artículo 22 del Código Penal vigente en el Estado de México.

La inhabilitación se impondría por resolución jurisdiccional, según las leyes aplicables, sin precisar cuáles son esas leyes y cuáles los órganos correspondientes.

Aquí quisiera hacer un comentario en relación a la pena de Inhabilitación, según criterio de la Corte establecido en tesis jurisprudencial, cito lo siguiente:

“PENA DE INHABILITACION DE SERVIDORES PUBLICOS.

El artículo 133, in fine, del Código Penal para el Estado de México, que prevé como pena fija e invariable la inhabilitación de veinte años para desempeñar empleo, cargo o comisión públicos, viola el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que no contiene un límite mínimo y uno máximo de aplicación, lo que impide al juzgador decretar las penas que estime justas, acorde a la gravedad del injusto y el grado de culpabilidad apreciado en su autor. Tesis aislada Materia(s): Penal Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo: XXIII, Enero de 2006. Tesis: II. 1º P. 145 Página: 2387”.

Este tesis se encuentra de acuerdo y se adhiere al anterior criterio de la corte, toda vez que si tomamos en cuenta, la pena de inhabilitación establecida por el artículo 3º de la Ley a estudio al señalar: “A quien cometa el delito se le impondrá una pena de.... Destitución del cargo e Inhabilitación para desempeñar otro de la misma naturaleza, por un término hasta de

veinte años”. Si se contiene un límite máximo hasta 20 años, pero No establece o contiene la disposición legal un límite mínimo (entendiéndose conforme al artículo 23 del Código Penal que la pena mínima o menor privativa de libertad, será de tres meses) por lo que, es importante señalar que si la pena mínima de prisión es de tres meses, el juzgador puede con base y fundamento en el numeral anterior del Código Penal imponer esa pena mínima de Destitución e Inhabilitación del Cargo o por la comisión del delito.

Además es importante que la Pena de Destitución e Inhabilitación del Cargo o Comisión, sea acorde con la mínima de la privativa de libertad, es decir, como mínimo una pena de tres años, para que sea tomada en cuenta por el juzgador al momento de individualizar la pena.

4.5. DENUNCIA.

Como normas procesales de la Ley Estatal contra la Tortura figuran los artículos 7º, 8º y 9º; el artículo 4º contiene una porción procesal y otra penal, derivada de aquella. En tal virtud, es oportuno hacer referencia, primero al artículo 4º, relativo a la obligación que tienen los servidores públicos encargados de la prevención e investigación de los delitos de denunciar inmediatamente que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato.

Se sabe que existe controversia en cuanto al carácter de la denuncia: obligatoria o facultativa; la obligatoriedad se extrae, a veces, del análisis del tipo de encubrimiento, por lo que toca a la generalidad de las personas, hay otras normas que imponen a los servidores públicos el deber de denuncia los delitos de que tengan conocimiento con motivo del cargo que desempeñan.

La Ley en estudio, estableció el deber de denuncia. Indicó en el artículo 4º que “Al Servidor público encargado de lo prevención e investigación de los delitos que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie de inmediato...” igualmente el artículo 7º señala: “En el momento en que lo solicite, cualquier persona privada de su libertad, por sí misma o por medio de su defensor o de un tercero, deberá ser examinada por un perito médico legista... El médico que practique el reconocimiento queda obligado... y, en caso de apreciar que se ha infligido dolores o sufrimientos de los correspondientes en el artículo 2º, deberá comunicarlo de inmediato a la autoridad competente.”

4.6. RECONOCIMIENTO MEDICO.

El artículo 7º de la Ley Estatal en estudio, se refiere al examen médico de cualquier persona privada de su libertad. Señala: “En el momento en que lo solicite, cualquier persona privada de su libertad, por sí misma o por medio de su defensor o de un tercero, deberá ser examinada por un perito médico legista. A falta de éste, o si lo requiere, se hará además por un facultativo de su elección. El médico que practique el reconocimiento queda obligado a expedir de inmediato el certificado correspondiente y, en caso de apreciar que se han infligido dolores o sufrimientos, de los comprendido en el artículo 2º (golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua), deberá comunicarlo de inmediato a la autoridad competente”.

El artículo 7º de la Ley Estatal contra la Tortura, ha tratado la posibilidad de preconstruir una prueba que se aducirá en defensa de la persona privada de su libertad (la consistente en la obtención de evidencias en forma contraria a la ley: regla de exclusión”), y de preparar los elementos de cargo que incorpore una denuncia y, en su momento, una consignación por hechos constitutivos de tortura.

Así, ese artículo 7º involucra: a) un derecho de cualquier persona privada de su libertad que se amplía convenientemente al defensor del sujeto, e incluso a un tercero: a que aquél sea examinado, en el momento en que lo solicite – o lo pidan su defensor o un tercero-, por “perito médico legista. A falta de éste, o si lo requiere, se hará además por un facultativo de su elección”. De este texto se deducen tres reglas: primero, siempre deberá intervenir el médico legista – un perito oficial -, salvo que no haya tal especialista en el lugar, en el momento en que la persona privada de su libertad solicite el reconocimiento; segundo, si sucede esto último, bastará con el examen a cargo del facultativo elegido por el reo; tercero, si interviene un médico legista, el detenido puede, no obstante solicitar y obtener que también participe en el reconocimiento un facultativo de su elección.

Se debe entender que cuando se habla de “legista” se está aludiendo no sólo a la especialidad del facultativo, sino a su adscripción a los servicios médicos legales o forenses del Estado; en otros términos, a su condición de perito médico forense oficial. El particular, en cambio, puede poseer amplios conocimientos en medicina forense, pero no tiene – al menos en ese momento – la reconocida calidad de perito para fines procesales.

Nótese que el legitimado para solicitar el reconocimiento es, en primer término “la persona privada de su libertad, por si misma”. Una interpretación razonable de esta disposición – que pudo redactarse en forma más comprensiva lleva a entender que: “bajo esas voces queda abarcado cualquier individuo privado de libertad por un agente de autoridad, e incluso cualquier persona que hubiese estado privada de libertad del mismo modo, aunque ya no lo esté al momento de requerir el reconocimiento”.²²⁶

La inclusión del defensor como legitimado para solicitar el reconocimiento de su defendido o asistido, es un acierto de la Ley Estatal contra la Tortura y corresponde a la tendencia a mejorar las condiciones de la defensa del inculcado o probable responsable del delito.

Igualmente es acertado haber concedido a un tercero la facultad de requerir el reconocimiento del inculcado. El tercero igualmente puede tener un interés jurídico para formular la denuncia correspondiente y así requerir la intervención y el reconocimiento del inculcado por un perito médico legista, todos ellos tienen un papel promotor de la legalidad, que hace recordar la legitimación para recurrir en amparo, en nombre del quejoso (el inculcado o privado de su libertad), concedida a cualquier persona – vinculada o no con el sujeto cuyas garantías se supone menoscabadas- en los casos de “actos que importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera del procedimiento judicial, deportación o destierro, o alguno de los actos prohibidos por el artículo 22 de la Constitución Federal” (artículo 17 de la Ley de Amparo), entre las cuales se encuentra, precisamente –primer párrafo- “el tormento de cualquier especie”.

La Ley no indica ante quién debe solicitarse el reconocimiento del detenido o reo. No hay duda de que la autoridad que mantiene al sujeto privado de libertad está obligada a permitir el reconocimiento, pero no necesariamente se encuentra obligada a proporcionarlo, si carece de medios para este efecto. La obligada es aquella de quien dependen los servicios medico-forenses, que por ello cuenta con la posibilidad de proveer la atención que se reclama. En el caso del Ministerio Público, se reúnen dos datos: suele ser la autoridad ante - y por - quien puede encontrarse detenido un sujeto y es la que recibe la Denuncia e investiga los hechos relacionados con la tortura, y cuenta además con servicios médicos que de él dependen, a título de auxiliares directos. Una verdadera voluntad de dar cumplimiento a la Ley evitará que diversas autoridades se

²²⁶ Ibidem. Pág. 381.

inhiban de brindar el reconocimiento médico solicitado, tratando de desplazar esta obligación hacia otras dependencias públicas.

El mismo artículo 7º contiene: b) un deber complejo a cargo del facultativo que interviene, deber inherente al cargo por lo que hace al perito médico forense oficial, y derivado de la admisión de intervenir por lo que toca al médico particular: quien práctica el reconocimiento queda obligado a: I) “expedir de inmediato el certificado correspondiente”; y II) “en caso de apreciar que se han infligido dolores o sufrimientos, de los comprendidos en el artículo 2 - esto es, constitutivos de tortura, objetivamente, sin entrar en consideraciones sobre el agente y las finalidades que éste se propuso-, deberá comunicarlo de inmediato a la autoridad competente”, es decir, al Ministerio Público o quienes legalmente lo auxilien con facultades para recibir denuncias.

La Ley Estatal contra la Tortura no resuelve sobre la sanción que apareja el incumplimiento de estas obligaciones. Habrá que localizarla, pues, en otros ordenamientos, salvo por lo que toca a la omisión de denuncia en que incurra un perito médico forense, por tratarse de un servidor público, la conducta de éste queda tal vez podríamos establecerla en el artículo 4º , ya comentado.

4.6.1. La Tortura y su Prueba.

El concepto de tortura, para los fines de esta ley y de sus equivalentes internacionales y nacionales, se encuentra integrado por elementos que atañen al sufrimiento físico o psíquico, a la persona que lo inflige y a la finalidad que ésta se propone; en este último aspecto destaca el propósito indagatorio. Por ende, las leyes toman en cuenta la relación que puede haber entre tortura y declaración del inculpado – y de terceros: así, los testigos.

Una nota que califica la admisibilidad y, en todo caso, la eficacia de la declaración, es el carácter espontáneo de ésta; la espontaneidad resulta aún más relevante en el caso de la confesión – especie de la declaración- cuyo emisor, el inculpado, no actúa bajo protesta de decir verdad, puede declarar o abstenerse de hacerlo, y aun se tolera que falte a la verdad, salvo cuando la mentira en que incurra constituya por sí misma un delito, como sucedería si, para defenderse, atribuyese a otra persona la responsabilidad del delito que se le imputa.

Procesalmente, es posible aportar como medio de prueba cualesquiera elementos de convicción que no se hallen reprobados por la ley. A este primer deslinde entre pruebas admisibles

e inadmisibles sigue otro: la mencionada “regla de exclusión”, que impide la recepción y valoración de pruebas obtenidas por medios diversos de los autorizados por la ley; así, por ejemplo, la confesión arrancada mediante tortura. No se trata, en la especie, sólo de restar eficacia a la prueba, sino de rechazarla de plano, negarle el acceso al procedimiento, declararla inadmisibile: “por ello quedará sin efecto – al carecer de soporte – cualquier determinación que se sustente en una prueba indebidamente admitida. Este es, por cierto, uno de los puntos más controvertidos en materia de procedimiento; aquí se enfrentan las corrientes tutelares de los derechos del individuo y las tendencias protectoras –real o supuestamente – de la sociedad, que a veces llegan a conclusiones extremas, insostenibles”.²²⁷

Es terminante la Convención de Naciones Unidas: las partes se asegurarán de que: “ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” (artículo 15). Esta, así, deviene prueba de descargo del inculpaado y de cargo del agente receptor de la declaración, precisamente lo contrario de lo querido por éste. En los mismos términos, prácticamente, regula este asunto la Convención Interamericana (artículo 10).

Es por lo menos opinable la validez real – no solo declarativa – de la presunción de inocencia en un sistema procesal que se funda en la probable responsabilidad del inculpaado, a partir del ejercicio de la acción penal y, sobre todo, del auto de formal prisión. Numerosos obstáculos, jurídicos y prácticos, han impedido ahora el pleno desenvolvimiento de esa presunción bienhechora. Por lo demás, es obvio que aun cuando se halle probada la responsabilidad del sujeto, sigue mereciendo entero respeto su integridad física y psicológica.

Es necesario investigar adecuadamente los delitos, pero es inadmisibile que con el pretexto de buscar la verdad se dañe al inculpaado. Cualquier declaración obtenida por tortura “no sólo resulta jurídicamente ilícita, moral y socialmente condenable y reprochable, sino incluso ineficaz....”.

Es así como la Ley Estatal contra la Tortura, dispone en su artículo 8º que: “La confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura no podrá invocarse como prueba.” Esta fórmula es descriptiva, pero resultaba preferible, la referencia a declaración, que abarca con mayor

²²⁷ De la Barreda Solórzano. Luis. Ob. cit Pág. 383.

pulcritud procesal el caso del testimonio, e incluso el del dictamen (es infrecuente, por supuesto, que se aduzca tortura como medio para conseguir ciertas conclusiones en un dictamen). Recuérdese que declaración es el género en el que se reúnen todas las manifestaciones de conocimiento u opinión emitidas por participantes en el procedimiento penal. Sabemos cuales son los elementos formales de una confesión, y por ello no hay duda sobre el alcance del artículo 8º de la Ley. Ahora bien, la voz “información” carece de sentido unívoco: no existe, técnicamente circunscrito, un concepto procesal de información. Por ende, el intérprete debe construir esta noción.

Tomando en cuenta el propósito del legislador y la necesidad de que el reproche a la tortura y el descrédito de sus consecuencias tenga el más amplio y aleccionador impacto, parece necesario concluir que información, en este campo, es cualquier transmisión de conocimiento por parte de un sujeto llamado a intervenir en un procedimiento penal, salvo la hipótesis de la confesión, especialmente prevista en el artículo 8º. En suma, información es la versión de los hechos que suministra un testigo, la opinión técnica que aporta un perito, la noticia que brinda el redactor de un documento (público o privado), y así sucesivamente. Si el testigo, el perito o el autor del documento han sido forzados mediante tortura a formalizar el acto que luego se querrá invocar en un procedimiento penal, operará plenamente el artículo 8º de la Ley Estatal contra la Tortura: esos actos informativos no podrán ser invocados como prueba. Es así, y sólo así, como se da verdadero cumplimiento al propósito y a la letra del precepto que ahora comento.

Las reformas procesales penales de 1990 cuidaron de reducir el número de autoridades ante las que es jurídicamente procedente la emisión de confesiones. Se excluyó terminantemente la recepción de estas declaraciones por la Policía Judicial y se dispuso que sólo se produjeran ante el Ministerio Público y la autoridad judicial, en el entendido de que para la validez de tales confesiones resulta indispensable que éstas se rindan en presencia del defensor o de una persona de la confianza del inculpado. También halló cabida en éstos la preocupación por dotar de intérprete del idioma o dialecto de éste, en su caso, al sujeto que no conoce suficientemente el idioma castellano; la falta de traductor también acarrea nulidad de la actuación.

En tal virtud, es por lo menos opinable que el artículo 9º de la Ley Estatal contra la Tortura incluya estas cuestiones (No tendrá valor alguno la confesión rendida ante una autoridad judicial o el Ministerio Público, sin la presencia de su defensor y en su caso, del interprete del idioma dialecto de éste o persona de confianza del inculpado): se hallan fuera de la materia de la ley, y por otro lado, reiteran las previsiones claramente contenidas en la legislación procesal general.

a) La Utilización de un Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de Tortura.

En reiteración sobre el mismo punto, desarrollado por el capítulo anterior, la Procuraduría General de la República, utiliza un documento (manual) a través del acuerdo número A/057/2003, denominado “Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.” Lo anterior, para establecer las directrices institucionales que deberán seguir los Agentes del Ministerio Público de la Federación, los peritos médicos legistas y/o forenses y demás personal de la Procuraduría General de la República, cuando les sean presentados posibles casos de Tortura y/o Maltrato.

Por lo que, una vez lo anterior, debemos considerar en el mismo sentido que la Federación, que de conformidad con la ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, en su artículo 39.- Facultades y obligaciones del Director General de Servicios Periciales: establece la Fracción II.- Elaborar y actualizar las guías y manuales para la formulación de Dictámenes periciales. III.- Proponer el equipo adecuado para el desarrollo de los servicios periciales y promover la cooperación en la materia, con las procuradurías general de la República, de los Estados, del D.F., sí como otras instituciones. IV.- Proponer la capacitación, actualización y optimización científico-técnica del personal especializado en materia pericial y criminalística, ante el Instituto. V.- Planear la evolución, revocación y actualización de los Servicios Periciales, en coordinación con la Unidad administrativa que el procurador asigne, así como autorizar las propuestas sobre adquisición de nuevos equipos para los servicios periciales. VI.- Supervisar que los Dictámenes periciales se emitan con prontitud, celeridad imparcialidad y además que cumplan con las normas, y.

Obligaciones: II.- Auxiliar al Ministerio Público en la Búsqueda, persecución y obtención de indicios y pruebas tendientes a la acreditación de los elementos del cuerpo y de la probable responsabilidad. III.- Emitir los criterios que deben observar los peritajes, así como proceder, a la brevedad posible, a la formulación de los mismos, a requerimiento de la autoridad competente, dentro del marco de la autonomía técnica de estos servicios.

Así mismo, en la Ley que crea el Instituto de Servicios Periciales del Estado de México, se establece lo siguiente: Artículo 2º.-Para los efectos de esta Ley, se entiende por: II.- Perito Oficial.- Al perito que pertenezca al Instituto de Servicios Periciales del Estado de México. IV.- Perito

Certificado.- Al perito que este certificado por el Instituto de Servicios Periciales del Estado de México.

Artículo 3º.- El Instituto de servicios periciales del Estado de México, es un órgano desconcentrado de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, con autonomía Técnica y operativa, cuyo objeto es la emisión de Dictámenes Periciales, en el auxilio del M. P.

Artículo 5º.- El Instituto tiene por objeto: I.- Crear un padrón de peritos, que preferentemente son: Académicos y expertos en las ciencias, técnicas u oficios y antes de dotar a la Entidad de peritos suficientes en número y especialidad, requeridos por la ciudadanía. III.- Implementar nuevos métodos, técnicos y científicos, para la formulación de dictámenes. IV.- Emitir dictámenes periciales transparentes, imparciales y eficaces.

Artículo 6º.- El Instituto para el cumplimiento de su objeto y sin perjuicio de las correspondientes a otros órganos, tendrá las siguientes atribuciones: IV.- Fomentar técnicas y métodos de investigación que generan conocimiento, en las diversas ciencias, técnicas y artes. IX.- Proponer programas de intercambio de experiencias, conocimientos y avances tecnológicos con las Unidades de Servicios periciales de la Procuraduría General de la República, de las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal con similares del extranjero e Instituciones educativas, que logren el mejoramiento y modernización de sus funciones; XXV.- Diseñar y establecer los criterios, normas, técnicas y lineamientos mínimos que deben cumplir la presentación y formulación de los Dictámenes e informes de las distintas especialidades periciales.

Que entre las distintas disciplinas periciales, se encuentra la del médico legista y/o forense, cuyo objeto es practicar los estudios de necropsia, así como dictaminar sobre el estado físico y mental de las personas sujetas a declaración ministerial, ya señalado en el punto anterior, (el inculcado por ejemplo);

Que independientemente de la práctica de los reconocimientos y dictámenes periciales tradicionales para determinar la existencia de lesiones externas o internas producidas por algún delito diverso a la tortura, que se deben realizar conforme las disposiciones procesales aplicables, para estar en condiciones de distinguir las lesiones físicas y/o psíquicas producidas por tortura o maltrato por parte de las autoridades, es necesaria la practica de un dictamen especializado y que trascienda el carácter médico de los anteriores, al tener un enfoque multidisciplinario, que deberá

realizarse bajo una metodología específica y más rigurosa que los dictámenes acostumbrados, en cualquier persona que alegue dichos abusos, así como establecer las directrices institucionales que rigen su implementación.

Por lo que, tomando como base las manifestaciones del acuerdo correspondiente que se emitiera por parte del Procurador General de la República en la creación del denominado “Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.” los peritos médicos legistas y/o forenses de la institución (Procuraduría General de Justicia del Estado de México), deberán ser capacitados en las áreas de psicología y fotografía forense para complementar la información que requiere la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de posible Tortura y/o Maltrato de acuerdo con lo establecido por el “Protocolo de Estambul”. En concordancia con el que se aplica actualmente en la Procuraduría General de la República. Debiendo las autoridades estatales correspondientes establecer las directrices y/o lineamientos institucionales de actuación para la aplicación obligatoria por parte del personal ministerial y pericial, del “Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato”.

Lo anterior, también deriva del cumplimiento de los compromisos internacionales del Estado Mexicano en materia de Derechos Humanos, donde se determinó implantar en forma obligatoria el “Protocolo de Estambul”, mismo que fue adoptado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Para consolidar acciones encaminadas a proteger la integridad psicofísica de las personas, en consonancia con la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas y demás normativas del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, ratificados por el Senado de la República.

De igual forma para garantizar la seguridad jurídica que demanda la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, y que la información ahí recabada no sea objeto de alteraciones o cualquier acción destinadas a tal propósito, es indispensable contar con formatos preestablecidos que incorporen medidas de seguridad que hoy ofrece la tecnología disponible.

Entendiéndose muy claramente por Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de posible Tortura y/o Maltrato, el documento suscrito por peritos médicos legistas y/o

forenses de la Procuraduría, a través del cual se rendirá al Ministerio Público Estatal, el resultado del examen médico/psicológico que se practique a cualquier persona que alegue dichos abusos, a efecto de documentar y correlacionar, en su caso, las manifestaciones de tortura y/o malos tratos con los hallazgos físicos y/o psicológicos.

El Agente del Ministerio Público ordenará a los peritos médicos forenses la práctica del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, en los siguientes supuestos:

- a) Cuando así lo denuncie cualquier persona privada de su libertad, que alegue haber sido objeto de tortura y/o maltrato; su defensor o un tercero;
- b) Cuando a juicio de perito médico legista y/o forense que lleve a cabo el examen del detenido, existan signos o indicios de posible tortura y/o maltrato; y
- c) Cuando lo instruya el Procurador General de Justicia del Estado de México.

El Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato se practicará con el consentimiento expreso e informado, de la persona que alegue haber sido objeto de dichos abusos, para que sea revisada en su integridad psicofísica, de lo contrario, se hará constar su negativa en actuaciones de conformidad con las directrices establecidas por el “Protocolo de Estambul” en materia de examen y documentación de la tortura y/o maltrato.

Para dar cumplimiento, a la persona que alegue haber sido objeto de tortura y/o maltrato, a efecto de que otorgue su consentimiento expreso e informado al inicio del examen médico/psicológico, se le hará saber lo siguiente:

- a) El Propósito del examen;
- b) La naturaleza de la evaluación, incluyendo una valoración de evidencia física y/o psicológica de posible abuso;
- c) La manera como será utilizada la información;
- d) La posibilidad de otorgar o negar su consentimiento para la práctica de la entrevista y el examen médico; y
- e) Del derecho a ser reconocido por un perito médico legista y/o forense y, a falta de éste o si lo requiere además, por un facultativo de su elección en los términos del artículo 7° de la Ley Estatal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Dichos facultativos deberán

contar con los conocimientos necesarios para la aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.

Cuando se lleve a cabo la práctica del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para casos de Posible Tortura y/o Maltrato, deberán respetarse las siguientes salvaguardas:

- a) La persona deberá ser examinada en forma individual y privada. Los Agentes del Ministerio Público, Policías Ministeriales o de cualquier otra corporación policial o de custodia no podrán estar presentes en la habitación donde se practique el examen médico/psicológico, salvo cuando a juicio del perito médico legista y/o forense examinador, la persona represente un riesgo para la seguridad del personal que realice dicho examen, en cuyo caso, no deberá ser el personal a quien se impute la tortura o el maltrato, dicha presencia deberá asentarse por el perito médico legista y/o forense responsable en el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.

En el caso de que el perito opine la existencia de lesiones posiblemente derivadas de tortura y/o maltrato, informará de inmediato al agente del Ministerio Público, para que de manera oportuna practique el reconocimiento a que se refieren los artículos 122 y 123 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México, siempre que no esté imputado como participe de la tortura o maltrato. Si lo estuviere, se abstendrá de estar presente durante el reconocimiento que se realizará el agente de la institución que asuma la investigación por este nuevo delito, sin que ello releve al agente imputado de la responsabilidad sobre el aseguramiento del detenido o la debida integración de la indagatoria primordial, y

- b) Cuando no haya perito médico legista y/o forense capacitado en el conocimiento y aplicación de la normatividad internacional contenida en el “Protocolo de Estambul” para la efectiva investigación y documentación de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y/o degradantes en el Centro de Justicia de la Procuraduría General de Justicia del Estado, en donde actúe el agente del Ministerio Público, éste deberá solicitar a la Dirección General de Servicios Periciales o su Delegación correspondiente, así como a el Instituto de servicios periciales del Estado de México, le sea designado a la brevedad, un médico legista y/o forense especializado en la

aplicación del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato.

El perito médico legista y/o forense, o el perito fotógrafo deberá recabar impresiones de las lesiones visibles y de las áreas del cuerpo donde la persona examinada alegue haber sido torturada y/o maltratada, aun cuando dichas lesiones no sean evidentes. Si lo anterior no fuese posible, así se deberá asentar en el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato. En todos los casos de lesiones visibles, el perito médico legista y/o forense señalará en los gráficos con la silueta corporal contenidos en el Dictamen referido, la ubicación de las lesiones encontradas.

En casos de lesiones no evidentes al exterior en que la persona examinada presentara un cuadro clínico compatible con algún padecimiento orgánico o funcional que afecte su salud, los peritos médicos legistas y/o forenses deberán notificarlo inmediatamente al agente del Ministerio Público. En su caso, deberán informarle, por escrito y a la brevedad, la necesidad de asistencia médica complementaría, interdisciplinaria u hospitalaria, para los efectos de su competencia.

El formato del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato deberá reunir las siguientes especificaciones técnicas:

- a) Impresión del formato en papel seguridad;
- b) Impresión del formato con tinta fugitiva;
- c) Folio único seriado para cada formato;
- d) Holograma en tercera dimensión, en cuyo fondo aparecerá el Escudo de los Estados Unidos Mexicanos y/o el Escudo del Estado Libre y Soberano de México, con el acrónimo PGJ Estado de México, así como el nombre del dictamen médico, y
- e) El Dictamen Médico/Psicológico Especializado estará embalado en sobre especial, sellado con el holograma referido en el anterior inciso d), conteniendo un formato original impreso en hojas color blanco y cuatro copias impresas en hojas en colores azul, amarillo, rosa y verde, a efecto de que cada una le sea entregada a sus respectivos destinatarios.

Los formatos del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato deberán ser asignados a los peritos médico legistas y/o forenses para que sea aplicado, conforme a los lineamientos establecidos.

La Dirección General de Servicios Periciales o su Delegación correspondiente, así como a el Instituto de servicios periciales del Estado de México, será responsable de distribuir los formatos del Dictamen Médico/Psicológico Especializado, cuidando que se asiente en el contrarecibo la firma del perito respectivo, el número de formatos recibidos, así como los folios que correspondan a cada uno de ellos. Copia del registro de los recibos señalados deberá obrar tanto en la Dirección General antes citada como en la Delegación correspondiente o el Instituto.

La Dirección General de Servicios Periciales llevará un control de los formatos para el Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato utilizados. En dicho control se especificará el número de folio único del Dictamen Médico/Psicológico Especializado, así como los nombres del perito médico legista forense y de la persona a la que se le aplique.

El formato original del Dictamen Médico/Psicológico Especializado deberá agregarse al expediente de la averiguación previa que la Representación Social haya de iniciar por hechos de posible tortura y/o maltrato, lo anterior, en la inteligencia de que el resultado que arroje el Dictamen evidencie indicios suficientes para presuponer la existencia de tales ilícitos.

Asimismo, las copias correspondientes, se entregarán, respectivamente: a) A la persona que alegue haber sido objeto de tortura y/o maltrato, su representante legal o quien aquella designe, b) A la Dirección General de Servicios Periciales o su Delegación correspondiente, así como a el Instituto de servicios periciales del Estado de México y, en su caso, d) A la Comisión Estatal o Nacional de los Derechos Humanos, cuando expresamente las solicite.

De conformidad con lo señalado por el “Protocolo de Estambul”, los agentes de la Policía Ministerial, no tendrán acceso ni recibirán copia del Dictamen Médico/Psicológico Especializado para Casos de Posible Tortura y/o Maltrato, salvo los designados para la investigación correspondiente o quienes tengan el derecho de consultar la averiguación previa.

En caso de que el Dictamen Médico/Psicológico Especializado Se llegare a requisitar de forma errónea, éste se deberá cancelar levantando el jefe inmediato del perito la constancia administrativa respectiva, en la cual se especificaran los motivos que dieron lugar a la cancelación del documento. La constancia de cancelación, el formato erróneamente requisitado y sus respectivas copias, se remitirán a la Dirección General de Servicios Periciales, o su Delegación correspondiente, así como a el Instituto de servicios periciales del Estado de México, una copia de la constancia señalada se enviará a el área de control de Derechos Humanos de la Procuraduría, para el control y registro correspondiente.

Dichos razonamientos, a mi criterio son importantes para la creación e utilización de un Dictamen Especializado, por los Peritos Médicos legistas y/o forense de la Procuraduría General de Justicia del Estado de México, a semejanza del utilizado por la Procuraduría General de la República, para la comprobación del cuerpo del delito en el ilícito de tortura. Documento que por su creación fue importante, para que especialistas en el campo médico/forense determinen si existe o no un hecho de tortura en el sujeto detenido o privado de su libertad (el inculpado), prueba técnica indispensable para la comprobación del ilícito a estudio, por lo que su creación y difusión debe ser de un gran acierto por parte de las autoridades Ministeriales en el Estado de México.

Por ultimo, podemos señalar que la propia ley señala dentro de su artículo 12º, lo siguiente: “Los órganos dependientes del Ejecutivo Estatal relacionados con la procuración de justicia llevarán a cabo programas permanentes establecerán procedimientos para: I.- La orientación y asistencia de la población, con la finalidad de vigilar la exacta observancia de las garantías individuales de aquellas personas involucradas en la comisión de algún ilícito; II.- La organización de cursos de capacitación de su personal para fomentar el respeto a los derechos humanos; III.- La profesionalización de sus cuerpos policiales; y IV.- La profesionalización de los servidores públicos que participen en la custodia y tratamiento de toda persona sometida a arresto, detención o prisión.

La Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, en el ámbito de su competencia, podrá participar en la ejecución de los programas que se mencionan en este artículo.

Lo anterior, me parece atinado, por que los cuerpos especializados dedicados a la custodia, vigilancia y tratamiento de sujetos o personas privadas de su libertad, deben estar capacitados al

máximo, para que respeten los derechos humanos de estas personas, no violentándolos de manera alguna.

Por todo lo anterior, es necesaria la creación en el Estado de México, de un Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de tortura, como el utilizado en la Procuraduría General de la República, las Condiciones están dadas, solo se requiere de voluntad política y una verdadera política criminal de las Autoridades correspondientes de esta localidad.

Toda vez, que con la creación del citado Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de Tortura, aplicado por el Ministerio Público, se puede comprobar fehacientemente el cuerpo del delito del ilícito de tortura, y la probable responsabilidad penal del sujeto Activo, es una herramienta científica-técnica, que ahorraría muchísimas horas-tiempo-hombre, con el consecuente ahorro al erario público, en la investigación del delito de tortura y sobre todo acabaría con la impunidad en la comisión de este delito

4.7. ¿PRESUNCIONES DE TORTURA?

La Ley Estatal contra la Tortura no ha incorporado una figura o hipótesis donde sea señalada una presunción juris et de jure de posibles casos de tortura, en que se pretendiese imputar la comisión de tortura – invirtiendo así la carga de la prueba – a quien resultara responsable de la detención indebida en cualquier sujeto (el inculpado).

4.8. ORDENAMIENTOS DE APLICACIÓN SUPLETORIA.

La Ley Estatal en estudio, nos señala algunas remisiones a otras leyes relacionadas en todo lo no previsto en la misma a estudio, podemos establecer que serán aplicables supletoriamente las disposiciones del Código Penal vigente en el Estado de México, así como el Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de México (párrafo segundo del artículo 10°); igualmente se nos remite al Código Civil vigente en el Estado de México (párrafo segundo del artículo 10°).

V.- CAPITULO QUINTO

5.- EL DELITO DE TORTURA EN RELACION CON EL DERECHO COMPARADO.

5.1 LA TORTURA EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Aun cuando son diversas las figuras delictivas que pueden tener relación con el comportamiento torturador y a pesar de que en su tenor literal no incluya la palabra tortura (lo que sí hacen el núm. 4 del art. 501, introducido en 1983, y el art. 421-3, desde junio de 1989), es el artículo 204 bis del Código Penal vigente el que se ocupa de un modo más directo de la tipificación de los actos de tortura. Tras unas consideraciones introductorias acerca de la tortura en el Derecho español, este capítulo se centra en el repaso de los trabajos parlamentarios de lo que surgió el nuevo artículo (y los de su reforma parcial en 1989), investigación de gran importancia en orden a un correcto entendimiento de su contenido y finalidad.

1.- El Texto Constitucional.

En España, la tortura es objeto de una prohibición constitucional expresa, junto con los tratos inhumanos y degradantes, por el artículo 15 de la Constitución de 1978, el mismo que abole la pena de muerte. Éste complementa la proclamación general del derecho de “todos” a la “vida e integridad física y moral” o “incolumidad personal” con la frase siguiente: “sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

La declaración, que recuerda a algunos textos internacionales (en particular, el art. 3 del Convenio europeo), se presenta como un instrumento capital para la protección de los derechos humanos de los ciudadanos. Baste indicar, a este respecto, su proyección general derivada de la sujeción de los poderes públicos (y los ciudadanos) a la Constitución (art. 9.1 CE) y, en consecuencia, el efecto de “nulidad constitucional”, que determina sobre todo acto legislativo, ejecutivo o judicial contrario, de un modo directo o indirecto, a “los valores de humanidad y de dignidad de la persona”. Por otra parte, la jurisprudencia europea y la experiencia del Tribunal Supremo estadounidense en su interpretación de la enmienda octava de la constitución americana (prohibición de las penas crueles o inusuales) permiten aventurar la amplitud de los potenciales efectos de tal principio, que ya ha comenzado a ser empleado por los ciudadanos como vía de acceso a la instancia constitucional.

Al margen del texto constitucional, de los textos internacionales que, publicados en el Boletín Oficial del Estado, han pasado a integrarse en el Derecho español y de algunas disposiciones reglamentarias en materia policial, la prohibición de la tortura encuentra también plasmación expresa en el campo penal. Así, en el marco de la legislación penal complementaria y, no obstante la parquedad de la Ley Orgánica General Penitenciaria – cuyo artículo 6 solo prohíbe que “ningún interno, se vea, sometido a malos tratos de palabra u obra”- el artículo 5.1 del Reglamento Penitenciario alude de manera expresa a la tortura a la que, en una línea más próxima a la Constitución, distingue de los “malos tratos” y del “rigor innecesario”. Establece concretamente el artículo 5.1. RP: “Ningún interno será sometido a torturas, “a malos tratos de palabra y obra, ni será objeto de un rigor innecesario en la aplicación de las normas”.

También en la legislación penal especial pueden encontrarse referencias a la tortura (al artículo 76 del Código Penal militar (libro II, Título Segundo “Delitos contra las leyes y usos de la guerra”).

a) El supuesto de “robo con torturas” del art. 501.4 del Código Penal (Reforma de 1983).

En cuanto al Código Penal en vigor, el término “torturas” fue introducido por la reforma de 1983 que lo incluyó en el número 4 del artículo 501, esto es, entre los robos con violencia o intimidación en las personas, al mismo nivel que el robo con homicidio culposo, con toma de rehenes o acompañantes de ciertas lesiones graves.

La doctrina señala cómo el robo con torturas procede del artículo 242, número 3, del Proyecto de Código de 1980 y cita como “antecedente remoto” la circunstancia octava (robo “atando, mortificando o maltratando de obra a alguna persona”) del artículo 729 de nuestro primer Código Penal, el Código de 1822. Destaca, además, que el empleo por este artículo de “la palabra torturas” se efectúa “en un sentido descriptivo, desprovisto de todo valor técnico o normativo”, concretamente, como: “dolor o sufrimiento intenso de carácter físico o mental, producido mediante violencia o intimidación, y dirigido a hacer posible, facilitar o asegurar” el apoderamiento de la cosa objeto del robo”.

Por su parte, la jurisprudencia identifica el concepto de “torturas” empleado por el artículo 501.4 del Código Penal con el trato cruel despiadado, causación de “dolor físico o corporal, congoja o aflicción del ánimo” (S. 4 de mayo de 1984) o de “sufrimientos físicos o

morales al ofendido u ofendidos o a personas ajenas al delito que les martiricen y atormenten” (S. 29 de junio de 1984) y, en consecuencia, revelen “la crueldad, inhumanidad y sadismo del agente o agentes” (S. 4 de mayo de 1984). Por otra parte, “ha considerado expresamente constitutivas de tales v.gr. las conductas de atormentar al sujeto para que indique el sitio en que se encuentran los bienes que se desea sustraer (S. 4 de mayo de 1984), dejar “caer la cera de la vela encendida sobre el pecho de la victima, amordazada y reducida, causándole quemaduras de primer grado” (S. 23 de diciembre de 1986, que insiste en el concepto de mortificación “refinada”), la colocación en el pecho, sujeto por un esparadrapo, de un artefacto que simulaba ser un explosivo (S. 10 de marzo de 1984) o el hecho similar de “poner pegado al brazo de una de lasas victimas con un esparadrapo un paquete con la advertencia de que podría explotar”, por supuesto calificado de “tortura psicológica” por la citada Sentencia de 29 de junio de 1984.

Fácilmente se comprende por lo anterior la limitación del “campo de acción del robo con torturas”, que parece reservado para casos de dolores “de gran intensidad”, inmediatamente vinculados con el hecho del apoderamiento y no susceptibles de tipificación a través de ninguno de supuestos contemplados por los anteriores números del artículo 501. Este estrecho marco de aplicación, unido a su carácter “subsidiario” determina que su inclusión en el Código haya sido calificada de “dudoso” o “ningún” acierto y se considere “innecesaria y perturbadora”, en particular cuando una gran cantidad de los casos por él abarcados podrían encontrar adecuado tratamiento a través de la agravante número 5 del artículo 10.

b) Las lesiones con tortura del art. 421.3 (Reforma de 1989).

Similares consideraciones pueden hacerse en principio, a partir de su contemplación aislada, de las lesiones con “empleo de tortura” que, desde la “actualización” producida por la Ley Orgánica 3/1989, de 21c de junio (B.O.E. núm. 148, de 22 de junio), constituyen uno de los supuestos agravados (art. 421.3) del nuevo tipo básico de lesiones introducido en el artículo 420 I del Código Penal. Tampoco aquí, a la vista de sus precedentes legislativos, colocación y de la calidad de los posibles sujetos activos, el empleo por el legislador del término “tortura” apunta a su sentido técnico, que exige inevitablemente la condición funcional (o asimilada) de los sujetos activos. Parecería, por ello, más adecuado su identificación, como en el robo con tortura, con comportamientos crueles, inhumanos o sádicos, y en general, con la causación, mediante las lesiones, de dolores o sufrimientos físicos o psíquicos, de gran intensidad. Ahora bien: “la

proximidad de estos casos con la agravante número 5 del artículo 10^o 228 y la propia pena impuesta por el artículo 421 ponen entonces de manifiesto la escasa justificación de la tipificación expresa de este supuesto agravado, cuya única virtualidad vendría a ser, en definitiva, operar como barrera para una posible compensación racional (art. 61.3) de aquella agravante con otra u otras atenuantes intervinientes.

La interpretación anterior plantea, además, el problema de la práctica identidad del supuesto con las lesiones cualificadas por la acusada brutalidad de la acción revelada en el medio de comisión, tipificadas en el último inciso del número 1 del nuevo artículo 421. Con independencia de las críticas que pueda merecer el mantenimiento de esta agravación, a la vista del número 3, el principio de vigencia obliga indefectiblemente a optar por una interpretación que otorgue eficacia a ambos preceptos. Y puesto que parece imposible desconectar el concepto de “tortura” de sus referentes en el Derecho español, esto exige, optar entre la identificación del término “tortura” del artículo 421.3 con el contenido del artículo 204 bis –agravando así la responsabilidad de los sujetos activos de lesiones que, de ser cometidas por funcionarios, habrían de castigarse a través del artículo 204 bis- (como puede suceder, por ejemplo, aunque no sólo, en casos de utilización instrumental de particulares por parte de funcionarios policiales o judiciales), o bien, directamente, con el artículo 1.1 de la Convención de la ONU de 1984 – esto es, aplicando al artículo 420.3 el concepto internacional de tortura (más amplio que el contenido en el artículo 204 bis I y II), salvo en lo que respecta al carácter especial de los sujetos activos-, solución, esta última que resulta preferible.

Dejando al margen problemas como si, efectivamente, las agravaciones del artículo 421 son o no aplicables a los supuestos aludidos por el artículo 582 I o si la determinación de la pena del artículo 204 bis I, III o V ha de hacerse siempre, en el caso de lesiones, a partir de lo establecido por el artículo 421.3, conviene, de todos modos, indicar lo sorprendente que resulta la colocación de la agravación por tortura al mismo nivel de las demás – cuando, de concurrir simultáneamente, sería más adecuada su apreciación efectiva (y no alternativa)- y su aplicación, tan sólo, a algunas categorías de lesiones. Por otra parte, y desde un prisma más general, hay que añadir cómo tampoco parece razonable la previsión de una agravación por tortura

²²⁸ A juicio de Muñoz Conde, “Por Tortura hay que entender los actos de ensañamiento que se configura como agravante genérica en el artículo 10-5; es decir, aumentar deliberadamente e inhumanamente el dolor del ofendido” Apéndice.... Cit..., p.6 Similarmente, I. Berdugo, en F. Muñoz Conde (Coord.) I. Berdugo, M. García Arán, la Reforma Penal... cit., p. 90. Citado por De la Cuesta Arzamendi J. L. “El Delito de Tortura”, Editorial Bosch, España, Pág.79.

exclusivamente en el caso del delito de lesiones, siendo que, como es sabido y pone de manifiesto la simple lectura del artículo 204 bis, a través de la tortura pueden producirse ataques a muchos otros bienes jurídicos individuales.

c) El art. 204 Bis.

Precedentes.

Aunque el tenor literal del artículo no incluye en ningún momento la palabra “tortura”, de manera unánime, doctrina y jurisprudencia entienden que es en el artículo 204 bis donde el Código Penal vigente se ocupa de la sanción penal de hechos tan terminantemente prohibidos por el texto constitucional. Este parecer encuentra su apoyo, si no en el dictado mismo del artículo 204 bis, en los trabajos parlamentarios de los que nació. La proposición de la ley de 20 de septiembre de 1977, la primera de las presentadas por el Grupo Socialista del Congreso, con ocasión de cuya tramitación parlamentaria surgió y se aprobó el nuevo artículo 204 bis, decía textualmente en su encabezamiento:

“Tortura. Modifica el Código Penal introduciendo sendos artículos en sus títulos VIII y IX que tipifican las diversas formas de esta aberración delictiva”.

Ciertamente, como la propia Proposición de ley reconocía actos de tortura no tenían por que encontrar en aquellos momentos el amparo de la Ley. Su prohibición se deducía claramente de las normas procesales y, al margen de otros preceptos, en el marco de los delitos contra la vida, la integridad personal o la libertad podían hallarse tipos diversos que comprendían los resultados lesivos acompañantes a la tortura o, con mayor facilidad, las coacciones manifestadas. Con base en estos tipos penales (y el art. 338 bis) fueron juzgados en 1988 los hechos ocurridos en Carabanchel en marzo de 1978 (esto es, con anterioridad a la entrada en vigor del art. 204 bis), que culminaron con la muerte del recluso Agustín Rueda. Como afirma la propia Sentencia de 9 de febrero de 1988, de la sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid.

El Artículo 204 bis. Colocación Sistemática y Bien Jurídico protegido.

a) El delito de tortura como delito contra las garantías constitucionales.

Al examinar el concepto internacional de tortura y sus rasgos caracterizadores se comenzaba por constatar la naturaleza pluriofensiva del modelo de delito configurado por la Convención internacional, claramente presentado como ataque a una pluralidad de bienes jurídicos dignos de tutela penal.

La proximidad de la figura con las formas de coacciones ponía, así, de manifiesto, desde un principio, su condición de ataque a la libertad. Junto a esto, la referencia (criticable) a la causación de “dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales” apuntaba igualmente a otros bienes jurídicos: en primer plano, la salud e incolumidad o bienestar personal, objeto de tutela propio de los delitos de lesiones, y, en definitiva, la humanidad (comprensiva en su nivel mínimo de la integridad física y moral), pero también la dignidad humana, concepto difuso identificado de manera muy extendida con la personalidad o la esencia misma del ser humano.

A los bienes jurídicos anteriores se sumaban otros de carácter no individual ni personal y, primordialmente, la función pública, atacada a través del abuso de poder de los sujetos activos típicos del delito de tortura: los funcionarios del Estado. Ahora bien, no todo abuso de poder por parte de los servidores públicos que involucrara aquellos bienes jurídicos resultaba finalmente constitutivo de tortura. En este sentido, y aun cuando el texto de la Convención internacional no lo requería de manera expresa, parecía inevitable la exigencia de cierta situación de sumisión, de sujeción de hecho, de la persona directamente afectada por la tortura, situación generalmente traducida en una privación de libertad, como la que caracteriza a la detención (t, en su caso, a la retención) y prisión.

En cualquier caso, era precisamente la calidad de la tortura de abuso de poder constituido por un ataque plural a bienes jurídicos individuales por parte de quienes, por su condición de servidores públicos, están llamados en primer lugar a respetarlos y garantizarlos, lo que, finalmente, venía a plasmar la nota más elemental de esta figura delictiva y permitía comprender con más facilidad el porqué de su repulsa y prohibición generalizada por parte de la práctica totalidad de los textos internacionales dirigidos a la protección de los derechos humanos fundamentales para el desarrollo de un orden político pacífico en una sociedad moderna.

Pues bien, si de la perspectiva internacional pasamos al Derecho interno, en los Estados dotados de Constitución son generalmente las “garantías constitucionales”, en un sentido material –ese “ámbito de relación social previa” a los propios derechos individuales, “formalizado por la Constitución y las leyes que lo desarrollan” y sin cuya existencia no puede traer “una protección cabal de los bienes jurídicos microsociales”-, las llamadas, en primer término, a asegurar el “marco infranqueable” de la intervención de la autoridad y del Estado. “Este ha de ser, en suma, y sin perjuicio de que se vean igualmente involucrados otros, el bien jurídico más característico del delito de tortura, autentico “cáncer” de un sistema democrático”²²⁹, que aparecerá, así, configurado como un delito contra las garantías constitucionales, “bases mismas de funcionamiento de una colectividad democrática”.

En el marco de las garantías constitucionales son las garantías personales más básicas (a la vida, humanidad – integridad física y moral – y dignidad) de las personas sometidas al “poder de hecho” (en el sentido explicado) de los representantes del Estado – con lo que ello supone de afectación simultánea de las garantías penales, procesales y penitenciarias (que vuelvan a insistir en la intangibilidad de la dignidad de las personas sujetas a detención)- los bienes jurídicos más directamente involucrados por el delito de tortura y los que, en consecuencia, permiten discernir de la mejor manera la sustantividad propia de esta forma especialmente odiosa de manifestación delictiva.

b) Colocación sistemática.

Aceptado lo anterior y la existencia de un capítulo o sección específicos para la tutela de las garantías constitucionales, de lege lata, la inserción en el mismo del delito de tortura parece poco cuestionable. Incluso, en el Derecho español apoya esta decisión, desde una perspectiva formal, la misma ubicación de su rechazo por el texto constitucional: en el art. 15, esto es, -como en las declaraciones e instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos-, entre los derechos fundamentales y las libertades públicas susceptibles del mayor grado de protección.

²²⁹ R. Ottenhof., “Reflexiones...”, cit., p.391. Como afirma Cobo del Rosal, la tortura “comporta un execrable abuso de poder y, de forma simultánea, la total ruptura del régimen de garantías penales y procesales, que constituyen la concreción decisiva del Estado de derecho”. “Tortura...”, cit., p. 24, Citado por Ibidem Pág. 111.

Pero, sobre todo, en el plano material, es el bien jurídico protegido y, en definitiva, el brutal ataque que los actos de tortura suponen contra los derechos humanos más elementales de personas especialmente afectadas de indefensión frente a los representantes del Estado lo que fundamenta el rasgo inequívoco y rotundo de esa prohibición (“en ningún caso” dice el texto constitucional), también reflejado a nivel internacional. El carácter de esta prohibición la erige en una auténtica “garantía constitucional” de primer orden, en cuanto límite, barrera, valladar infranqueable por la autoridad y, en general, por la intervención de los poderes públicos y sus agentes, de aquí que, sin duda alguna, en el Derecho español, el lugar apropiado para su tipificación sea la sección segunda del Capítulo II, Título II, Libro II del Código Penal vigente.

A favor de una tal sistematización hablarían el carácter internacional de la prohibición de la tortura, ubicada entre las garantías más elementales de los derechos humanos, y la existencia de una Convención internacional contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes que, si bien, no llega a declarar expresamente en su articulado su condición de crimen internacional, permite derivar de algunas de sus disposiciones su pertenencia al Derecho Penal Internacional naciente.

Frente a esto hay que indicar que la cada vez más acentuada tendencia legiferante de la Comunidad Internacional lleva a la conclusión de múltiples convenios en materias penales, implícitamente reconocedores de la vertiente internacional de algunas de las infracciones propias de nuestros Códigos y de la conveniencia de operar también a nivel internacional en su persecución. En este sentido, y desde la perspectiva del Derecho interno, parece razonable que no todos los delitos que alcancen una vertiente internacional a través de algún instrumento de este carácter encuentren su acomodo entre los delitos contra la comunidad internacional, sino los que, efectivamente, por afectar de manera predominante a un bien jurídico de esta suerte, hayan alcanzado el reconocimiento de crímenes internacionales: en definitiva, al margen de los tradicionalmente llamados delitos contra el derecho de gentes, el crimen de agresión, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad (con inclusión del genocidio). Pero si, ocasionalmente, la tortura puede constituir un crimen de guerra, resulta problemática su inclusión entre los crímenes contra la humanidad, que, a lo sumo, habrían de abarcar los supuestos de tortura masiva o sistemática y no los actos individuales de tortura –en general, los realmente objeto de tipificación por el Derecho Penal Interno. También de lege ferenda hay que considerar por ello oportuno el mantenimiento del delito de tortura entre los contrarios a las garantías constitucionales.

Las mismas razones que apoyan su inclusión entre, por emplear la terminología del Código Penal, los “delitos cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”, obligan a criticar la posición que al llamado delito de tortura del artículo 204 bis se otorga en el seno de esa sección: el último lugar de las figuras delictivas allí definidas. Más coherente con lo señalado era la colocación propuesta por la enmienda a la totalidad de la que surgió este nuevo precepto y que lo numeraba como artículo 188 bis. Las evidentes conexiones entre los hechos de tortura y las situaciones de detención o similares aconsejan, en efecto, no alejar demasiado este precepto de las detenciones ilegales practicadas por funcionarios públicos, máxime cuando los delitos que siguen a las detenciones ilegales tutelan garantías constitucionales que poco o nada tienen que ver con la tortura (inviolabilidad del domicilio y secreto, libertad de expresión, reunión y asociación, garantías frente a la expropiación e imposición, libertad de creación de centros docentes). Es más, por su localización constitucional y su gravedad, como ataque (no siempre lesión, sino también puesta en peligro) a los bienes más elementales de la persona (en particular, la dignidad de la persona –“núcleo desde el que irradian su proyección los valores constitucionales” y “fundamento ²³⁰ del orden político y de la paz social”, art. 10.1), en la estructura actual del Código Penal, su puesto debería ser el primero entre los delitos contra las garantías constitucionales precediendo, en suma, al actual artículo 184 del Código Penal.

c) El bien jurídico protegido por el art. 204 bis.

Hasta aquí nos hemos ocupado del bien jurídico protegido por el delito de tortura si no de un modo totalmente apriorístico (en cuanto se ha partido de la definición de la tortura dada por la Convención de 1984, parte integrante del Derecho español), sí apriorístico respecto del Código Penal en vigor. Tiene, con todo, razón Octavio de Toledo y Ubieta al recordar que, aun cuando el bien jurídico no pueda ser “totalmente aposteriorístico”, tampoco puede ser un puro “a priori” respecto de la regulación concreta que el legislador establece de una determinada figura delictiva. Obviamente, importa conocer cuál es el sector de la realidad o el interés que se trataba de proteger, pero eso “no constituye el bien jurídico, sino la voluntad del legislador más o menos afortunadamente plasmada a través de la norma”.

²³⁰ Al lado de “los inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”. Citado por Ibidem. Pág. 115.

De otra parte, si el concepto de bien jurídico ha de desempeñar una “función limitadora”, no puede ser un puro producto derivado del significado y alcance de los términos típicos. En este sentido, interesa contrastar la voluntad del legislador con el resultado de su actividad moldeadora en orden a detectar no sólo el éxito o fracaso de su intervención, sino también el alcance real de la tutela proyectada y el tipo finalmente construido.

Examinada, pues, la cuestión del bien jurídico protegido por el delito de tortura desde una perspectiva general, conviene ahora estudiar el modo en que lo indicado encuentra reflejo en el artículo 204 bis del Código Penal, llamado –según los materiales parlamentarios y el propio encabezamiento de la Ley de 1978- a tipificar en el Derecho español el delito de tortura.

a) Planteamiento General.

Una primera aproximación al texto del artículo 204 bis pone ya de manifiesto: “la pluralidad de elementos” ²³¹ confluente en las diversas figuras típicas que lo integran y que, como en la definición ofrecida por la Convención de 1984, manifiestan el carácter pluriofensivo de aquellas.

De otra parte, la propia colocación sistemática del precepto en la sección segunda, Capítulo II, Título II, parece denotar (aunque no sea un dato definitivo, sino “indiciario”) el interés del legislador en resaltar en las conductas tipificadas su condición de abuso de poder, de actuación contraria a las garantías elementales de los ciudadanos, condición que queda especialmente acentuada si nos fijamos en la figura del párrafo V, donde, atendiendo a la violación por el funcionario público de su deber jurídico de impedir toda práctica próxima a la tortura, se extienden las penas de los párrafos anteriores al funcionario que la tolere.

El carácter pluriofensivo de los tipos que comprende el artículo 204 bis aparece igualmente reflejado en las distintas posiciones doctrinales. Estas identifican sus objetos de ataque con la vida, la incolumidad y la libertad y llegan, como Bustos Ramírez a calificar a los delitos del artículo 204 Bis (a su juicio, tortura y tormento) de delitos contra las garantías constitucionales: en particular, contra “la garantía a la dignidad de la persona”, bien jurídico al que, a su juicio, se añade la Administración de Justicia. En una línea similar, y tal vez buscando

²³¹ Por lo menos, condición de funcionario público de sus autores y ataques a bienes jurídicos –vida, integridad física y moral, libertad y, por supuesto dignidad – fundamentales de los particulares. Citado por Ibidem. Pág. 117.

una mayor concreción, Buenos Aires, tras advertir que en el caso de la tortura (art. 204 bis) se está ante un bien jurídico “de discutible conceptualización”, considera que, haciendo abstracción de los bienes jurídicos individuales del perjudicado, aquél se identifica “con las garantías procesales constitucionalmente establecidas”.

b) Las garantías procesales como posible bien jurídico protegido por el art. 204 Bis.

Tanto por el ámbito en que se desarrollan las conductas definidas por el artículo 204 bis como por su descripción misma, la estrecha relación entre gran parte de esos tipos y algunas de las garantías procesales constitucionales es clara y no susceptible de mucha controversia. Conviene, con todo, advertir que, en un sentido estricto, “garantías procesales constitucionalmente reconocidas” no son sino las del artículo 24.2 de la Constitución – esto es, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, asistencia letrada, información de la acusación, proceso público, utilización de los medios de prueba pertinentes, no declaración contra uno mismo y presunción de inocencia. Íntimamente relacionada con ellas se encuentran, sin embargo, la garantía del art. 24.1, que suele considerarse “previa al proceso”, e igualmente las del artículo 17 de la Constitución, también preprocesales, en cuanto fundamentalmente referidas a la detención policial. En un sentido amplio, cabe calificar, pues, de “garantías procesales” al menos las de los artículos 17 y 24 de la Constitución, lo que, entendido así, engloba desde las garantías elementales de los detenidos hasta la tutela efectiva de los jueces y tribunales. No toda garantía procesal reconocida constitucionalmente resulta, entonces, atacada por los comportamientos del 204 bis, de aquí que convenga concretar aún más este concepto en la determinación del bien jurídico.

Dentro del conjunto de garantías procesales delimitadas por los artículos constitucionales citados aparece, como una de sus fundamentales, la garantía del derecho a la defensa. Está, ha puesto de relieve Magaldi: “se articula en nuestra Constitución como un derecho subjetivo fundamental de carácter absoluto, ya que nunca puede ser suspendido en situaciones de anomalía en la vida del Estado, es decir, en los supuestos de excepción o de sitio (art. 55 del texto constitucional), y de amplio alcance puesto que engloba tanto las actuaciones procesales como las preprocesales o policiales en el caso de que en estas se produzca la detención de una persona”.

Aspectos elementales del derecho de defensa –cuya protección resulta en la actualidad tan “insuficiente” que puede afirmarse se halla “prácticamente desprovisto de protección jurídica efectiva”- son la facultad del detenido de no poder ser obligado a declarar (art. 17.3 de la Constitución) y, en general, el derecho a “no declarar contra si mismos” que reconoce a “todos” el artículo 24.2 de la Constitución. A juicio de la doctrina, en el caso del imputado, este derecho abarca el “derecho a no colaborar” y hasta a “no decir la verdad” de lo que deriva la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: los que regulan “la advertencia del deber de responder de una manera precisa, clara y conforme a la verdad” y la “exhortación a decir verdad” (art. 387), el interrogatorio con cargos o reconveniones (art. 296, II), así como determinados aspectos de la “declaración indagatoria” (art. 388) e, incluso, aunque esto sea más discutible de otros tramites de la instrucción.

Ciertamente, en el caso del detenido, el derecho a no declarar (y, por supuesto, a no declarar contra sí mismos) se ve completamente despreciado por los comportamientos de tortura indagatoria –los de los dos primeros párrafos del artículo 204 bis del Código Penal- en lo que los ataques a la vida, incolumidad y libertad se dirigen precisamente por definición, a obtener una “confesión o testimonio”. También puede ser éste, en ocasiones, el derecho fundamental más directamente afectado en el caso de las conductas del párrafo IV, aun cuando dada la amplitud de su descripción no necesariamente precisen de esa meta final de obtención de la declaración, por lo que su campo de aplicación puede ser más amplio.

Ahora bien, incluso en los dos primeros párrafos del artículo 204 bis la referencia a esta faceta del derecho a la defensa resulta insuficiente para configurar el bien jurídico. De la falta de exigencia por el tenor literal del precepto de que los hechos se desarrollen en una situación, al menos fáctica, de detención se desprende que sujetos pasivos de la acción torturadora (que no se identifican necesariamente con los sujetos pasivos de las violencias ejercidas: v.gr. tortura indirecta u oblicua) pueden serlo no sólo detenidos o inculpados sino cualquiera de quien se pretenda extraer una declaración de interés para la investigación policial o judicial y, en particular, los testigos, personas que- con independencia de su derecho a no declarar, caso de concurrir, en ellos la condición de detenidos-, al contrario que el imputado, están por lo demás, obligadas a colaborar con la Justicia, esto es, a “concurrir al llamamiento judicial” y “declarar cuanto supieren” (art. 410 Ley de Enjuiciamiento Criminal), pudiendo incurrir, si no lo hicieren, en responsabilidad, hasta penal. En definitiva, al margen de su derecho constitucional “a no declarar contra sí mismo”, no puede ser el derecho a no declarar (como manifestación de

la garantía constitucional a la defensa) el bien jurídico protegido, en estos casos, por el artículo 204 bis.

Obviamente, lo anterior no significa que, puesto que existe un deber de colaborar con la Administración de Justicia, pueda éste exigirse a través del empleo de la intimidación o violencia. Si bien la comparecencia cabe obtenerla hasta por la coerción física, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 420) limita a los “jurídicos” (principalmente, la advertencia de la posible responsabilidad derivada del art. 372, II del Código Penal, que exigirá “otro proceso”) los medios coercitivos lícitos para lograr la declaración. A mayor abundamiento, como derivación insoslayable de la garantía básica a la humanidad y dignidad, establece y ordena de manera precisa el modo en que han de desarrollarse los interrogatorios, inspirada en el respeto exquisito de las garantías personales más básicas de los afectados (vida, incolumidad, libertad), garantías comunes a todos los interrogatorios. Estas son, en suma, las garantías atacadas por los delitos recogidos en los párrafos I, II y IV del artículo 204 bis, garantías definidas a nivel constitucional para todos los ciudadanos que, por manifestarse de manera especial en el caso de los afectados por la actuación policial y judicial – supuestos en los que la sujeción respecto del Estado puede hacerse especialmente aguda y donde el funcionario o autoridad se halla “en posición privilegiada para cometer el delito y obtener su impunidad-, encuentran un reflejo específico en las leyes procesales, de aquí que se les llegue a calificar también de garantías procesales.

c) Toma de posición.

Pero, incluso con la reserva anterior, el concepto “garantías procesales” sigue sin convenir a la totalidad de variedades típicas del artículo 204 bis. En éste, al lado de comportamientos realizados en el curso de la investigación policial o judicial, se recogen actuaciones en el ámbito penitenciario (art. 204 bis III), difícilmente abarcables en lo estrictamente procesal, aun a pesar de la discutida naturaleza de lo penitenciario. También en este caso lo directamente protegido son las garantías básicas, indisolublemente unidas a la humanidad y dignidad, reconocidas por la Constitución a todos los ciudadanos y que encuentran una especial protección en el caso de los privados de libertad por el mayor riesgo que para aquellas se deriva de la situación penitenciaria, especialmente propicia al abuso del poder estatal por la particular tensión que en ella se vive y la especial penetración y agudeza de la relación de sujeción en la que allí se encuentra el ciudadano.

En consecuencia, sin perjuicio de reafirmar su carácter pluriofensivo y de su posible mayor concreción en las diversas figuras en que se descompone el precepto que estudiamos, cabe afirmar que bien jurídico común y peculiar de los tipos del artículo 204 bis con las garantías personales más básicas, reconocidas por la Constitución (vida, incolumidad personal, libertad, en cuanto plasmación de los valores constitucionales “humanidad” y “dignidad”), de los afectados por las tres vertientes básicas – la policial, la judicial y la penitenciaria – del funcionamiento de la justicia (en particular, aunque no exclusivamente, penal), que también se ve afectada en cuanto actividad estatal (como la función pública) por los comportamientos allí definidos. Esta pluralidad de bienes jurídicos afectados por el delito, algunos de carácter híbrido, como las garantías constitucionales, unida al hecho de que también los bienes jurídicos individuales (vida, incolumidad, libertad) resultan protegidos por el precepto, se traduce, obviamente, en una pluralidad de sujetos pasivos: fundamentalmente, el particular y el Estado.

- d) Excurso: Inadecuación de las penas previstas a la entidad de los bienes protegidos. Consecuencias.

1.- La conceptualización del artículo 204 bis como un delito pluriofensivo en el sentido expresado responde a lo más arriba indicado para el delito de tortura desde una perspectiva general (y a la luz de la Convención internacional), sin constituir obstáculo alguno que el citado precepto amplíe el marco de los bienes jurídicos individuales potencialmente afectados – el propio artículo 1.2 de la Convención autoriza a los instrumentos internacionales y a las legislaciones internas a dotar a la tortura de un “mayor alcance”-, claro esta, siempre que no propicie una confusión valorativa traducible finalmente en infracción de lo dispuesto por el artículo 4 de la propia Convención, el cual exige se castiguen estos hechos “con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad”.

La importancia de los bienes jurídicos anteriores, cuya protección por el artículo 204 bis parece derivar de su colocación sistemática y de los mismos términos típicos empleados, contrasta, sin embargo, con la valoración, particularmente benigna, que, a pesar de la “elevación de las penas” se realiza de los ataques descritos.

Es ésta una característica no exclusiva de los delitos que nos ocupan y detectada en la mayor parte de las figuras incardinadas en la sección segunda del capítulo segundo, habiendo suscitado interpretaciones correctoras por parte de la doctrina y hasta la intervención del propio

legislador. Este, en la reforma de 1983, llegó a insertar un nuevo precepto de cierre de la sección, a los efectos de asegurar la mayor sanción en el caso de que los mismos hechos pudieran ser castigados más gravemente conforme a otros preceptos del Código.

2.- por lo que respecta al artículo 204 bis, si por el momento nos fijamos en sus dos primeros párrafos –los más próximos a la definición internacional de tortura-, en una primera aproximación, con anterioridad a la reforma de 1989, las penas del segundo de ellos podían parecer adecuadas por el “endurecimiento...particularmente visible” que suponía la conversión en delictivos de hechos de modo constitutivos de falta y la adición, como principal, de la pena de suspensión (un mes y un día a seis años: Art. 30).

La primera impresión no resistía, sin embargo, el análisis sin comparativo. Bastaba a tal efecto recordar que el artículo 325 bis, introducido por la reforma de 1983 para hacer frente a las actuaciones contra la libertad de las partes en el proceso, castigaba (y castiga) con la pena de prisión menor (en su grado máximo, si en el marco de los procesos penales por delito) todo intento, con violencia o intimidación, de alterar el normal desenvolvimiento de un procedimiento, incluyendo en la descripción típica algunos comportamientos similares a los del artículo 204 bis. Ciertamente, los supuestos de ambos preceptos no eran (ni son) los mismos, ni coinciden los sujetos activos, ni los bienes jurídicos protegidos (aunque el art. 325 bis se incardine en el marco de la Administración de Justicia); en cuanto a las penas, mientras el artículo 325 bis preveía (y prevé) sólo la privación de la libertad, en el 204 bis II, a ésta (en principio, de menor gravedad) se, añadía la pena de suspensión. Con todo, una consideración conjunta y comparativa de los bienes jurídicos involucrados y de los ataques definidos contra los mismos no podía sino apoyar la equiparación, como mínimo, de la pena privativa de libertad del delito del artículo 204 bis II con la prevista por el artículo 325 bis, dada su, al menos, no inferior gravedad.

A través de la reforma de 1989 se ha producido, en parte, el resultado apuntado. La división del párrafo II del artículo 204 bis ha permitido operar al legislador una diversificación de tratamiento de la tortura con golpes o malos tratos de obra (del art. 582, II) y los casos de tortura con amenazas, coacciones y vejaciones leves (del art. 585). Para éstos el tratamiento penal no cambia (penas de arresto mayor y suspensión), mientras que la tortura con golpes o malos tratos pasa a recibir unas penas sensiblemente más graves: prisión menor en sus grados

mínimo o medio (seis meses y un día a cuatro años y dos meses) e inhabilitación especial (seis años y un día a doce años).

Ciertamente, la agravación es de importancia, aún cuando insuficiente. La duración máxima de la pena privativa de libertad sigue quedando por debajo de la prevista por el artículo 325 bis – que se considera realizable por cualquiera y con meros golpes, malos tratos de obra y faltas de lesiones, o ataques a la libertad y seguridad leves. Tampoco se alcanza a comprender bien, en parte por lo mismo, por qué se ha limitado la reforma a la agravación de la tortura con golpes o malos tratos y las distorsiones valorativas que derivan del hecho de que la tortura con golpes o malos tratos de obra sea susceptible de una mayor sanción que algunos de los supuestos del artículo 204 bis II, constituidos, en general, por una combinación de tortura y delitos contra la vida, salud, incolumidad y libertad y seguridad.

3.- En cualquier caso, donde el criterio valorativo del legislador suscita más perplejidades, agravadas por la reforma de 1989, es en el artículo 204 bis I, respecto del que se llega a cuestionar si efectivamente se están protegiendo o no los importantes bienes jurídicos aparentemente tutelados.

Conforme a la técnica tipificadora y sancionatoria seguida, la pena a imponer será, en su grado máximo, la generalmente prevista para el delito concurrente (de los capítulos I y IV del Título VIII y capítulo VI del Título XII) y la inhabilitación especial para cargos públicos. Esta última pena producirá, no obstante, limitados efectos en los supuestos más graves ya que, conforme a los artículos 45 y 46 del Código Penal, las penas de reclusión mayor y menor y extrañamiento, confinamiento y destierro “llevan consigo la de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena” y, sin perjuicio de la opinión disidente de Manzanares Samaniego. La posición doctrinal mayoritaria (y la jurisprudencia) entiende que allí donde un mismo delito se castiga simultáneamente con una pena principal privativa de libertad (que lleva como accesoria la inhabilitación o suspensión por el tiempo de la condena) y una pena principal privativa de derechos no cabe apreciar incompatibilidad para el cumplimiento simultáneo de ambas penas principales, por lo que la pena principal de privación de derechos comenzará a cumplirse conforme a la regla general, esto es, desde la firmeza de la condena.

Pues bien, son precisamente los hechos más graves descritos en el párrafo I, los que, sin agotar la definición de tortura del artículo 1 de la Convención, más se corresponden con ella,

que exige la causación de “dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales” de aquí que, sin perjuicio de que el Derecho español pueda optar (como, de hecho, se hace) por dotar de un campo mayor (nunca menor) de aplicación a esta concepto, haya de aceptarse que el citado párrafo es el que en nuestro Derecho recoge , al menos parcialmente, la tortura en su sentido internacional más estricto.

Con ocasión del estudio de la definición de la tortura por el Derecho Penal Internacional se ha visto, no obstante, que la doctrina se inclina a aceptar como características de la misma, entre otras – y además de la condición de funcionario público de su autor -, el abuso de superioridad (para algunos, hasta la alevosía) y la brutalidad o crueldad deliberada de sus autores. Si prescindimos de esta última – muy discutida y, en el Derecho español, más próxima del ensañamiento definido para el asesinato por el art. 406.5 del Código Penal que de la circunstancia genérica del art. 10.5-, las demás constituyen por sí mismas (o pueden traducirse en) circunstancias agravantes. Y siendo así que la regla segunda del artículo 61 obliga ya a los Tribunales a imponer la pena en su grado máximo cuando concurren “varias” agravantes, resulta evidente la falta de acomodación de la sanción prevista por el legislador a las peculiaridades de esta figura delictiva y, en consecuencia, a la efectiva tutela de los bienes jurídicos aparentemente protegidos conforme a su colocación sistemática y tenor literal.

Se comprende entonces que un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia, a la vista de este párrafo, mantenga que, en realidad y a pesar de la voluntad del legislador, falta en el Derecho español un verdadero “delito de tortura” – tipo autónomo, independiente, destinado a agotar con plena sustantividad lo injusto característico de esta especial forma de abuso de poder – y considere al artículo 204 bis (por lo menos, a sus tres primeros párrafos) una mera amalgama de tipos cualificados dirigidos a agravar la responsabilidad de los funcionarios públicos por la realización de actos prohibidos y próximos a la tortura (y demás tratos inhumanos o degradantes) o subsumibles en estos conceptos, en ningún caso objeto de plena tutela por aquellos tipos penales.

A la hora de decidir acerca del carácter independiente (*sui generis*) o no de una determinada figura delictiva y aun cuando la sanción aplicable pueda alcanzar gran interés – por plasmar la valoración que al legislador le merecen los hechos típicos y permitir, en consecuencia, una mejor configuración del bien jurídico protegido -, no es éste el criterio único y definitivo para resolver la cuestión en uno u otro sentido. Por el contrario, sólo un análisis

conjunto y contrastado de los respectivos elementos en que se traduce la voluntad del legislador (colocación sistemática, bien jurídico protegido, estructura típica del precepto...), completado por el estudio de la consecución o no, a través de la figura autónoma y en el caso concreto, de los efectos (agravatorios o privilegiantes) pretendidos, permiten llegar a una solución correcta.

Que la voluntad del legislador de 1978 fue crear una nueva figura delictiva tipificadora de la tortura en España como verdadero delito especial e independiente – algo más, por tanto, que una pura variante de unos tipos básicos construida a partir de la mera agregación de delitos de homicidio, lesiones... cualificados por la condición de funcionario público de sus autores – parece claro a la luz de los trabajos parlamentarios (éste es, en realidad, el sentido de la inclusión de los tipos propuestos en un único precepto, inserto entre los delitos contra las garantías constitucionales). En idéntica dirección apunta la misma combinación de elementos confluyentes en la definición de las conductas y la inclusión, como cierre del precepto, de lo dispuesto en el párrafo V – punto de especial importancia cara a dilucidar la naturaleza del delito-, el cual impone a los funcionarios “conductas positivas” de impedimento de los actos contrarios a las garantías constitucionales protegidas, más allá de lo exigido con carácter general por el artículo 338 bis del Código Penal. No obstante, ya se han visto los problemas que suscita la efectiva protección de aquellos bienes jurídicos por los supuestos centrales del artículo 204 bis en razón de las penas previstas por algunos de sus párrafos, algo que, contra lo señalado por algunos autores, no resulta empeorado por el reconocimiento de la autonomía de esos tipos.

En todo caso, la variedad de figuras comprendidas en los diversos párrafos del artículo 204 bis no permite, por el momento adoptar una solución unitaria acerca del carácter independiente o derivado de los mismos. Si, a la luz de las penas impuestas, la entidad del bien jurídico efectivamente tutelado por el primer párrafo del precepto (y, por consiguiente, al menos en parte, del tercero) queda inmediatamente cuestionada, no cabe afirmar lo mismo con tanta facilidad respecto de los supuestos comprendidos en el párrafo II, que, aun debiendo ser penados de manera más estricta (incluso tras la reforma de 1989), de faltas pasan a ser considerados delitos. Por otro lado, autores que defienden la calidad de tipos cualificados de los tres primeros párrafos del artículo 204 bis, afirman la autonomía e independencia del párrafo IV”.

Para pronunciarse, pues, definitivamente acerca de la autonomía o dependencia de los tipos del artículo 204 bis, conviene avanzar en el estudio del contenido del precepto y, en particular, de su estructura típica, aspecto de gran trascendencia en el problema que nos ocupa.

Estructura Típica.

Si el contraste entre la colocación sistemática y los bienes jurídicos potencialmente afectados por las conductas punibles, de una parte, y las sanciones previstas, por la otra, pone en cuestión la caracterización como pluriofensivos de los tipos del artículo 204 bis (en particular, de los supuestos más graves), el examen de su estructura típica denota la falta de sentido unitario de un precepto de estructura interna compleja y que agrupa figuras delictivas diversas, merecedoras de una contemplación independiente.

1.- Planteamientos Doctrinales.

La doctrina ha tenido ya ocasión de criticar la falta de sistema de un artículo de “desafortunada redacción” y al que considera muy desdichado, por el empleo de una “deficiente técnica” y portador de “graves dislates valorativos”. Reflejo especialmente elocuente de la, en principio, ausencia de criterio legal, es en este sentido, la constatación de la existencia al respecto de casi tantas propuestas clasificatorias de su contenido como estudiosos se han ocupado del tema.

A efectos de exposición se repasarán, en primer lugar, los autores que renunciaban a una clasificación de los tipos del artículo 204 bis que vaya más allá de la propia división en párrafos establecida por el Código Penal, para examinar, a continuación, las propuestas de aquéllos que, de algún otro modo, agrupan las figuras típicas, intentando una sistematización. Ha de advertirse en todo caso que estamos ante clasificaciones propuestas con anterioridad a la reforma de 1989, la cual, como es sabido, ha modificado en parte el tenor literal del artículo 204 bis II.

a) Entre los que renuncian a toda clasificación se encuentra, en primer lugar, por orden cronológico, del Toro.

Tras constatar la “carencia de sistemática” del precepto, este autor se limita a centrar fundamentalmente su atención en la problemática del párrafo primero, bajo el epígrafe “la comisión de determinados delitos para obtener confesión o testimonio” dejando para el final el examen de “los párrafos 2, 3, 4 y, en especial, el 5, del artículo 204 bis”.

b) Un primer inicio clasificatorio puede hallarse en la recientemente reeditada Parte especial de Puig Peña. Los dos primeros párrafos se ordenan aquí por su gravedad, distinguiendo entre “tortura grave” y “tortura leve” cuyas penas se extienden a las autoridades o funcionarios de instituciones penitenciarias en virtud de lo dispuesto por el párrafo III. Al párrafo IV se le denomina, por su parte, “tortura infamante”, por entender afecta sólo a la “faceta moral o psíquica” del sometido a ella, mientras que el párrafo V viene a configurarse como “un delito de comisión por omisión”.

c) Vives Anton sigue estrechamente el orden legal y estudia, una a una, las “diversas figuras” del artículo 204 bis, a las que otorga un nombre propio: “torturas graves cometidas en el curso de una investigación” (párrafo I), “torturas menos graves” (párrafo II), “torturas realizadas en el ámbito penitenciario” (párrafo III), “procedimientos compulsivos” (párrafo IV) y “tolerancia de la tortura” (párrafo V).

La reserva del término tortura para los delitos comprendidos en los tres primeros párrafos del artículo (y el supuesto del artículo V), distinguiéndolos, en consecuencia, de los comportamientos descritos por el párrafo IV, manifiesta en este autor cierta clasificación propia, en parte coherente con la postura que mantiene en torno a la naturaleza jurídica de los supuestos del artículo 204 bis: tipos cualificados, salvo el artículo 204 bis IV. Esta clasificación va incluso más allá de la pura distinción entre supuestos cualificados y autónomo – no otro parece ser el sentido de la separación de los dos primeros párrafos a partir, tan sólo, de la gravedad de los comportamientos- y, atendiendo al rótulo asignado a cada párrafo, viene a traducirse del modo siguiente:

I. Torturas:

1. Cometidas en el curso de una investigación:

a) Graves (párrafo I).

b) Menos graves (párrafo II).

2.- Realizadas en el ámbito penitenciario (párrafo III).

II. Procedimientos compulsivos (párrafo IV).

III. Tolerancia de la tortura (párrafo V).

D) En una línea parecida a la anterior, aunque cronológicamente anterior, y con importantes divergencias y distinta terminología, se coloca Muñoz Conde.

Distingue Muñoz Conde en el artículo 204 bis “dos tipos básicos distintos”:

- por un lado, “comisión de homicidio y lesiones, amenazas y coacciones y de los actos penados en los artículos 582, 583.1 y 585 del Código Penal” (párrafos I, II y III) y, - seguidamente, “someter al interrogado a condiciones o procedimientos que le intimen o violenten su voluntad” (párrafo IV).

Dentro del primer “tipo básico” separa ulteriormente dos grupos: el de los dos primeros párrafos, en que “se exige un elemento subjetivo de lo injusto” y el párrafo III, que no lo requiere.

En cuanto a la figura del párrafo V, la considera “una forma especial de comisión por omisión”.

Un intento de mayor integración de los diversos supuestos de comportamientos comprendidos por el artículo 204 bis es el representado por Bustos Ramírez.

Considera este profesor que el artículo que nos ocupa trata “erróneamente” de un modo unitario “dos cuestiones diferentes...: la tortura y el tormento”. A su juicio, la tortura, en cuanto “elemento esencial del proceso inquisitorial en la averiguación de la verdad”.

“Es el medio de prueba por excelencia. El tormento, en cambio, es solo una expresión de un sistema penal basado en la sujeción personal, en que la pena o la sanción implica disponer de los cuerpos”.

Coherentemente con esta primera distinción, estructura el artículo 204 bis en dos partes bien diferenciadas:

- el “tipo básico de tortura” (art. 204 bis IV) y,
- “el delito de tormento” (art. 204 bis III).

A continuación del tipo básico de tortura, y para completar la descripción del contenido del artículo 204 bis, coloca los “tipos especiales”, en concreto:

- Los comprendidos en los dos primeros párrafos del artículo: a) “tortura mediante comisión de faltas contra las personas” y, b) “tortura mediante comisión de delitos contra la vida, la salud individual, amenazas y coacciones”, y,

- el supuesto del párrafo V, constitutivo, a juicio de Bustos, de un “delito de tortura por omisión”.

f) En la línea abierta por Bustos, aunque sin coincidir en la terminología, se encuentra Queralt Jiménez.

En primer lugar, estudia el que, también en su opinión, es el “tipo básico”: el párrafo IV. Lo denomina “intimidación ilegítima” y sobre el construye los “tipos agravados” de “torturas graves” (art. 204 bis II) y “torturas muy graves” (párrafo I), figuras a las que, en su sistemática, se añade el “tipo de torturas graves y muy graves cometidas por funcionarios de prisiones” (art. 204 bis III).

Al margen de lo anterior, aunque dentro del epígrafe dedicado a las “torturas” se insertan el “rigor innecesario con los presos” (art. 187.5) y la “cláusula de (co) autoría” (párrafo V del art. 204 bis).

g) Por último, Rodríguez Devesa rompe la distribución legal en párrafos y reordena los comportamientos típicos en tres apartados: 1) “Torturas causantes de muerte, lesiones o malos tratos”; 2) “Torturas mediante amenazas o coacciones”; y 3) “Torturas en comisión por omisión”.

Dentro del primer grupo, “torturas causantes e muerte, lesiones o malos tratos” que incluye los supuestos (no todos) comprendidos en los tres primeros párrafos del artículo 204 bis, se separan ulteriormente las conductas en razón de los sujetos:

- autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias, por un parte; y
- autoridades o funcionarios públicos que actúen en el curso de una investigación policial o judicial y con el fin de obtener una confesión o testimonio, por la otra.

En cada uno de estos subgrupos se vuelven a distinguir, a su vez, los casos en que los hechos realizados son constitutivos de delito, de los supuestos en que lo realizado fuere alguna de las faltas aludidas por el artículo 204 bis II del Código Penal.

2) También en las “torturas mediante amenazas o coacciones” se abren dos subgrupos:

- el primero, comprensivo de las amenazas, coacciones o vejaciones injustas de carácter leve de los núms. 1 a 5 del artículo 585 del Código Penal (y dentro del cual se hace luego precisa la misma subdivisión que en el caso de las “torturas causantes de muerte, lesiones o malos tratos”) y,
- el segundo, para las amenazas y coacciones comprendidas por el párrafo IV del artículo 204 bis: esto es, a juicio de Rodríguez Devesa, “las constitutivas de alguno de los delitos previstos en los artículos 493, 495 y 496.1 del Código Penal”.

3) Por último, estudia el supuesto del párrafo V; en su opinión, claramente, un delito de “torturas en comisión por omisión”.

En el Derecho Español falta un verdadero “Delito de Tortura” – tipo autónomo, independiente, destinado a agotar con plena sustantividad lo injusto característico de esta especial forma de abuso de poder – y considere al art. 204 Bis (por lo menos, a sus tres primeros párrafos) una mera amalgama de tipos cualificados dirigidos a agravar la responsabilidad de los funcionarios públicos por la realización de actos prohibidos y próximos a la tortura (y demás tratos inhumanos o degradantes) o subsumibles en estos conceptos, en ningún caso objeto de plena tutela por aquellos tipos penales.

Castigando las conductas con pena superior en grado a la señalada al delito cometido (Homicidio, Aborto violento, lesiones, violación, abusos deshonestos o amenazas o coacciones) sin que en ningún caso la sanción pueda ser inferior a la pena de prisión mayor. Estableciendo una inhabilitación especial o absoluta.

Además, esta ley toma en cuenta la responsabilidad de funcionarios Penitenciarios y Judiciales.

5.2 LA TORTURA EN EL DERECHO ARGENTINO.

La Ley 23.097. Su Proyecto y Sanción.

El proyecto de Ley fue elaborado por el Poder Ejecutivo nacional, el cual, acompañado de un mensaje, lo remitió a la Cámara de Diputados de la Nación el 13 de diciembre de 1983. Este cuerpo lo consideró y aprobó con modificaciones en la sesión del 15 de marzo de 1984. La Cámara de Senadores lo aprobó, con modificaciones, en la sesión del 20 de septiembre de ese mismo año y, vuelto a la Cámara baja, ésta le dio sanción definitiva en la sesión del 28 de septiembre de 1984.

La nueva ley fue promulgada por el Poder Ejecutivo por decreto 3457 del 24 de octubre de 1984 y publicada en el “Boletín Oficial” de la Nación 25,540, del día 29 de ese mismo mes y año, entrando a regir el 7 de noviembre siguiente.

Esta Ley, a la cual le correspondió el número 23,097, sustituyó el artículo 144 ter por el 144 tercero, y agregó los Arts. 144 cuarto y quinto. En el primero de ellos se contempla el delito de imposición de tormentos: la figura básica, en el inciso 1, y las figuras agravadas, en el inc. 2. El art. 144 cuarto, prevé diversas omisiones funcionales punibles relacionadas con el delito descrito en el artículo anterior y penalidades especiales en los incs. 2 y 4, y en el art. 144 quinto reprime una negligencia funcional.

- a) Concepto legal de tortura y tormento. Sufrimientos que comprende. Art. 144 tercero, inc. 3.

La Ley 23,097, en el inc. 3 del art. 144 tercero, define a la tortura como: “la imposición de “tormentos físicos” o de “sufrimientos psíquicos, cuando éstos tengan gravedad suficiente”²³², por lo cual: “considera comprendidos tanto a los padecimientos del cuerpo como a los del alma”²³³, con lo que ya no es preciso decir que estos últimos producen dolor físico para considerarlos incluidos en esta figura delictiva, como se dijo para encuadrarlos en la imposición de tormentos del derogado art. 144 ter. & 1.

Para Carrara constituían tortura tanto los sufrimientos físicos como los morales que se utilizaban, en su siglo, para obtener la confesión del reo. Estos últimos se daban por la prolongación excesiva del aislamiento en calabozos, al que califica de “durísimo” y “horrible”. Programa de derecho criminal.

Para la Ley, tormento no es, sin embargo, todo dolor físico, sin importar su intensidad. Desde que lo considera tortura y a ésta siempre se le concibió como un padecimiento de cierta magnitud, se ajusta a definiciones según las cuales el dolor que configura el tormento debe ser “Intenso” o “violento” o “grande”. Entenderlo de otro modo, conduce a la anulación, por vía interpretativa, del tipo del art. 144 bis, que prevé las severidades, vejaciones y apremios ilegales, cuando no fue ése el propósito del legislador, al cual el interprete no puede despreciar.

La diferencia entre las severidades, apremios o vejaciones y la tortura sigue hallándose en la mayor gravedad de esta última, como ocurría en el texto anterior (Ley 14.616). De modo, que si el dolor que deliberadamente se causa es intenso, el maltrato, el apremio o la vejación configurará una tortura. Si no alcanza esa intensidad, porque el autor no quiso alcanzarla y no porque se lo hubieran impedido circunstancias ajenas a su voluntad, el hecho encuadrará en alguna de las figuras contempladas en el art. 144 bis.

²³² Distintos documentos Internacionales también consideran comprendidos ambos tipos de sufrimientos. Así: la resolución 3452, art. 1 (UN, doc. A/10034); la “Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, art. 1, aprobada por la Asamblea Gen. De la ONU (resolución 39/46 del 10/12/84); la “Convención Interamericana para Prevenir y Suprimir la Tortura”, art. 2. Los tres documentos mencionados, en “Apéndice”, ps. 163,171 y 195, respectivamente. También lo hacen documentos emanados de autoridades religiosas mundiales; v.gr., la Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, dictada por el papa Paulo VI y padres conciliares (supra p. 39, nota 133). Citado por Félix Reinaldo Víctor, Ob. cit. Pág. 83.

²³³ Recordemos que ya frente al texto del art. 144 ter. de la ley 14.616, la doctrina entendió que estaban comprendidos dentro del término “tormento” tanto los maltratos materiales como morales. Se basó en la expresión legal “cualquier especie de tormento”. Núñez, Derecho penal argentino, cit. t. V. p. 57. Citado por Idem.

Lo que expresamos al referirnos a la ley 14.616 conserva, pues, total validez y las críticas que entonces se hicieron a esa ley se dirigen ahora a la nueva disposición. Es que al parecer – como observó, ya entonces, un autor – no hay otro modo de diferenciarlos, y es posible hacerlo en función de ese parámetro. No ofrecen otros los documentos internacionales que distinguen la tortura de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Por otra parte, no resulta novedoso. Históricamente se diferencian distintos grados de tortura. Los más leves configurarían hoy, entre nosotros, severidades, vejaciones o apremios ilegales. Más precisamente estos últimos, por la finalidad procesal que las determinaban.

Lo importante, pues, frente a la ley vigente, no es distinguir tortura de tormento, ya que se reprimen por igual los sufrimientos físicos como los psíquicos, que revisten cierta gravedad, sino diferenciarlos de estos otros delitos que son menos graves y sancionables con pena privativa de la libertad y de inhabilitación significativamente más benignas. La responsabilidad de hacerlo, frente a los casos concretos, ha quedado librada al prudente criterio judicial.

Cabe anotar que no queda comprendida en la definición legal, pese a la gravedad que entraña, la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental cuando no causan dolor físico o una gran angustia psíquica. Esos métodos constituyen tortura, en cambio para “la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura” (art. 2), aprobada por la Asamblea General de la OEA el 7/12/85 y que la Argentina suscribió el 10/2/86 en la sede de ese organismo en Washington. Pero en una próxima reforma se debe incluir a esos actos en la definición. No lo están, tampoco, aunque nuestra ley no haga la expresa salvedad que hace aquella Convención, “los sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos” a que se refiere el art. 2 de dicha Convención, porque, en nuestro país, el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto (C.C., art. 1071, primer párrafo).

La ubicación dada por el legislador a la definición de tortura – en el mismo artículo en que se la tipifica en vez de hacerse en la parte general del Código, libro I, tit. II, arts. 77 y 78 – ha sido criticada. No compartimos esa crítica, porque entendemos que los mencionados arts. 77 y 78 de la parte general sólo deben contener los conceptos empleados en diferentes partes o títulos del Código, y ello no ocurre con el concepto de tortura.

b) La figura básica. Art. 144 tercero, inc. 1.

1.- Su autonomía.

El artículo 144 tercero, inc. 1, establece: “Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho.

“Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos”.

Se trata de una figura autónoma, Incluso para quien, comentando el texto del art. 144 ter según la ley 14.616, afirmó que era una figura agravada de apremios ilegales.

2.- El bien jurídico protegido.

Otros códigos consideran que el bien específicamente lesionado es la libertad individual, tal como lo hacen los del Ecuador, de Panamá, de Colombia, de Bolivia y de Venezuela y el Proyecto de Código Penal Tipo Latinoamericano.

El de Chile la contempla entre los crímenes que afectan los derechos garantizados por la Constitución, y el de Honduras, entre los que directamente violan a ésta. El de Guatemala y el de El Salvador, la estiman lesionadora de la administración pública.

Es indudable que entre los bienes específicos de las personas que resultan afectadas por la aplicación de tortura, están: “ la vida y la integridad psicofísica de aquéllas, dado que una u otra sufre menoscabo en todos los casos. Pero no es menos cierto que la tortura lesiona la libertad del hombre”.²⁴¹ En forma particularmente grave y vil por sus modos Comisivos, los sufrimientos que produce, el terror que inspira y la impotencia a que se reduce al torturado.

²⁴¹ Se ha afirmado que de lege lata, el bien protegido se traduce en el derecho que tiene la persona humana de ser libre de toda imposición que, traducida en hecho, le hace, padecer graves sufrimientos físicos o sufrimientos síquicos, suficientemente graves. Laje, Anaya citado por Ibidem, Pág. 93.

Como el autor, por lo general, obra con fines compulsivos, para doblegar la voluntad de la víctima, afecta, cuando así ocurre, su libertad de determinación. Pero en los casos en que no lo mueve ese propósito afecta, como también en aquellos otros, el derecho que tiene toda persona a permanecer libre de tratos torturadores, que le producen graves sufrimientos físicos o psíquicos, aun cuando ya se halle privada de la libertad. Tanto cuando esta privación es legítima como – con mayor razón – cuando no lo es. El dolor y el miedo suelen vencer hasta la más tenaz resistencia y todo hombre al que embargó el temor dejó de ser libre. Por eso, se puede afirmar que libertad y tortura siempre se excluyen.

“Y el concepto de libertad deriva del concepto básico y fundamental de la dignidad humana, la que hay que reconocer a toda persona, aun a las que pudieron haber delinquido y no respetaron, en sus víctimas, esa dignidad. A ella lesiona, también, el torturador.”²⁴²

Si quienes ordenan o ejecutan las torturas son funcionarios públicos, atacan, también, a la administración pública, al desnaturalizar y pervertir la esencia misma de la función que desempeña cuyo sentido último es, precisamente, la protección de aquellos derechos de la persona humana, vida e integridad física, libertad y dignidad. Tan esenciales los unos como los otros, ya que la vida es el presupuesto para gozar de los demás derechos y pierde sentido cuando la libertad falta y la dignidad no es reconocida.

Un autor, ha señalado que la tortura, como otras violaciones a los derechos de la persona humana, constituyen “una amenaza a la seguridad del Estado en razón de los efectos directos que produce y de la respuesta tanto interna como externa que provoca”. Por sus efectos directos, en cuanto esa violación atenta contra la seguridad de los habitantes, que es uno de los elementos constitutivos del Estado. Afecta la seguridad Interior en cuanto la indignación que provocan inducen a la rebelión y, por consiguiente, a la desestabilización de los gobiernos que llevan a cabo esas violaciones. Y la seguridad exterior, porque son consideradas como una amenaza contra la paz y la seguridad internacionales, que coloca a los gobiernos responsables y a sus propios países en una difícil situación de aislamiento moral y político que debilita su posición interna.

²⁴² Señala Laje Anaya sólo de lege ferenda que la tortura ofende la dignidad humana. Agrega que hay otros atentados que representan, también, una ofensa a ésta. De un modo indirecto en la violación y en forma directa e inmediata, tanto en la tortura como en los delitos relativos al consumo de estupefaciente, porque en definitiva tienden a la degradación física y moral del hombre. citado por Ídem.

Teniendo en cuenta el mal que la tortura produce a la libertad, y por ende, a la dignidad del hombre, consideramos correcta la actual ubicación sistemática de este delito en el título V, denominado “Delitos contra la libertad”, del Libro II del Código Penal. Y por la naturaleza de estos bienes, también lo consideramos delito común, y no político.

A esos bienes jurídicos lesionan tanto al particular como al funcionario público que torturan. Pero, cuando lo hace este último, afecta al mismo tiempo la garantía constitucional reconocida a las personas frente al poder del Estado. Ello ha llevado a sostener que la intangibilidad de esos derechos y la conciencia actual de la humanidad sobre ella, la que se expresa en la Declaración Universal y en otros pactos y convenciones internacionales, son bienes a los que presta protección esta figura delictiva y otras que se ha llegado a ver como titular de esos valores ético-sociales trascendentales – a los cuales, se estima, debe reconocérselos como el bien jurídico específico tutelado en estos delitos – a la sociedad misma, por reputarlos colectivos, y no individuales, cuya violación, más allá de la persona directamente afectada, ofende a todos, sensibilizándolos, además, como víctimas posibles de atropellos similares y debilitando la confianza general en la autoridad, instituida, justamente, para asegurar los derechos de las personas.

3.- Sujeto activo.

Pueden ser sujetos activos del delito, tanto un funcionario público como un particular, siempre que tengan un poder de hecho sobre la víctima.

Ya hemos dicho que, el hecho de que en algunos pronunciamientos emanados de organismos internacionales reentiende por tortura los actos por los cuales “un funcionario público u otra persona a instigación suya”, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, como lo hace la resolución 3452 (UN, doc. A 10.034), la Convención contra la tortura (UN, resolución 39/36) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (OEA, art. 3, alternativa A), no autoriza a afirmar que los Estados, en el orden interno, sólo pueden castigar como autores de torturas a los funcionarios públicos, y a los particulares únicamente cuando hubieran sido instigados por aquéllos. No es justo, entonces, imputar a esos organismos un desconocimiento de la realidad ni una limitación inspirada en inconfesables actitudes demagógicas. La alternativa B, contemplada en el art. 3 de la Convención citada en último término, no contiene aquella limitación y reputa autores del delito de tortura a

cuantos “lo ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

a) Funcionario Público.

La actual Ley Argentina no exige, como lo hacía antes, que el autor del delito fuese el funcionario que guardaba a la víctima privada de la libertad. Por tanto, puede ser autor cualquier persona que “participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas” (C. P. art. 77), participación que se da cuando a esa persona le ha sido legalmente conferida, de iure o de facto con asentimiento estatal, de modo exclusivo o en colaboración con otras personas, la facultad de expresar o ejecutar la voluntad estatal en el ámbito de los tres poderes de gobierno nacional, provincial o municipal.

El funcionario en el momento del hecho, debe actuar como tal, pero no es necesario que pertenezca, además, a alguna repartición que tenga asignada competencia para privar de la libertad, porque semejante exigencia importa, a nuestro juicio, agregar una condición más a la calidad de funcionario requerida por la Ley.

Actualmente hasta el funcionario, si no tiene a la víctima jurídicamente a su cargo, tenga sobre ella un poder de hecho, sea porque lo asumió o porque se lo dieron, y tanto en uno como en otro caso, permanente o sólo por el lapso necesario para infligirle la tortura.

El funcionario autor de la tortura puede ser quien, a su vez, privó de su libertad a la víctima, legítima o ilegítimamente. En este último supuesto se está frente a un concurso real de delitos (C. P. art. 55), porque hay dos hechos independientes, aun cuando exista, entre uno y otro, una relación de medio a fin. Se ha entendido, sin embargo, que como consecuencia de la alta escala punitiva con que se castiga ahora a la tortura, “parece haberse vuelto necesario no separar del tipo básico – y, por tanto, no agravar en especial – la hipótesis pluriofensiva de quien detiene “ilegalmente” y, además, torturar a su víctima.

b) Particulares.

Cabe entender que lo son las personas que no revisten la calidad de funcionarios o que, siéndolo, no actúan como tales.

Son también particulares quienes son funcionarios públicos por equiparación legal. (C. P. art. 240), a los únicos efectos del delito de atentado contra la autoridad agravado (C. P. art. 238) y del de resistencia (C. P. art. 239), como ocurre con la persona que aprehende a quien sorprende cometiendo un delito de acción pública o de instancia privada, que merezca pena privativa de libertad, o inmediatamente después, o mientras es perseguido por la fuerza pública, el ofendido o el clamor público o mientras tiene objetos o presente rastros que hagan presumir vehementemente que acaba de participar en un delito. Y también lo son, además de “cualquier individuo del pueblo” que detiene al delincuente sorprendido in fraganti, lo que lo hacen en los demás casos contemplados en los incs. 1, 3 a 7, del art. 238 del Código de Procedimientos en Materia Penal para la Justicia Federal y los tribunales ordinarios de la Capital Federal y Territorios Nacionales.

Se sostiene que el particular sólo puede ser autor de este delito cuando la víctima sea una persona privada de la libertad legítima o ilegítimamente, pero siempre por orden o con intervención de un funcionario público, porque –se argumenta– pese a la autonomía de la figura de la tortura, ésta no se ha desprendido totalmente de la relación funcional en lo que se refiere al presupuesto de la privación de la libertad. Se agrega que tal exigencia “se desprende de quien es típicamente nominado como autor del delito según el párrafo, y también de la referencia a la legitimidad o ilegitimidad de la privación de la libertad (la última como obvia referencia del art. 144, inc. 1), calificaciones que no caben cuando el que perpetra la privación es un particular”, y que “la integración del párrafo al mismo inciso y con expresa remisión al párrafo 1º, ata la punibilidad del particular a todas las características que el delito asume en dicho párrafo”.

Entendemos que la Ley no hace esa limitación. En nuestra opinión, aquella ha establecido que el particular puede ser autor del delito aunque la privación de la libertad padecida por la víctima no obedezca a una orden de un funcionario público o se haya concretado sin intervención de éste.

En primer lugar, porque si bien en el sistema de la ley 14.616 todas las conductas en ella contempladas importaban un abuso funcional, ello no es válido a partir de la vigencia de la ley 23.097, dado que admite expresamente la autoría del delito de tortura por un particular y éstos pueden privar de la libertad tanto de un modo legítimo. Como ilegítimo (C. P., arts. 141, 142, 143 bis), con lo que cae el argumento de la “obvia referencia al art. 144, inc. 1”, porque puede comprender a esos otros artículos ubicados en el mismo capítulo. Y en cuanto a la segunda razón que se esgrime, basada en la remisión que se hace en el art. 1, Inc. 1, párrafo 2º, al párrafo primero

del mismo artículo e inciso, según la cual “igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos”, entendemos que no tiene otro alcance que el de tener, también, como autores de la imposición de cualquier clase de tortura, a los particulares, y a todos ellos, y no sólo a los que ejecutan órdenes de los funcionarios.

Por tanto, tampoco aceptamos que el particular puede ser autor del delito de tortura sólo en sentido impropio, ya que cuando aquél lo comete, el título de su autoría es autónomo y no deviene de una equiparación al funcionario, como la establecida por la ley en otros casos (v.gr. C. P., art. 263).

En conclusión: la ley castiga por igual la tortura infligida por un funcionario como por un particular. Estimamos un acierto castigar la tortura en sí misma y por sí misma, como ahora se hace, en razón de los preciados bienes de las personas que el delito lesiona, sin especializar a los sujetos activos, excluyendo a otros que también lo pueden ser. Pero, al mismo tiempo, consideramos que el delito cometido por particulares no puede merecer, en principio, igual pena que la reservada para los funcionarios públicos, dado que el accionar de estos últimos compromete al Estado, que sí por mandato constitucional tiene el deber de asegurar la vida, la integridad corporal, la libertad, la dignidad, en suma, de la persona humana, debe, por eso mismo, abstenerse de violarlos. Al comprometer de ese modo al Estado al cual representa. Se dice que: “el funcionario falta gravemente a los deberes funcionales, lo que importa una mayor criminalidad que debe reflejarse en la pena”.²⁴³

4.- Sujeto pasivo.

Puede ser cualquier persona, de cualquier edad o sexo, siempre que esté privada de su libertad, legítima o ilegítimamente, con o sin intervención de funcionario público.

A diferencia del texto anterior, que suponía que la víctima era una persona que, por lo menos originariamente hubiera sido privada de su libertad de modo legítimo, al texto actual le resulta indiferente que esa privación haya sido o no legal.

La condición exigida en la víctima – que sea persona que esté privada de la libertad – responde al hecho de que quienes están en esa condición, se hallan imposibilitados de defenderse

²⁴³ Agravan el delito por la calidad del sujeto activo, entre otros, los códigos del Ecuador, República Dominicana y el Proyecto venezolano del año 1967. citado por Ibidem, Pág. 101.

de la acción delictiva de que son objeto y, por ello, el legislador ha estimado preciso reforzar la protección a su integridad física y psíquica y a su dignidad personal.

Las circunstancias o formalidades que determinan la legitimidad o ilegitimidad de la privación de libertad que padece, están determinadas en: “las constituciones”²⁴⁴ o en las leyes, fundamentalmente en los códigos de procedimientos penales. Una privación originariamente legítima puede devenir en ilegítima en los casos previstos en los incs 1 y 6 del art. 143, C.P., entre otros.

5.- La Acción punible. Concepto y caracteres.

La acción delictiva consiste en “imponer” cualquier clase de tortura. El verbo, proveniente del latín “imponere”, está empleado en su acepción de ejercer actos de imposición por hechos de fuerza que producen, en este caso, un intenso dolor, tanto físico como psíquico.

Resultan indiferentes los procedimientos empleados. La variedad conocida a través de los tiempos, en distintas partes, mereció ser calificada de “infinita y repugnante”.

Con ajuste a lo expresado por Núñez, la fórmula “cualquier especie de tortura” de la ley actual, “no sólo comprende, además de la tortura moral, los modos tradicionales y específicos de la tortura física, como son el ahogamiento, el colgamiento, la gota de agua, la quemadura, el aislamiento absoluto y desmedido, la envoltura con cuero o cáñamo mojado, la rueda, etc., etc. sino también los modos que pueden constituir medios comunes de atentar contra la persona del preso, como son los golpes de puño y los puntapiés, siempre que por su repetición y regularidad aplicativa pasen los límites de un maltrato físico vocacional, por violento que sea.

La “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 7/12/85 reputa torturadores los “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” (art. 2, 1er. Párrafo). Pero si deliberadamente no se causan estos dolores, no entran en la definición de tortura dada por la ley 23.097.

²⁴⁴ Código de Proc. En Materia Penal para la justicia federal, art. 3, y disposiciones contenidas en el tit. XVII, “De la detención y de la prisión preventiva”, arts. 363 a 375; C.P.P. de Córdoba, arts. 190, inc. 7, y 282 a 291. . citado por Ibidem, Pág. 101.

Por tratarse de un comportamiento que contraviene una norma prohibitiva, es un delito de comisión. Ese comportamiento puede consistir en una acción o en una omisión. En este segundo supuesto se configurará un delito de omisión impropia o de comisión por omisión. Y no es un supuesto puramente académico, ya que es posible infligir dura tortura observando deliberadamente una conducta omisiva, respecto a quien está, por hallarse privado de la libertad y bajo su poder jurídico o de hecho, en posición de garante en virtud de la ley o de la conducta precedentemente asumida. Sin embargo, esa posibilidad ha sido negada.

Es un delito material o de resultado dañoso, el cual se alcanza con la producción del sufrimiento intenso físico o psíquico. Ese efecto marca su momento consumativo, al margen de haberse o no alcanzado la finalidad perseguida por el autor.

Teniendo en cuenta que la lesión a los bienes protegidos puede producirse en un acto, en razón de la naturaleza de aquellos, afirmamos el carácter instantáneo del delito. Es tortura la aplicación de un solo golpe de corriente eléctrica, porque el dolor que en ese instante produce, es superior al que puede soportar cualquier persona. Ello no es incompatible con la eventual prolongación de la conducta torturadora.

Admite tentativa. Si el autor comenzó a realizar actos de ejecución, y pese al propósito de torturar que lo animaba no llegó a producir dolores físicos o morales de la intensidad que el tipo requiere, por circunstancias ajenas a su voluntad, se está frente al delito de imposición de tortura en grado de tentativa. (C. P. art. 42), y no ante el de severidades, vejaciones o apremios ilegales (C. P. art. 143 bis, inc. 3).

El tipo no presenta un elemento subjetivo. El hecho de que tradicionalmente se haya usado la tortura con fines procesales, para descubrir la verdad, llegándose a creer, por muchos seguidores de Isócrates existentes en todos los tiempos, que no hay “nada más seguro” para dar con ella; el que, para Alfonso el Sabio, hubiera “yerros” que “no pueden ser sabidos ni probados” y que, por ello, “tuvieron a bien los sabios antiguos” hacer “tormentar a los hombres”, no autoriza a limitar las finalidades que pueden mover al torturador. Sin perjuicio de admitir que la finalidad probatoria sea la que se da con mayor frecuencia, se debe aceptar la posibilidad de que concurren otras, como la de ejercer venganzas o represalias. Puede ser, también expresión del odio, del sadismo o de la maldad del autor. De allí que se haya posito decir que “indudablemente, la tortura ha sido aplicada por igual por uniformados o civiles, en nombre tanto de Dios como Satanás, como pena o para pena, y por los fines más variados, tales como amor, odio, celos, dinero, venganza o poder”.

La doctrina nacional admitió, frente al antiguo art. 144 ter (ley 14.616), que distintas finalidades podían determinar a torturar. El proyecto elaborado por expertos reunidos en el Instituto Superior de Ciencias Criminales de Siracusa en diciembre de 1977, que ha sido reputado como “obra legisferante excepcionalmente bien trabajada”, contempla, a su vez, la posibilidad de que el torturador obre “para humillar o desacreditar”.

Se ha sostenido que cuando mueve al torturador la finalidad de influir en las determinaciones de la víctima, es decir, para apremiarla ilegalmente, el hecho resulta también encuadrable en la figura contemplada en el art. 144 bis, inc. 3, y que ambos delitos, éste y el de la tortura, concurren idealmente. Pero no es así, porque para que lo fuera, resulta preciso aceptar que la finalidad del apremio configura una circunstancia que se añade a un mismo hecho ontológicamente considerado, cuando son hechos objetivamente distintos, porque distinto es el grado de dolor en uno y otro.

6.- La antijuridicidad.

Siendo tan abominable al tortura para la conciencia universal, no resulta fácil admitir que pueda ella conformarse al ordenamiento jurídico, en los días que corren. Pero puede presentarse casos en que concurren circunstancias justificantes como las previstas en los incs. 3, 6 y 7 del art. 34, C. P. Esto es, situaciones en que el mal de la tortura se cause para evitar otro mayor inminente, al cual el autor ha sido extraño (estado de necesidad), o casos especiales de legítima defensa de la propia persona o de los derechos propios o de la persona o derechos de un tercero.

Podría resultar encuadrable en el estado de necesidad el caso del funcionario o un particular que tortura a la única persona que conoce el lugar donde se halla el antídoto para el veneno que un tercero suministró al torturador y que, de no hallarlo a tiempo, causaría su muerte de modo seguro.

Si el torturado es el autor de la agresión a la vida o a la integridad física del funcionario o particular torturador (v.gr.: si aquel fue quien le suministro el veneno mortal), se estaría ante un caso de legítima defensa previsto en el inc. 6 del art. 34, C.P.

Sí, por fin, el torturado fue quien colocó un explosivo fatalmente sincronizado, del cual pende la vida de otra persona porque, de explotar, morirá irremediabilmente, y las torturas son

aplicadas con el fin de obligar a desconectar el explosivo y salvar esa vida, tal conducta encuadraría en la previsión del inc. 7 del mismo art. 34 del Código Penal.

No consideramos factible que puedan darse las causales del inc. 4 de dicho artículo del Código represivo, porque ninguna ley, en sentido estricto o amplio, obliga a imponer tortura ni podría hacerlo validamente, frente al texto constitucional que prohíbe la aplicación de tormentos, de modo que mal podría justificarse en el cumplimiento de un deber legal, ni nadie puede ser titular de un derecho cuyo ejercicio legítimo o regular pueda consistir en semejante imposición, ni de una autoridad que pueda legítimamente ejercerse aplicando u ordenando aplicar tortura, porque éstas, por definición, exceden “de lo necesario, de lo lógico y de lo humanamente aceptable”, y sólo cuando los actos cumplidos en virtud de un poder o supremacía sobre otro se han mantenido dentro de esos límites, pueden verdaderamente excusarse.

Y desde que la tortura dejó de ser un instituto jurídico desapareció también la posibilidad de torturar en el desempeño legítimo de un cargo, con la salvedad que hacemos al referirnos a la obediencia jerárquica.

Un bien que, además de la vida e integridad física, ha sido reputado más valioso que los lesionables por la tortura, es la seguridad pública (título VII, C.P.), pero eso debe descartar otros como el orden público (tit. VIII), o seguridad de la nación (tit. IX), o de los poderes públicos y el orden constitucional (tit. X), porque nuestra concepción del hombre y del Estado nos impide admitir que la dignidad y derechos inviolables del primero se subordinen a los intereses del segundo. Por eso, el proyecto del P.E.N. de incorporar al Código Penal una nueva causal de justificación para quien “causare un mal como medio necesario, razonablemente e idóneo para resistir la implantación o el mantenimiento de un poder público ajeno a los previstos en la Constitución nacional, o alguna de sus medidas”, merecía serias objeciones.

7.- La obediencia jerárquica.

Esta obediencia, comúnmente llamada obediencia debida (C.P., art. 34, inc. 5), no podrá, en principio, funcionar como causa de justificación, porque si la orden de torturar no es legítima, el subordinado debió incumplirla.

Si la cumplió por haber mediado un error insalvable acerca de su legitimidad, ese error funcionará como causa excluyente de la culpabilidad (C.P., art. 34, inc. 1), al igual que cuando la orden implica una verdadera amenaza (C.P., art. 34, inc. 2). La obediencia jerárquica constituye para Herrera, una tercera causa de inculpabilidad y, para Fierro, configura una coacción especial que funciona como causa de inculpabilidad plenamente autónoma y que, a diferencia de la coacción simple, no requiere ser acreditada sino que se presume. Ello ocurre, para este autor, cuando la orden del superior, aunque ilegal, debe ser cumplida por el subordinado que la recibe, por ser una orden vinculante y que, de no acatarse, le hace correr un pronunciado riesgo, por lo cual constituye para él una presión tal que doblega su voluntad y lo obliga a cumplirla. Es lo que sucede con las órdenes del servicio militar, donde ninguna reclamación dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de aquéllas. (Código de Justicia Militar, art. 675).

Esto, “mirando desde afuera- advierte Fierro-, se presenta como un hecho inadmisibles en cuanto contradice flagrantemente la ley, única fuente de la cual emana la legitimidad del mandato; observado y sufrido desde adentro por parte de quien se encuentra inmerso dentro de la trama tejida por el aparato estatal, se vislumbra como una obligación perentoria sólo eludible a costa de un pronunciado riesgo. Se ha repetido en innumerables ocasiones que el derecho no exige de los hombres una conducta heroica sino mediana y, en consecuencia, no castiga a quien, impulsado por las trágicas circunstancias, prefiere el mal ajeno en vez del propio.....”. En tal caso – concluye-, “la culpabilidad se desplaza del autor inmediato del hecho (el subordinado) al autor mediato (el superior)”, quien responde, y sólo él, por el delito cometido. El art. 514 del Código de Justicia Militar (ley 14.029) así lo establece.

Soler afirma que cuando el agente se va constriñendo a cumplir la orden ilegítimamente se produce un desplazamiento de la autoría, de suerte que el autor inmediato no será el ejecutor de la orden sino quien la impartió. Lo afirmo también Fontán Palestra.

Al margen de esa discusión sobre la naturaleza de la norma art. 34 inc. 5, del Código Penal, lo que importa aquí es destacar que ella nos ha llevado, en nuestro país, a aplicar la eximente de responsabilidad penal de la obediencia tratándose del delito de tortura, ya que, como afirmó un autor chileno, “son precisamente los mecanismos de esta eximente los que permiten la existencia de tales violaciones y los que posibilitan su práctica masiva y sistemática”, el que propugna, por ello, su exclusión, y juzga que un paso en ese sentido lo constituye el art. 5 del “Código de conducta para los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley”, aprobado por la

Asamblea General de la ONU, según el cual “ningún funcionario ...podrá Invocar la orden de un superior... como justificación de la tortura...”, prescripción – agregamos nosotros- que se repite en las posteriores convenciones contra la tortura aprobadas por la Asamblea General de la ONU (art. 2, inc. 3) y de la OEA (art. 4).

Vayan las siguientes citas jurisprudenciales para corroborar nuestro aserto:

“Para considerar como disculpa legal la obediencia debida, no basta con alegar la existencia de una determinada estructura de la institución policial sobre la base de la necesidad de cierta obediencia por parte de los subalternos en relación con el jefe de la repartición, sino que debe demostrarse en cada caso que la orden concreta fue impartida de acuerdo con las normas pertinentes, y que quien la recibió debía acatarla sin posibilidad de revisar su aparente ilegitimidad”. Cámara Federal de la Capital (Sala Penal), “Lombilla, Cipriano”, 2/6/64, “J.A.”, 1964-IV, p. 638.

“La obediencia debida no excusa al funcionario de policía autor de apremios ilegales, demasías éstas en el obrar reñido con los principios que sustentan la institución policial y con los más elementales sentimientos humanitarios” (del voto de los Dres. Black y Quiroga), Cámara Criminal de la Capital, “Aguilera, Ricardo y otro”, 1/3/66, “J.A.”, 1966-III, p. 172.

La Ley 23.049, sancionada en 1984, no ha modificado sustancialmente, la situación, porque si bien en su art. 11 prescribe que el art. 34 inc. 5, del Código Penal deberá ser interpretado conforme a la regla del art. 514 del Código de Justicia Militar respecto de los hechos cometidos por personal militar de las fuerzas armadas y personal de las fuerzas de seguridad, policial y penitenciarios bajo control operacional de las primeras, que actuó desde el 24/3/76 hasta 26/09/83 en las operaciones emprendidas con el motivo alegado de reprimir el terrorismo, ello se condiciona a que esa actuación haya sido cumplida “sin capacidad decisoria cumpliendo órdenes y directivas que correspondieran a planes aprobados y supervisados por los mandos superiores orgánicos de las fuerzas armadas y por la Junta Militar”. La norma autoriza, a continuación, a presumir –salvo evidencia en contrario – que se obró con error insalvable sobre la legitimidad de la orden recibida, pero no admite presunción alguna cuando esa orden consistiera en la comisión “de hechos atroces o aberrantes” como, sin duda, son los de la tortura.

8.- La culpabilidad.

El delito de tortura es un delito doloso, pero no de dolo específico. El agente debe actuar con propósito y voluntad de causar un sufrimiento físico o psíquico agudo o, al menos, representárselo como probable y asentirlo, es decir, con dolo eventual.

La ONU (resolución 3452 y Convención 39/46, del 10/12/84), y otros organismos que se han ocupado de la tortura (la OEA entre otros, “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, del 7/12/85), ponen el acento en el carácter deliberado de los actos que la constituyen. Entre nosotros, Núñez ya lo señaló al referirse a la figura de la imposición de tormento del art. 144 ter de la ley 14,616: “el maltrato material o moral constituye un tormento cuando es infligido intencionalmente para torturar a la víctima”, y no “el maltrato o lesión por grave que sea, resultante de un hecho imprevisto”.

A aquel querer se debe agregar el saber que la víctima está privada de su libertad. El error sobre esta situación excluye la culpabilidad, pero no la creencia equivocada de que la privación de la libertad que aquella padece es legítima si no lo es, porque a los fines del tipo, como hemos visto, no es esencial que concurra esa legitimidad.

Sobre el error y la coacción como causas de inculpabilidad, nos remitimos a lo que expresamos al tratar la obediencia jerárquica.

9.- Concurso de delitos.

La ley conmina con la pena de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua a quien impusiere “a personas” legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de torturas. Pese a que una interpretación literal de este texto podría hacer pensar que la pluralidad de víctimas no multiplica la delincuencia, no es así. Si los torturados por un solo agente han sido varios, aquel incurrirá en tantos delitos como víctimas haya, porque la tortura aplicada a cada uno de ellos, constituye un hecho independiente. En consecuencia, corresponderá aplicar la regla del art. 55, C. P.

Pero si una fue la persona a quien torturó, en forma discontinua, un mismo funcionario o particular, y los hechos eran dependientes entre sí, se dará una continuidad delictiva aun cuando los

tiempos y lugares de la tortura fuesen distintos. Se exige, sin embargo, que todos los actos torturadores se hayan efectuado mientras la víctima padecía una misma privación de libertad.

c) Agravantes del delito. Art. 144 tercero, inc. 2.

Para el inc. 2 del art. 144 tercero, la tortura se agrava si con motivo u ocasión de ella resultare la muerte de la persona torturada e igualmente se agrava, pero con pena menor de la misma especie, si se causare alguna de las lesiones en el art. 91.

1.- Agravante suprimida.

Se ha eliminado el agravante que contemplaba el anterior art. 144 ter, segundo párrafo, atendiendo a la calidad de perseguido político de la víctima. Esa supresión no significa que esa calidad no merecía constituir una circunstancia calificante del delito, a diferencia de lo que había estimado anteriormente el legislador, sino que la penalidad ahora prevista para la figura básica, considerablemente más elevada que la contemplada en la ley 14.616, permite un adecuado castigo por parte del jugador, quien, cuando concurra esa circunstancia, podrá tomarla en consideración junto con las otras pautas mesuradoras que traen los art. 40 y 41 del Código Penal.

2.- Agravante por el resultado: muerte.

Este agravante, al igual que el siguiente, se funda en el resultado. Constituye un delito complejo: la tortura o su comienzo de ejecución son el núcleo al cual siguen la muerte o la lesión gravísima. Pero, al no exigir la ley que la muerte sea causada por la tortura, sino que resulte con motivo de ella, presenta mayor amplitud que la otra calificante, al darse tanto cuando la tortura, por sí sola o unida a una concausa, produce el resultado letal, como también en todos los casos en que la tortura cree la oportunidad para la muerte o en que ambas se presenten vinculadas temporal o espacialmente.

La muerte, en estas últimas hipótesis, no sólo podrá ser obra del torturador. Podrá ser también, la consecuencia de una reacción de la víctima o la acción de un tercero. Puede ocurrir, esto último, por pretender impedir o poner término a la tortura que se está infligiendo o aliviar el dolor que aquélla padece.

La muerte que califica al delito es sólo la de la persona torturada, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis del art. 165, C. P., en la cual puede ser la de alguna otra persona.

3.- Agravantes por el resultado: lesiones gravísimas.

La otra calificante prevista en la ley se da cuando hay una objetiva relación de causalidad entre las lesiones gravísimas (C. P., art. 91) y la tortura, es decir, cuando ésta tuvo, por sí sola, aptitud para producir una enfermedad mental o corporal, cierta o probablemente incurable, la inutilidad permanente para el trabajo o la pérdida de un sentido, de un órgano, de un miembro, del uso de un órgano o miembro, de la palabra o de la capacidad de engendrar o concebir. O cuando adquirió esa eficiencia unida a circunstancias preexistentes, concomitantes o sobrevivientes.

4.- Alcance de las agravantes del inc. 2 del art. 144 tercero.

No se pone en razón de atribuirse una responsabilidad puramente objetiva en virtud del resultado. La agravación está limitada por la posibilidad de imputar la muerte o las lesiones gravísimas a título de culpa. El torturador debió representarse las consecuencias dañosas previsibles que pudieron resultar a su víctima. Si no lo hizo, responde por su culpa en la producción de esos resultados. La norma del inc. 2 del art. 144 tercero del Código Penal comprende, pues, la muerte o las lesiones gravísimas que se presenten como un resultado preterintencional. Pero, a nuestro juicio, queda también comprendido el resultado querido e intelectualmente representado por el torturador, es decir, el abarcado por su dolo. A esta conclusión se llega al repararse en la penalidad prevista por este artículo y en la establecida en los arts. 79 y 91, C. P., porque otra interpretación llevaría al ilógico resultado de castigar con pena mayor un hecho menos grave, o viceversa.

En cambio, cuando concurre alguna de las circunstancias previstas en el art. 80 C. P.; cuando el torturador obró con alevosía o con ensañamiento, o por precio o promesa remuneratoria o por placer, codicia, odio racial o religioso o con el concurso premeditado de dos o más personas, etc. se está frente a un concurso ideal de delitos porque, en tal caso, el hecho único consistente en matar o lesionar gravísimamente torturando a persona privada de la libertad, caerá bajo más de una sanción penal (C. P. art. 54). Por matar o lesionar gravísimamente concurriendo una de las circunstancias calificantes previstas en el art. 80, encuadra en esta norma. Esas circunstancias pueden darse en la tortura desde que resultan indiferentes los medios elegidos y las finalidades

propuestas al imponerla. Por tratarse de una víctima que se hallaba privada legal o ilegalmente de la libertad, encuadra en la del art. 144 tercero, inc. 2. De esa manera, si resultó la muerte, corresponderá al torturador, además de la reclusión o prisión perpetua previstas tanto en el art. 144 tercero, inc. 2 como en el art. 80, de la pena accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prescrita por este último dispositivo legal, y si se causaron lesiones gravísimas, la pena más grave contemplada en el art. 144 tercero, inc. 2.

5.- Resultado lesivo no agravatorio.

Las lesiones leves y graves (C. P. arts. 89 y 90, respectivamente), causadas por la tortura, debe considerárselas comprendidas en la figura básica (art. 144 tercero, inc. 1), por cuanto la tortura, indefectiblemente, produce una lesión o daño en el cuerpo o en la salud – o en ambos- de la víctima. Ocurre lo primero cuando se ocasionan mutilaciones, fracturas, heridas, u otros daños semejantes. Los segundo, cuando se causan detrimentos funcionales físicos o mentales, permanentes (como en las enfermedades de ese tipo) o los pasajeros, como los desmayos o sensaciones dolorosas, aunque no dejen rastros, o de asco, o de angustia. Y la ley sólo las califica cuando esas lesiones son gravísimas. (C. P., art. 91).

Cuando la tortura ha causado lesiones leves o graves, no se puede hablar de concurso de delitos, ni real (C. P. art. 55) ni ideal (c. p. art. 54), porque la norma de la ley 23.097 y la de los arts 89 y 90, C. P., solo concurren aparentemente, al darse, en nuestra opinión, una relación de consunción por estructura del tipo.

6.- Las agravantes también alcanzan al particular que tortura.

La redacción dada al último párrafo del inc. 1 del art. 144 tercero (“Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos”) ha llevado a sostener que la ubicación de la ampliación del sujeto activo en ese artículo, impide, en tutela del principio de legalidad, que se extienda al particular las sanciones agravadas por lesiones gravísimas o por muerte. Por ello, considerase que en ese supuesto habrá que aplicar las reglas comunes del concurso de delitos.

Admitimos que la redacción de ese texto no es feliz. su estudio es igual al de la otra fórmula: “será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el particular que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de

su libertad, cualquier clase de tortura...”. Si ello, es así, y si las calificantes están dadas por ser la tortura infligida por el sujeto activo – sea éste, entonces, funcionario o particular – la que dio motivo u ocasión a la muerte de la víctima o la le causo lesiones gravísimas, deben alcanzarle al segundo las penas previstas para esos casos. Esas penas las del inc. 2 del art. 144 tercero, corresponden a los hechos de tortura con resultados mortales o gravísimamente lesionadores, sin importar – surge ello del texto íntegro del inciso anterior – si el autor de esa tortura revestía o no calidad funcional. Si esto también es así, no puede resultar efectivamente afectada la garantía constitucional del “nulla poena sine praevia lege poenale” (C.N., art. 18).

d) Penalidad del tipo básico y del calificado.

1.- Pena privativa de libertad.

Tanto para el funcionario público como para el particular que impusiere, cualquier tipo de tortura, el art. 114 tercero señala como pena privativa de libertad la de reclusión o prisión de ocho a veinticinco años. Es decir, tal como el Poder Ejecutivo nacional lo destacó en el mensaje con el cual remitió al Congreso su proyecto, la pena prevista iguala a la del homicidio (C.P., art. 79).

Si hubieran causado lesiones gravísimas, la pena privativa de libertad será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años, y si resultare la muerte de la víctima, la de reclusión o prisión perpetúa.

2.- Pena de inhabilitación.

Corresponderá, también, al culpable, la pena de inhabilitación absoluta y perpetua. Esta pena, aunque se la prescribe con otra de especie distinta, es de carácter principal, y no accesoria, como algunos tribunales erróneamente entendieron, y no puede ser dejada en suspenso (C. P. art. 26), pero el condenado podrá obtener la rehabilitación a los diez años, si se ha comportado correctamente y ha reparado los daños en la medida de lo posible (C.P., art. 20 ter, primer párrafo).

Se ha criticado que no se haya previsto expresamente para los autores de torturas, la pena de inhabilitación especial contemplada, en cambio, para quienes incurrieran en omisiones funcionales conexas con ese delito, en el art. 144 cuarto, inc. 4.

Esta inhabilitación pudo haberse previsto del mismo modo en que se hizo para esos otros autores, ya que una y otra pueden ser impuestas al mismo tiempo. Pero cabe recordar que en ningún caso se ha previsto en el Código la pena de inhabilitación especial perpetua en forma conjunta con pena de reclusión o prisión como las aquí contempladas, ni con la inhabilitación absoluta. Por otra parte, la falta de previsión expresa no obsta a la aplicación de una inhabilitación especial, complementaria de seis meses a diez años (C. P., art. 20 bis), cuya graduación se efectuará atendiéndose a los criterios expresados en esta norma.

Si el hecho se hubiera cometido con ánimo de lucro, podrá aplicársele, además, como a todas las delincuencias cometidas con ese ánimo, una pena de multa. Su imposición es facultativa para el tribunal, pero si la aplica, no puede hacerlo en forma condicional (C. P., art. 26).

3.- Observaciones sobre las penas previstas.

Se ha afirmado que, aun reconociendo la gravedad del delito, las penas contempladas en la Ley resultan demasiado elevadas.

La imposición de tortura, ciertamente, debe castigarse con severidad, cualquiera que sea el sujeto activo, atento a los daños que ella produce en el cuerpo y en la salud de las víctimas y al atropello que importa a la dignidad y a la libertad de éstas, como, asimismo, a la torva personalidad de los torturadores, la que se pone de manifiesto en el modo de cometerlas y en el hecho de aprovecharse del estado de inferioridad e impotencia de quienes están bajo su poder jurídico de hecho.

Con mayor severidad aún debe reprimirse cuando el autor es un funcionario público, porque a todas aquellas circunstancias se agrega la violación del deber impuesto por el Estado, en razón de las funciones encomendadas, de resguardar bienes preciados del hombre y el hecho de que el ataque a esos bienes proviene, precisamente, de quien debió resguardarlos.

La Convención contra la Tortura (resolución 39/46 de la ONU) prescribe que “todo Estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que tenga en cuenta su gravedad” (art. 4, 2). También recomienda tenerla en cuenta la Convención aprobada por la OEA el 7/12/85 (art. 6, 2).

Pero, aun así, cabe reconocer que las penas previstas en nuestra ley son muy rigurosas. Para no quebrar “la armonía en lo que hace a la valorización de las distintas penas y a la estimación de los bienes sociales tutelados pro la ley represiva”, el Congreso de 1958 no fue tan lejos como el

de 1984. Y aun cuando son muchos quienes creen que el aumento significativo de las penas contribuye a la erradicación del delito y que la severidad de aquéllas es el instrumento idóneo para combatir la delincuencia exitosamente porque, a mayor intimidación, son menores los comportamientos ilícitos, lo cierto es que ésa no es la posición sustentada por casi todos los congresos internacionales de derecho penal, como el convocado por la Asociación Internacional de Derecho Penal y que se reunió en Budapest (Hungría). Ni tampoco, el convencimiento del mismo Congreso de la Nación, como lo puso de manifiesto al derogar la ley 21,338, para volver al régimen represivo más benigno vigente antes de ella.

III.- Omisiones Funcionales conexas con la Tortura.

1.- Contenido de los arts. 144 cuarto y quinto de la ley 23,097.

Los arts. 144 cuarto y 144 quinto contemplan distintas omisiones en que pueden incurrir ciertos funcionarios públicos a quienes el Estado, en resguardo de los valiosos bienes jurídicos a los cuales la tortura afecta, ha impuesto especiales deberes (posición de garante), cuyo incumplimiento acarrea responsabilidad penal.

Ellas son:

- 1) Omisión de evitar el delito de tortura (art. 144 cuarto, inc. 1);
- 2) Omisión de denunciar el delito de tortura (art. 144 cuarto, inc. 2);
- 3) Agravantes del delito del art. 144 cuarto, inc. 2;
 - a) por la calidad de médico del funcionario (art. 144 cuarto, inc. 2, última parte);
 - b) por la calidad de juez (art. 144 cuarto, inc. 3, 2ª parte);
- 4) Omisión del juez de promover la persecución y represión del delito de tortura (art. 144 cuarto, inc. 3, 1ª parte);
- 5) Omisión funcional culposamente facilitadora del delito de tortura (art. 144 quinto).

2.- Bien jurídico específicamente protegido.

Es el deber de actuar con celeridad y eficiencia, impuesto por el Estado a determinados funcionarios públicos, para prevenir o reprimir el delito de tortura. El castigo al incumplimiento de ese deber legal protege a la administración pública, pero se justifica que no se haya ubicado estos

delitos en el título XI, con los otros delitos que la afectan, sino en el título V, de los “Delitos contra la libertad”, porque la tortura, como ya lo hemos destacado, infiere a ésta un grave ataque. En consecuencia, la inclusión, por razones de técnica legislativa, en el lugar en que se ha hecho, no merece objeciones.

3.- Observaciones sobre las penas previstas para estas delincuencias.

Cabe hacer, en relación a estas penas, las siguientes observaciones: La pena con que se castiga las dos omisiones de denunciar han sido fijadas por el legislador teniendo en cuenta la gravedad del delito que con esa omisión se encubre, pero, indiscutiblemente, importa un quebrantamiento del sistema introducido por el Proyecto de 1891, perfeccionado por el de 1906 y que a través del de 1917 pasó al Código Vigente.

A su vez, las penas establecidas para las otras dos conductas omisivas – la de evitar la comisión del delito de tortura y la de no instruir sumario por ese delito – rompen la armonía de las escalas penales. Repárese en la benignidad de las penas – en comparación con éstas- con que los arts. 249 y 274, C. P., castigan conductas similares, pero relacionadas con otros delitos que pueden ser tan graves como el de tortura.

En cuanto a la pena reservada para la omisión del art. 144 quinto, observamos –la reflexión vale también para las anteriores- que generalmente se piensa que un delito de omisión tiene, por regla, menor gravedad que un delito de acción – al parecer su autor más como un indiferente que como un violador del derecho-, por lo que la censura que habitualmente se les hace, es también menor y se estima que la pena con que debe castigárselo no merece ser elevada. Pero en este caso, lo es.

Pensemos que el mínimo de las escalas penales debió ser mucho más reducido. De haberlo hecho, el legislador hubiese demostrado más confianza en el prudente arbitrio de los jueces, como debe ser. Porque el excesivo rigor legal, que los jueces no pueden mitigar aunque la justicia lo exija, hace cierto el aforismo “Summum ius, summa iniuria”.

IV. La Reparación de los Perjuicios.

1.- El art. 11 de la resolución 3452 (XXX) de la ONU prescribe que “cuando se demuestre que un acto de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes han sido cometidos por un funcionario público o a instigación de éste, se concederá a la víctima reparación del daño e indemnización, de conformidad con la legislación nacional”.

La Convención contra la tortura aprobada por la Asamblea General de la ONU (resolución 39/46 del 10/12/84) establece: “1) Todo Estado parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a una indemnización. 2) Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales” (art. 14).

La “Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”, que aprobó la Asamblea General de la OEA el 7/12/85, a su vez, luego de expresar en el art. 9 que los Estados partes se comprometen a incorporar en sus legislaciones nacionales normas que garanticen una compensación adecuada para las víctimas del delito de que se trata, reitera la salvedad contenida en el segundo párrafo de la Convención de la ONU.

2.- Las normas internas del país, satisfacen esas previsiones. En efecto: el art. 29 del Código Penal concede a la víctima de todo delito –y, por tanto, del de tortura-, a su familia o a terceros que hubieran resultado damnificados, aunque sea de manera unilateral, derecho a la reparación de todos los daños materiales “dominus emergens” y “nullum cessions” y morales causados, es decir, a una reparación plena. Esa reparación podrán demandarla a cualquiera de los responsables del delito, coautores, cómplices primarios o secundarios e instigadores, por ser, para estos, una obligación solidaria (C. P. art. 31).

Cabe, también, la posibilidad de exigir reparación contra los responsables de las omisiones punibles que castiga la ley 23.097, porque la norma del art. 1112, C.C., extiende la responsabilidad indemnizatoria a “los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas...”. Pero la responsabilidad de éstos no es solidaria con la de quienes participaron en la

imposición de torturas, porque no se funda en el mismo delito sino en otro, aunque conexo con aquél.

En razón de que las reglas del art. 29 C. P. no alteran el sistema indemnizatorio del Código Civil (arts. 1073 y ss.), corresponde aplicar sus disposiciones. Entre ellas, las que establecen la responsabilidad de las personas jurídicas –El Estado incluido– por los daños que causen quienes las dirijan o administren – en tal caso, los funcionarios públicos que tengan esas funciones – en ejercicio o en ocasión de ellas (C.C. ART. 43), y por los daños que causaren quienes están bajo su dependencia, responsabilidad, está última, que ya no es por el hecho propio sino como consecuencia del hecho de otro (C. C., art. 1113). De este modo, la insolvencia del funcionario responsable no hará ilusorio el derecho a la reparación, y si el Estado se ve obligado a pagarlos, como garante, tendrá derecho a la posterior repetición de esos importes. (C. C. art. 1123).

Los damnificados deben ejercer la acción pertinente con ajuste a las regulaciones locales y acreditar la existencia del daño. En cuanto a su monto, a falta de plena prueba, queda librada su estimación al prudente arbitrio del juez (C. P. art. 29, inc. 1).

El Derecho Argentino sustituyó al artículo 144 ter por el 144 Tercero t agrega los artículos 144 Cuarto y Quinto. El Primero de ellos se contempla el Delito de imposición de Tormentos: la Figura básica, en el inciso I, y las figuras agravadas, en el inciso 2. El artículo 144 Cuarto, prevé diversas omisiones funcionales punibles relacionadas con el Delito descrito en el artículo anterior y penalidades especiales en los incisos 2 y 4 y en el artículo 144 quinto reprime una negligencia funcional.

Distingue “Tormento” y “Tortura”. “Tormento”, no es, sin embargo, todo dolor físico, sin importar su intensidad. Desde que lo considera Tortura y a está Siempre se le concibió como un padecimiento de cierta magnitud, se ajusta a definiciones según las cuales el Dolor que configura el tormento debe ser “intenso” o “violento” o “grande”. Define la “Tortura” como la imposición de “Tormentos Físicos” o de “Sufrimientos Psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente”. Por lo cual considera comprendidos tanto a los padecimientos del cuerpo como a los del alma.

La Ley argentina contempla un agravante, en el inciso 2 del artículo 144 tercero, la Tortura se agrava si con motivo u ocasión de ella resultare la muerte de la persona torturada e igualmente se grava, pero con pena menor de la misma especie, si se causare alguna de las lesiones gravísimas.

5.3 LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA;

En el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 1991 fue publicada la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, que el Ejecutivo promulgó el 16 del mismo mes. En los términos de su artículo primero transitorio, dicho ordenamiento entró en vigor al día siguiente de su publicación. En tal virtud quedó abrogada – dice el artículo segundo transitorio – la ley del mismo nombre, del 27 de mayo de 1986. Contiene catorce artículos (doce artículos en el cuerpo de la ley y dos transitorios).

La resultante Ley tiene inspiración directa en los instrumentos internacionales a los que me he referido; así mismo, toma diversas soluciones de la ley predecesora de 1986. Esta Ley figura entre los mandamientos de contenido penal, preventivo o represivo, propuestos o alentados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos. Tanto esta misma como los referidos mandamientos proceden – fuente material evidente – de una crisis en el campo de la persecución de los delitos, que determinó la adopción de enérgicas medidas – legales e institucionales – para enfrentar los excesos de las corporaciones policíacas en el desempeño de sus funciones.

Los principios rectores de la Ley Federal contra la tortura de 1991 son: a) Los derechos humanos contra la tortura emanan de la dignidad inherente de la persona; b) Se establece la prevención, además de la sanción por la comisión del delito de tortura; c) La tortura es un delito que comete el servidor público federal o del distrito federal sobre cualquier persona, sin distinción alguna. Tratándose de servidores públicos de los Estados de la Federación, toca decidir a los congresos locales la conveniencia de regular esta conducta ilícita; d) La tortura es toda conducta que lesione la salud física o mental o afecte la libre decisión de la persona; e) La tortura tiene como finalidad necesaria obtener del torturado o de un tercero una declaración o un comportamiento determinado; f) La tortura no desaparece invocando circunstancias excepcionales tales como inestabilidad política o interna, urgencia de las investigaciones o cualquier otra emergencia pública; g) La declaración obtenida mediante tortura no constituye, por sí sola, prueba alguna; h) La autoridad que conozca de la comisión de tortura está obligada a denunciarla de inmediato.

Por otra parte, la ley contiene las siguientes modulaciones: a) No ha de considerarse como tortura las molestias que sean consecuencia de procedimientos y penas legalmente adoptados; b) En el momento en que se solicite, cualquier detenido deberá ser reconocido por un facultativo médico oficial, o por un particular de su elección, quienes deberán expedir, de inmediato el certificado correspondiente; c) Los órganos dependientes del Ejecutivo Federal relacionados con la procuración de justicia llevarán a cabo programas permanentes para: I.- Orientación y asistencia de la población en la vigilancia de de las garantías individuales de personas relacionadas con ilícitos; II.- La organización de cursos de capacitación de personal; III.- La profesionalización de sus cuerpos policiales; IV.- La profesionalización de los servidores públicos que participan en la custodia y tratamiento de personas sometidas a arresto, detención o prisión; d) En todo lo no previsto en la ley, serán aplicables las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. En el Código Federal de Procedimientos Penales y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la Ley Reglamentaria del artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley prevé las sanciones siguientes: a) Pena privativa de libertad de 3 a 12 años, y Multa de 200 a 500 días de salario mínimo general obligatorio vigente en la zona y el momento de la comisión del delito; b) e Inhabilitación para el desempeño del cargo, hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena impuesta; c) Al responsable de la comisión del delito de tortura, se le obliga a cubrir los gastos de la asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, en que hayan incurrido la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito; d) Igualmente esta obligado a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos, en los siguientes casos: I.- Pérdida de la vida; II.- Alteración De la Salud; III.- Pérdida de la Libertad; IV.- Pérdida de ingresos económicos; V.- Incapacidad Laboral; VI.- Pérdida o el daño a la propiedad; VII.- Menoscabo de la reputación. Para fijar los montos correspondientes, el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado. El Estado estará obligado a la Reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil.

Establece esta Ley, otro tipo equiparable. En el caso de un servidor Público que conozca de la comisión de un caso de tortura y no lo denuncie, se le impondrán de 3 meses a 3 años de prisión, y de quince a sesenta días multa.

Meses después, aparece publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 27 de diciembre de 1991, la nueva y vigente “Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura”, al reformar el párrafo primero de su artículo 3º que señala: “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, O COACCIONARLA PARA QUE REALICE O DEJE DE REALIZAR UNA CONDUCTA DETERMINADA”, que tuvo dicho agregado mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación del 2 de Julio de 1992.

Originalmente el artículo 3º de la citada Ley establecía: “Comete el Delito de Tortura el servidor Público que, con motivo de sus atribuciones inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido.

No se consideran como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad”.

Igualmente sufrió modificación o Reforma el artículo 10º que primeramente señalaba: “El responsable... Para fijar los montos correspondientes, el juez tomara en cuenta la magnitud del daño causado, en los términos de la fracción VI del artículo 32 del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero Federal, El Estado estará obligado subsidiariamente a la reparación del daño.”

Para quedar de la siguiente manera: Art. 10.- El responsable..... El Estado estará obligado a la reparación de los daños y perjuicios en los términos de los artículos 1927 y 1928 del Código Civil.”

5.4 LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE TLAXCALA;

En el periódico Oficial de Gobierno del Estado de Tlaxcala, el día 11 de Diciembre del año 2003, fue publicada la nueva Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura para el Estado de Tlaxcala, abrogando la anterior ley del 18 de Octubre de 1995. En los términos de su artículo primero transitorio, dicho ordenamiento entró en vigor al día siguiente de su publicación. En tal

virtud quedó abrogada – dice el artículo segundo transitorio- la ley del mismo nombre, esta nueva ley contiene 19 artículos (17 artículos en el cuerpo de la ley y dos transitorios).

Esta Ley esta dividida en diversos capítulos: “Capitulo Primero, Disposiciones Generales”; “Capitulo Segundo, De la Prevención de la Tortura”; “Capitulo Tercero; De las Sanciones” y “Capitulo Cuarto, de la Reparación del Daño”.

El Objeto de la ley es prevenir y sancionar la tortura en el Estado de Tlaxcala.

El artículo segundo señala que: “comete el delito de tortura, el servidor público que mediante un acto u omisión, inflija a una persona, directa o a través de un tercero:

I.- Dolores y sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ésta o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o sospeche que haya cometido,

II.- intimidación o coacción para que realice o deje de realizar una conducta o acto determinado;

III.- Anulación de su personalidad o la disminución de su capacidad física o mental, aunque los métodos empleados no causen dolor físico o angustia psíquica;

IV.- Otros daños igualmente graves causados por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación.

Incorre en la misma responsabilidad penal el tercero que con cualquier finalidad, instigado o autorizado, explícita o implícitamente, por un servidor público, cometa alguno de los supuestos mencionados anteriormente.

El artículo Tercero señala: “Queda prohibido imponer penas de: mutilación, infamia, marcas, azotes, palos, y tormentos de cualquier especie.

Artículo cuarto.- “Ninguna confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura, podrá invocarse como prueba, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba que se ha formulado la declaración”.

Artículo Quinto.- No tendrá valor probatorio alguno la confesión realizada ante una autoridad policíaca, ni la rendida ante el Ministerio Público, autoridad judicial o tutelar, sin la presencia del defensor o persona de confianza designada por el inculpado y, en su caso, del traductor.

Artículo Sexto.- No se consideraran como causas de inexistencia del delito de tortura, cuando se invoquen o existan situaciones excepcionales como inestabilidad política, urgencia en las investigaciones o cualquier otra circunstancia. De igual manera, no podrá invocarse la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad como justificación; tampoco la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la comisión del delito de tortura.

Artículo Séptimo.- La autoridad jurisdiccional o ministerial, al tener conocimiento o existir razones fundadas de que existió tortura para la obtención de información o declaración del inculpado, dará vista con las actuaciones correspondientes o iniciará de oficio la averiguación según sea el caso.

Igualmente en los subsecuentes artículos se implementan: fomentar una cultura de prevención de tortura, mediante programas de capacitación a servidores públicos; incluir en las escuelas de educación superior de salud y jurídicas, las materias de deontología, derechos humanos y responsabilidad en el ejercicio profesional; impartir en escuelas cursos interactivos sobre derechos humanos; y la difusión de las garantías individuales que toda persona tiene.

Igualmente, las instituciones encargadas de la procuración y administración de justicia, llevarán programas: vigilar la exacta observancia de las garantías individuales de las personas involucradas en hechos constitutivos de delito o falta sancionable; Evaluar las afecciones que se producen como parte del síndrome de stress postraumático en casos de tortura (párrafo segundo del artículo 9º); expedir de manera inmediata y gratuita copia certificada del examen médico; y garantizar la plena identificación de los servidores públicos; capacitación del personal encargado de custodia de personas privadas de libertad; el reconocimiento del médico correspondiente en un plazo de 24 hrs., a partir del momento de la solicitud.

La ley prevé las sanciones siguientes: el artículo 13 de la Ley señala: “A quien cometa el delito de Tortura se aplicara prisión de cuatro a catorce años y multa de cincuenta a quinientos días de salario mínimo vigente en la zona e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública hasta por el doble del tiempo de la sanción privativa de la libertad impuesta, independientemente de las sanciones que se le impongan de resultar otros delitos.

Se aplicaran las mismas penas al tercero que, instigado o autorizado, explicita o implícitamente por un servidor público, realice actos de tortura.

Artículo 14.- El servidor público que en el ejercicio de sus funciones conozca de un hecho de tortura, estará obligado a denunciarlo de inmediato, si no lo hiciera, se impondrá de tres meses a tres años de prisión, y multa de treinta a noventa días salario mínimo vigente, así como la inhabilitación por un término no menor de seis ni mayor de doce meses para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión pública, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes.

El artículo 15.- El responsable de alguno de los delitos previstos en esta ley estará obligado a cubrir los gastos de asesoría legal, médicos, funerarios, de rehabilitación o de cualquier otra índole, que haya erogado la víctima o sus familiares, como consecuencia del delito. Asimismo, estará obligado a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos, en los casos siguientes: I.- Pérdida de la vida, órgano o algún miembro de su cuerpo; II.- Alteración de la salud física y/o mental; III.- Pérdida de la libertad; IV.- Pérdida de ingresos económicos; v.- Incapacidad laboral; VI.- Pérdida o el daño a la propiedad, y VII.- Menoscabo de la reputación. Para fijar los montos correspondientes. El juez tomara en cuenta la magnitud de los daños causados.

Artículo 16.- El Estado y los municipios estarán obligados subsidiariamente a la reparación de los daños y perjuicios, cuando el delito lo cometa un servidor público de su adscripción, en ejercicio de sus funciones.

Artículo 17.- En todo lo no previsto por esta ley, serán aplicables supletoriamente las disposiciones en los Códigos Penal, y de Procedimientos Penales vigentes en el Estado de Tlaxcala.

5.5 LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE VERACRUZ.

En la Gaceta Oficial, Órgano del Gobierno del Estado de Veracruz, el día 17 de Abril del año 1999, fue publicada la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de Veracruz. En los términos de su artículo primero transitorio, dicho ordenamiento entró en vigor quince días después de su publicación en la Gaceta, esta ley contiene 14 artículos (11 artículos en el cuerpo de la ley y tres transitorios).

El Objeto de la ley es la prevención y sanción de la tortura. Se aplicara en el Estado de Veracruz, en materia de fuero común.

Igualmente en el artículo segundo se implementa: que los órganos de la administración pública del Estado y de sus municipios relacionados con la procuración de justicia y la seguridad pública, llevaran un programa permanente para: I.- La orientación y asistencia a la población con la finalidad de observancia exacta de las garantías individuales de aquellas personas involucradas en la comisión de algún ilícito. II.- La organización de cursos de capacitación de su personal que conozca y fomente el respeto a los Derechos Humanos, primordialmente los relativos a la vida, la libertad y la seguridad de las personas. El seguimiento y aprobación de estos cursos son requisitos que deben cumplir previamente quienes pretenden ingresar a cualquiera de los cuerpos policíacos. III.- La profesionalización de los cuerpos policiales, y IV.- La profesionalización de los servidores públicos que participen en la custodia y tratamiento de toda persona sometida a aprehensión, arresto o prisión.

El artículo tercero señala que: “comete el delito de tortura, el que inflija dolosamente a cualquier persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o síquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Artículo Cuarto.- Son responsables del delito de tortura: a) Los miembros del Ministerio Público, Policía Judicial y los de cualquier otra corporación policíaca del Estado o de sus Municipios; b) Los servidores públicos que ordenen, instiguen, compelan o induzcan a su comisión, la cometan directamente o pudiendo impedirla no lo hagan, y c) los terceros

instigados o autorizados implícita o explícitamente por alguno de los servidores públicos señalados en los incisos anteriores.

La ley prevé las sanciones siguientes: el artículo 5° de la Ley señala: “A quien cometa el delito de Tortura se aplicaran de dos a doce años de prisión y multa de doscientos a quinientos días de salario mínimo vigente en la zona económica en la época de comisión del ilícito.

Atendiendo a la naturaleza del caso, también podrá imponerse la inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión públicos, en los términos prevenidos en el Código Penal.

Para todos los efectos legales se califica como grave el delito de tortura a que se refieren los artículos 3° y 5° de esta Ley.

Artículo Sexto.- No se considerará como tortura las molestias o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de las sanciones legales o derivadas de un acto legítimo de autoridad.

El artículo Séptimo.- No son causas de justificación ni circunstancias atenuantes de las penas que se invoquen o existan situaciones excepcionales, como inestabilidad política, urgencia en la investigación, haber recibido la orden para aplicar la tortura de un superior jerárquico o de otra autoridad ni circunstancia alguna de naturaleza similar.

Artículo Octavo.- En el momento que lo solicite cualquier detenido o reo deberá ser reconocido por perito médico.

Artículo Noveno.- El responsable del delito previsto en esta ley estará obligado a cubrir los gastos de asesoría legal, atención médica, hospitalarios, funerarios, de rehabilitación o cualquiera otra índole erogados por la víctima, sus familiares o terceros, como consecuencia del delito.

Asimismo, estará obligado a reparar el daño y a indemnizar por los perjuicios causados a la víctima o a sus dependientes económicos en los siguientes casos: I.- Pérdida de la vida; II.- Alteración de la salud; III.- Pérdida de ingresos económicos; IV.- Pérdida de la libertad; V.- Incapacidad Laboral; VI.- pérdida o daño a la propiedad, y VII.- Menoscabo en la reputación.

El Estado y los Municipios estarán obligados a la reparación de los daños y perjuicios, en los términos de los artículos 1860 y 1861 del Código Civil del Estado.

Para fijar los montos correspondientes el juez tomará en cuenta la magnitud del daño causado.

Artículo Décimo.- El servidor público que en ejercicio de sus funciones conozca de un hecho de tortura está obligado a denunciarlo de inmediato, si no lo hiciera, se le impondrá de uno a cuatro años de prisión y multa de treinta a trescientos días de salario, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes y atendiendo a los dispuesto en el artículo 5° de este ordenamiento.

Artículo Décimo Primero.- En todo lo no previsto por esta ley, serán aplicables supletoriamente las disposiciones en los Códigos Penal, y de Procedimientos Penales vigentes en el Estado de Veracruz.

Considero una vez el estudio anterior, que en cuanto a la legislación Nacional, este tesista tomo como marco de referencia las tres legislaciones que a su criterio son las mejores desarrolladas, la Federal y las reglamentarias de los estado de Tlaxcala y Veracruz (17 de Abril de 1999); considero que la reglamentaria del Estado de Tlaxcala, por ser la ley más recientemente creada, con diferencia de la de Nayarit del 27 de Agosto de 2005, contiene una mejor estructura legislativa, la penalidad es la mayor de todas (4 a 14 años de prisión) aún que la federal; la multa es acorde con las demás y la inhabilitación creo que falta sancionarla mayormente.

Por ultimo quiero hacer mención que la ley reglamentaria contra la tortura del Estado de Tlaxcala, contempla el uso de un Dictamen especializado, así lo incita en el párrafo segundo del artículo 2°, con lo que considero un gran avance su mención en la ley, considero que estructura mejor el tipo penal del delito, considera al tipo equiparable, al igual que la mayoría de las leyes reglamentarias nacionales, podría estructurarse mejor y mencionarse dentro del tipo la sanción a las conductas no solamente de policías preventivos estatales o municipales, Ministerios Públicos y Policías Ministeriales, sino también abarcar a empleados Penitenciarios y Judiciales, con lo que se daría un gran avance, como lo estructuran las legislaciones Española y Argentina, inclusive consideraría una inhabilitación definitiva.

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- El sujeto activo del Delito de Tortura se encuentra determinado en forma explícita en el tipo penal de la ley que se estudia, teniendo una calidad específica, la de Servidor Público, así como se desprende de su artículo 2º, estaremos en presencia entonces de él que lo lleva a cabo por sí, es decir, el que realiza la conducta típica. De igual manera es responsable, el que instigue, compela, autorice, ordene o consienta dicha conducta.

Aunado a lo anterior, el artículo 4º de la ley describe la conducta del Servidor Público encargado de la prevención e investigación de los Delitos, que tenga conocimiento de un hecho de tortura y no lo denuncie para lo cual la penalidad es menor.

SEGUNDA.- Dentro de la Conducta descrita en el tipo Penal del Artículo 2º se establece que será igualmente responsable en la comisión del delito el sujeto ajeno a la calidad de servidor público que con su conducta lleve a cabo los presupuestos del tipo al señalar: "...así como quienes participen en la comisión del delito". La responsabilidad penal por su intervención en el hecho puede ser como Autor o Partícipe (Artículo 11º del Código Penal), es decir, únicamente cuando interviene en su comisión, y no cuando tiene conocimiento de ella y no lo denuncie. Por que entonces hablaríamos de la Comisión del Delito de encubrimiento (Art. 149 fracc. II y III del Código Penal vigente en el Estado de México).

TERCERA.- Podemos señalar un sin número de bienes jurídicos tutelados por el Delito de Tortura, sin embargo, las más importantes son: "La Legitimidad y la Legalidad del Ejercicio del Poder Público; la Dignidad Humana; La Seguridad de que la Persecución de los Delitos se lleve a cabo sin que se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas; La Libertad de manifestarse; el Derecho del inculpado a la Defensa; los Principios del Sistema Procedimental acusatorio; La Seguridad de que hayan quedado proscritas de iure y de facto las penas crueles, inhumanas y degradantes; el libre desarrollo de la personalidad."

CUARTA.- Para encuadrar la tipicidad del Delito de tortura se requiere de una conducta consiente y voluntaria que puede consistir en una acción o comisión por omisión, ya que el Delito de Tortura es eminentemente doloso o intencional.

QUINTA.- Igualmente podemos decir, que el Delito de tortura puede ser instantáneo, continuo o continuado, pues puede cometerse con un solo acto, prolongarse en el tiempo su realización o bien cometerse en varias ocasiones.

SEXTA.- El Delito de Tortura es un tipo básico o fundamental de formulación libre y de resultado. Es básico o fundamental porque tiene vida por sí solo, es de formulación libre, porque para su realización basta infligir al inculpado golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, privar de alimentos o agua por cualquier forma y es de resultado porque, debe de causarse un daño físico o psíquico al infligirse esos golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, al privar de alimentos o agua por cualquier forma al sujeto pasivo.

SEPTIMA.- Al infligir el sujeto activo al pasivo (inculpado) golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor, sufrimiento físico o psíquico, lo prive de alimentos o agua por cualquier forma, para con ese fin obtener del mismo o de un tercero, su confesión, información u omisión de un hecho o cualquier otra conducta que dañe al pasivo o a un tercero, estos deben ser capaces de vencer la resistencia física y psíquica, causándole un daño o un temor fundado al ser humano, hacia la obtención de los objetivos señalados en el propio artículo 2º de la Ley a estudio.

OCTAVA.- El Delito de Tortura, no admite ninguna causa excluyente del Delito y de la Responsabilidad Penal (Causas de Justificación).

NOVENA.- Puede presentarse concurso Ideal entre la Tortura, el Robo y la Extorsión, no así con el abuso de autoridad, en virtud de que con este delito se puede presentar un Concurso aparente de Normas, en el que el Abuso de autoridad es absorbido (mediante el principio de concusión) por la tortura, por ser aquel el medio comisivo de esta, lo anterior, siempre y cuando la calidad específica del sujeto pasivo lo sea el de “inculpado”

DECIMA.- Así mismo, se puede señalar que el Delito de Tortura con el tipo de Abuso de Autoridad y la Extorsión, son tipos penales diferentes, en virtud de que su comisión tiene finalidades diferentes.

DECIMA PRIMERA.- Dado que la Declaración ante el Ministerio Público, solo tiene validez si se hallan presentes el Defensor o la Persona de su Confianza del inculpado, hay que prever el caso de

que este carezca de Defensor y no desee por otra parte la concurrencia de Persona de su Confianza o no cuente con ella. En este caso, el Ministerio Público esta facultado para designar un Defensor de Oficio, que en mi Opinión debiera existir una Oficina de la Defensoría de Oficio (Verdadero Profesional del Derecho y contrapeso de la Representación Social), en cada Turno o Mesa de trámite, donde se actué y encuentren inculpados; sin embargo, no existen y deja en estado de indefensión al inculpado, en manos del Ministerio Público, para que actué a su arbitrio, y por ello puedan provocarse casos de Tortura.

DECIMA SEGUNDA.- Deben ser creadas por parte del Gobierno Estatal, a través del Instituto de Defensoría Pública del Estado de México, Oficinas de Turno de Defensores de Oficio, en todas y cada una de las Agencias del Ministerio Público del Estado, las veinticuatro horas, para que, asistan a los inculpados, indiciados o Probables Responsables, que se encuentren detenidos a disposición de este por la comisión de un Delito. Así se evitaría, que el personal actuante del Ministerio Público, al integrar la averiguación previa correspondiente, siga violando los Derechos Humanos de los antes citados, por carecer de un Abogado Defensor (Especialista en la materia de derecho Penal); como lo es, el Defensor de Oficio.

DECIMA TERCERA.- Insisto en que, aún cuando se crearan leyes especiales sobre conductas atentatorias a los Derechos Humanos del inculpado; si no existe un Manual correspondiente, que el Ministerio Público, lo siguiera al pie de la letra, durante la etapa de Averiguación Previa, este tipo de abusos se seguirán dando una y otra vez, por lo que, desde mi punto de vista, Se debe crear un “Manual de Procedimiento Penal en la Averiguación Previa, que debe seguir el Ministerio Público, en caso de actuar y tener trato con Inculpados, Indiciados o Probables Responsables de un Delito, que se encuentren detenidos y a su disposición”, evitando con ello abusos, y respetando las leyes a los derechos Humanos.

DECIMA CUARTA.- Igualmente dentro del citado manual del punto anterior, lo que deberá contener, es el Procedimiento a seguir, cuando una persona se encuentra privada de su Libertad y a disposición del Ministerio Público, y es acusada de la Comisión de un Delito, es decir, es Inculpado, iniciando con las Disposiciones Constitucionales, Los Tratados Internacionales con plena vigencia en nuestro país, la ley local adjetiva sobre procedimiento, y relacionada con el trato a los inculpados, indiciados o probables responsables en averiguación previa, de lo que, mucho del personal actuante del Ministerio Público ignora, a fin de no caer en la práctica del Delito de Tortura.

DECIMA QUINTA.- Propongo la creación en el Estado de México, de un Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de tortura, como el utilizado en la Procuraduría General de la República, las Condiciones están dadas, solo se requiere de voluntad política y una verdadera política criminal de las Autoridades correspondientes de esta localidad.

DECIMA SEXTA.- Con la creación del citado Dictamen Médico-Psicológico-Especializado para posibles casos de Tortura, aplicado por el Ministerio Público, se puede comprobar fehacientemente el cuerpo del delito del ilícito de tortura, y la probable responsabilidad penal del sujeto Activo, es una herramienta científica-técnica, que ahorraría muchísimas horas-tiempo-hombre, con el consecuente ahorro al erario público, en la investigación del delito de tortura y sobre todo acabaría con la impunidad en la comisión de este delito

DECIMA SEPTIMA.- Propongo la abrogación de la Ley a estudio denominada “Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México”, para la creación de una nueva ley acorde a los tiempos modernos, así como a la nueva delincuencia, con técnicas actuales de política criminal, así como la elaboración del correspondiente reglamento a la ley, lo anterior, se propone como resultado de un estudio de comparación entre diferentes disposiciones contra la Tortura.

DECIMA OCTAVA.- Una vez lo señalado en el punto anterior, a propuesta de este tesista, al considerar que la ley a estudio, debe ser abrogada y crear una nueva, esta, deberá ser con una estructura semejante a la Ley Reglamentaria contra la Tortura vigente en el Estado de Tlaxcala, toda vez, que me parece que la misma tiene una mejor estructura legislativa, primeramente por que es ley más recientemente creada de todas las reglamentarias en la materia, fue en el año 2003, más acorde a esta época (que abrogaba la de 1985); y no como la ley en estudio de creación en el año 1994; En segundo lugar, considero que la estructura de la misma también me parece correcta, para una mejor comprensión de sus diversos capítulos; Además, de la penalidad impuesta, que es la mayor de todas las leyes; El tipo penal del delito de Tortura señalado en su artículo segundo me parece mejor redactado que los de las otras leyes, claro que eso no es óbice para realizarle algunas modificaciones al mismo, tal vez, omitiendo en el tipo penal la calidad de “Dolores, sufrimientos u Otros daños GRAVES”, por tener que acreditar en caso de comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal esa calidad de “grave”, misma que en nuestra ley a estudio, no fue requerida y que me parece un acierto legislativo; A todo lo anterior, no puedo dejar a un lado las diversas aportaciones de las leyes

reglamentarias correspondientes, para enriquecer la ley de creación. Que en términos generales, estaría bien estructurada, acorde a los tiempos actuales, a la delincuencia moderna, con penas adecuadas, así como su redacción sería más actual, más acorde a una Política Criminal Moderna, sin requisitos en el tipo de circunstancias como las que ya fueron señaladas anteriormente.

DECIMA NOVENA.- No solo es importante la creación de una nueva ley por parte del Legislador del Estado de México, esto va más allá de él, ya que aún y cuando se tiene el loable propósito de tipificar el delito y sancionarlo con las penas correspondientes (elaborar una nueva Ley acorde a los tiempos actuales, a la Delincuencia Moderna); también lo es que, para su aplicación, no basta que se contenga en letra impresa y muerta, si no se lleva a cabo la investigación de dichas conductas y se lleva a buen término todos y cada uno de los casos denunciados. Por ello, la capacitación de los servidores públicos que tienen trato con indiciados, inculcados o probables responsables de Delito, es sumamente importante, además de que los mismos, deben entender la responsabilidad y obligación de llevar a cabo todas y cada una de las disposiciones correspondientes garantes de los derechos humanos, por lo que, atinadamente el artículo 12° de la citada Ley a estudio lo señala: “Los Órganos dependientes del Ejecutivo Estatal relacionados con la procuración de justicia”, agregaría, “los Órganos de impartición de justicia (por los casos que pudieran originarse en el curso de un juicio penal) y la custodia y tratamiento de toda persona sometida a prisión” (fracción IV); por lo que, estaríamos hablando de Servidores Públicos, como los siguientes: “Policías Estatales y municipales en su caso (Prevención), Agentes Ministeriales, Elementos de la Policía Ministerial, Peritos-Médicos Legistas (Procuración), Jueces, Secretarios y personal en activo de Juzgado Penal (Impartición), Custodios de los Centros de Readaptación Social (Extinción de Penas)” Y todos aquellos que tengan relación con una persona privada de su Libertad. De ahí que se llevaría a buen término la aplicación de la ley.

VIGESIMA.- No es con el endurecimiento de las penas, o los castigos más severos, como se terminara con la impunidad, tanto de los servidores públicos encargados de la prevención y procuración de justicia, sino con la simple aplicación de la ley, es decir, la aplicación de todas y cada una de las disposiciones legales al caso concreto.

VIGESIMA PRIMERA.- En cuanto al capítulo de Derecho comparado, el Derecho Español, señala que en el plano material es el Bien Jurídico protegido y, en definitiva, “El brutal ataque que los actos de tortura suponen contra los derechos humanos más elementales de personas especialmente

afectadas de indefensión frente a los representantes del Estado” lo que fundamenta el rasgo inequívoco y rotundo de esa prohibición. El carácter de esta prohibición la erige en una auténtica “Garantía Constitucional”, de primer orden, en cuanto limite, barrera, valladar infranqueable por la autoridad y, en general, por la intervención de los poderes público y sus agentes, de aquí que, sin duda alguna, en el Derecho Español, el lugar apropiado para su tipificación señala es la Sección Segunda del Código Penal vigente.

VIGESIMA SEGUNDA.- En el Derecho Español falta un verdadero “Delito de Tortura” – tipo autónomo, independiente, destinado a agotar con plena sustantividad lo injusto característico de esta especial forma de abuso de poder – y considere al art. 204 Bis (por lo menos, a sus tres primeros párrafos) una mera amalgama de tipos cualificados dirigidos a agravar la responsabilidad de los funcionarios públicos por la realización de actos prohibidos y próximos a la tortura (y demás tratos inhumanos o degradantes) o subsumibles en estos conceptos, en ningún caso objeto de plena tutela por aquellos tipos penales.

Castigando las conductas con pena superior en grado a la señalada al delito cometido (Homicidio, Aborto violento, lesiones, violación, abusos deshonestos o amenazas o coacciones) sin que en ningún caso la sanción pueda ser inferior a la pena de prisión mayor. Estableciendo una inhabilitación especial o absoluta.

Además, esta ley toma en cuenta la responsabilidad de funcionarios Penitenciarios y Judiciales.

VIGESIMA TERCERA.- El artículo 204 Bis III protege “Las garantías Básicas” indisolublemente unidas a la humanidad y dignidad, reconocidas por la Constitución a todos los Ciudadanos y que encuentran una especial protección en el caso de privados de libertad por el mayor riesgo que para aquellos se deriva de la situación penitenciaria, especialmente propicia al abuso del poder estatal por la particular tensión que en ella se vive y la especial penetración y agudeza de la relación de sujeción en la que ahí se encuentra el ciudadano.

VIGESIMA CUARTA.- El Derecho Español (Artículo 204 Bis), distingue por a la tortura, de la siguiente manera: 1.- Cometidas en el curso de una investigación: a) Graves (párrafo I); b) Menos Graves (párrafo II). 2.- Realizadas en el ámbito penitenciario (párrafo III). Procedimientos compulsivos

(párrafo IV); III.- Tolerancia de la tortura (párrafo V). Lo que muchos llamarían “Un Delito de Comisión por Omisión”.

VIGESIMA QUINTA.- El Derecho Argentino sustituyo al artículo 144 ter por el 144 Tercero t agrega los artículos 144 Cuarto y Quinto. El Primero de ellos se contempla el Delito de imposición de Tormentos: la Figura básica, en el inciso I, y las figuras agravadas, en el inciso 2. El artículo 144 Cuarto, prevé diversas omisiones funcionales punibles relacionadas con el Delito descrito en el artículo anterior y penalidades especiales en los incisos 2 y 4 y en el artículo 144 quinto reprime una negligencia funcional.

VIGESIMA SEXTA.- Distingue “Tormento” y “Tortura”. “Tormento”, no es, sin embargo, todo dolor físico, sin importar su intensidad. Desde que lo considera Tortura y a está Siempre se le concibió como un padecimiento de cierta magnitud, se ajusta a definiciones según las cuales el Dolor que configura el tormento debe ser “intenso” o “violento” o “grande”. Define la “Tortura” como la imposición de “Tormentos Físicos” o de “Sufrimientos Psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente”. Por lo cual considera comprendidos tanto a los padecimientos del cuerpo como a los del alma.

VIGESIMA SEPTIMA.- Establece penalidad el artículo 144 tercero inciso 1 de reclusión o prisión de 8 a 25 años e inhabilitación absoluta y perpetua al funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privados de su libertad, cualquier clase de tortura es indiferente que la victima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario público, bastando que éste tenga sobre aquélla poder de hecho. “Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos”.

VIGESIMA OCTAVA.- Si Pueden ser sujetos Activos de Delito, tanto un Funcionario Público, como un particular, siempre que tengan un poder de hecho sobre la victima. La actual ley argentina no exige que el autor del Delito fuese funcionario que guardaba a la victima privada de la Libertad. Por tanto, puede ser autor cualquier persona que “participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, participación que se da siempre que su repetición y regularidad applicativa pasen los limites de un maltrato físico u ocasional por violento que sea. La alternativa B, contempla en el artículo 3º de la Convención Interamericana para prevenir y Sancionar la Tortura, no

contiene aquella limitación y reputa autores del Delito de Tortura a cuantos “lo ordenen, instiguen o induzcan a su comisión, lo cometan directamente o sean cómplices”.

VIGESIMA NOVENA.- La Ley argentina contempla un agravante, en el inciso 2 del artículo 144 tercero, la Tortura se agrava si con motivo u ocasión de ella resultare la muerte de la persona torturada e igualmente se grava, pero con pena menor de la misma especie, si se causare alguna de las lesiones gravísimas.

TRIGESIMA.- A consideración de este tesista, se encuentra mejor estructurada la legislación Argentina, e inclusive la mexicana, en la conformación de leyes reglamentarias o tipos autónomos para sancionar el delito de tortura y no así la legislación española, que hace remisiones a diversos tipos de los delitos causados con motivo de la imposición de la tortura (diferentes resultados), variando las penas aplicables al o los sujetos activos, y no señalando un tipo autónomo que contenga la conducta delictiva del sujeto pasivo, así como la penalidad independiente.

TRIGESIMA PRIMERA.- En cuanto a la legislación Nacional, este tesista tomo como marco de referencia las tres legislaciones que a su criterio son las mejores desarrolladas, la Federal y las reglamentarias de los estado de Tlaxcala y Veracruz (17 de Abril de 1999); considero que la reglamentaria del Estado de Tlaxcala, por ser la ley más recientemente creada, con diferencia de la de Nayarit del 27 de Agosto de 2005, contiene una mejor estructura legislativa, la penalidad es la mayor de todas (4 a 14 años de prisión) aún que la federal; la multa es acorde con las demás y la inhabilitación creo que falta sancionarla mayormente.

TRIGESIMA SEGUNDA.- Igualmente la reglamentaria contra la tortura del Estado de Tlaxcala, contempla el uso de un Dictamen especializado, así lo incita en el párrafo segundo del artículo 2º, con lo que considero un gran avance su mención en la ley, considero que estructura mejor el tipo penal del delito, considera al tipo equiparable, al igual que la mayoría de las leyes reglamentarias nacionales, podría estructurarse mejor y mencionarse dentro del tipo la sanción a las conductas no solamente de policías preventivos estatales o municipales, Ministerios Públicos y Policías Ministeriales, sino también abarcar a empleados Penitenciarios y Judiciales, con lo que se daría un gran avance, como lo estructuran las legislaciones Española y Argentina, inclusive consideraría una inhabilitación definitiva.

BIBLIOGRAFIA

- **BECCARIA CESARE.**
“Tratado de los Delitos y de las Penas”, Edición Actualizada, Editorial Porrúa, S.A., 16ª Edición, México, 2006.
- **BERNALDO DE QUIROZ CONSTANCIO.**
“La Picota en América”, Editorial Jesús Montero, Cuba, 1948.
- **BURGOA ORIHUELA IGNACIO.**
“Las Garantías Individuales”, Editorial Porrúa, México, 2005..
- **CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, CARRANCA Y RIVAS RAUL**
“Derecho Penal Mexicano”, Editorial Porrúa, S.A., Parte General, 22ª Edición, México, 2004.
- **CARRILLO PRIETO IGNACIO.**
“Arcara Imperio, Apuntes sobre la Tortura”, Editorial Inacipe, 2a Edición, México, 2002.
- **CASTELLANOS TENA FERNANDO.**
“Lineamientos Elementales del Derecho Penal”, Editorial Porrúa, Parte General, 47ª Edición, México, 2007.
- **CASTRO Y CASTRO JUVENTINO V.**
“Garantías y Amparo”, Editorial Porrúa, 13ª Edición, México, 2006.
- **DE LA BARREDA SOLORZANO LUIS.**
“La Lid Contra la Tortura”, Editorial Cal y Arena, México, 1995.
- **DE LA CUESTA ARZAMENDI JOSE L.**
“El Delito de Tortura”, Editorial Bosch, Barcelona, España, 1990.
- **DEL PONT K. LUIS MARCO.**
“Derecho Penitenciario”, Editorial Cárdenas, México, 2002.
- **DELGADILLO GUTIERREZ LUIS HUMBERTO.**
“El Sistema de Responsabilidades de los Servidores Públicos”, 3a Edición, Editorial Porrúa, 1999.
- **FELIX REINALDI VICTOR.**
“El Delito de Tortura”, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1986.
- **GARCIA RAMIREZ SERGIO.**
“Proceso Penal y Derechos Humanos”, Editorial Porrúa, S.A., 3a Edición, México, 1998.

- **GOMEZ PEREZ MARA.**
“La Protección Internacional de los Derechos Humanos y la Soberanía Nacional”, Breviarios Jurídicos, Comentario de Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Editorial Porrúa, S.A., México, 2003.
- **GONZALEZ -SALAS CAMPOS RAUL.**
“La Teoría del Bien Jurídico e el Derecho Penal”, Editorial Pereznieto Editores México, 1995.
- **GRAN BIBLIA DE JERUSALEN ILUSTRADO, ANTIGUO Y NUEVO TESTAMENTO.** Coordinadora de Edición Maya Ramos Smith, 9ª Edición, Volumen I, Promociones Editoriales Mexicanas, S.A. de C.V., México. 1980.
- **LOPEZ BETANCOURT EDUARDO.**
“Teoría del Delito”, Editorial Porrúa, 13ª Edición, México, 2006.
- **MADRAZO CUELLAR JORGE.**
“Derechos Humanos, el Nuevo Enfoque Mexicano”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- **MARQUEZ PIÑEIRO RAFAEL.**
“Derecho Penal, Parte General”, Editorial Trillas, 4ª Edición, México, 2006.
- **MOMMSEN TEODORO.**
“El Derecho Penal Romano”, Editorial Temis, 2ª Edición, 1999.
- **MORENO M. MANUEL.**
“La Organización Política y Social de los Aztecas”, Editorial Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 1962.
- **MORINEAU IDUARTE MARTA Y ROMAN IGLESIAS GONZALEZ.**
“Derecho Romano”, Editorial Harla Oxford S.A. 4ª Edición, México 2007.
- **NOEMI QUEZADA, MARTHA EUGENIA RODRIGUEZ y MARCELA SUAREZ.**
“Inquisición Novo hispana”, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000.
- **ORELLANA WIARCO OCTAVIO ALBERTO.**
“Teoría del Delito, Sistemas Causalista, Finalista y Funcional”, Editorial Porrúa, S.A. 15ª Edición, México, 2005.
- **QUINTANA ROLDAN CARLOS F. y NORMA D. SABIDO PENICHE.**
“Derechos Humanos”, Editorial Porrúa, S.A., México, 1998.

- **RIVERA SILVA Y SILVA MANUEL.**
“El Derecho Penal”, Editorial Harla, 2a Edición, México, 1995.
- **ROCCATI VELAZQUEZ, MIRELLE DRA.**
“Legislación de Derechos Humanos para el Estado de México”, Gaceta de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, editorial CDHEM, 1ª Reimpresión, Toluca, México 1994.
- **SANCHEZ Y SANCHEZ GERARDO.**
“Panorámica Legislativa del Estado de México 1824-1993”, Editorial IAPEM, Toluca, México, Biblioteca del Poder Legislativo “Dr. José María Luís Mora”, 1993.
- **SILVA SILVA JORGE ALBERTO.**
“Derecho Procesal Penal”, Editorial Harla, 2a Edición, España, 1995.
- **SUERIO DANIEL.**
“El Arte de Matar”, Editorial Alfaguara, España, 1968.
- **TENA RAMIREZ FELIPE.**
“Leyes Fundamentales en México 1808-2002”, 23a Edición, Editorial Porrúa, México, 2002.
- **TENORIO TAGLE FERNANDO.**
“500 Años de Razones y Justicia, las Memorias del Ajusticiamiento”, Editorial INACIPE, México, 1992.
- **TERRAZAS CARLOS R.**
“Los Derechos Humanos y las Sanciones Penales en México”, Primera Reimpresión, Editorial Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1992.
- **TURBERVILLE STANLEY ARTHUR.**
“La Inquisición Española”, Traducción de Javier Malagón Barceló y Helena Pereña. Fondo de Cultura Económica, 20a reimpresión, México 2007.
- **VILLAREAL CORRALES LUCINDA.**
“La Cooperación Internacional en Materia Penal”, Editorial Porrúa, S.A., 2ª Edición, México, 1999.
- **ZAMORA JIMENEZ ARTURO.**
“Cuerpo del Delito y Tipo Penal”, Editorial Ángel Editor, México 2001.
- **ZAMORA-PÍERCE JESUS.**
“Garantías y Proceso Penal”, Editorial Porrúa, S.A., 13ª Edición, México, 2006.

LEYES Y CODIGOS VIGENTES CONSULTADOS:

- **CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**
Editorial Porrúa, México 2008.
- **CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**
Editorial SISTA, México 2008.
- **LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA EN EL ESTADO DE MÉXICO.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MEXICO.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **LEY DE RESPONSABILIDADES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS PARA EL ESTADO DE MEXICO Y MUNICIPIOS.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CD JURISCONSULTA (JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE LA NACION) 2008,**
Software Visual, México 2008.
- **CODIGO PENAL FEDERAL.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.
- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**
Editorial Raúl Juárez Carro Editorial, S.A. México 2008.

ARCHIVO LEGISLATIVO HISTORICO CONSULTADO:

- **CODIGO PENAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**
Tomo XII, Editorial Imprenta del Instituto Literario, dirigida por Pedro Martínez, Toluca, México, Archivo Histórico del Estado de México. 1875
- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN MATERIA CRIMINAL PARA EL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE MÉXICO.**
Tomo XII, Volumen Segundo, Editorial Imprenta del Instituto Literario, dirigida por Pedro Martínez, Toluca, México, Archivo Histórico del Estado de México. 1875.
- **CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.**
Tomo XLIII, Decreto No 62, Gaceta de Gobierno, Anexo II, Editorial Talleres Gráficos de la Escuela Industrial, Toluca, México, Archivo Histórico del Estado de México. 1936
- **CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.**
Tomo XLIV, Decreto No 62, Gaceta de Gobierno, Anexo II, Editorial Talleres Gráficos de la Escuela Industrial, Toluca, México, Archivo Histórico del Estado de México. 1937.
- **CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.**
Decreto No 15, Gaceta de Gobierno, Editorial Talleres Gráficos de la Escuela Industria, Toluca, México, Archivo Histórico del Estado de México. 1961.
- **CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.**
Editorial Porrúa, S.A. México, 1993.
- **DICTAMEN DE LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.**
Decreto No 23, Poder Legislativo, Gran Comisión de la HG. LII Legislatura del Estado de México, Editorial García San Juan Impresores, Toluca, México, 1996.
- **CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DEL FUERO COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA DEL FUERO FEDERAL,**
Editorial Porrúa, S.A., México, 1990.