

320809



UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

PLANTEL TLALPAN
ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

51
2e

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE TORTURA
EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

T E S I S
O U E P R E S E N T A :
JOSE MANUEL REYES GARCIA
PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

ASESOR DE TESIS:
LIC. CARLOS VELASCO ALQUICIRA

MEXICO, D. F.

1994

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios

*Doy Gracias por haberme
dado la oportunidad de
alcanzar una meta más
en la vida.*

A la Virgen de Guadalupe

*A quien le pedí que me alumbrara
para facilitarme el camino
que recorrí a lo largo del
desarrollo de mi trabajo.*

A mi Madre

Sra. Lucina García Vda. de Reyes

***Que con trabajo logró sacar adelante
mis estudios y le agradezco ese
esfuerzo, dedicándole mi trabajo
de tesis, el cual vivió
cerca de mí.***

A la Memoria de mi Padre

Sr. Manuel Reyes Romero

***Que en algún lugar vive conmigo
esta emoción y se sentirá
orgullosa de su hijo.***

A mi Esposa Estela

***Que me ayudó a salir adelante en los
momentos difíciles del trabajo,
escuchando y poniendo de su parte
para la terminación del trabajo;
gracias a su comprensión y
tolerancia lo cual no fue fácil
pero se logró.***

A mi Hijo Héctor Manuel

***Como un ejemplo más para su vida;
esperando que el día de mañana
pueda leer y entender estas
líneas y le dé gusto.***

A mis Hermanos

Guadalupe, Jesús, Julieta y Antonio

*Con afecto y cariño por el apoyo y la
confianza depositada en mí.*

A la Familia Gómez

Con respeto.

*Quienes siempre estuvieron al tanto
de mi trabajo; les agradezco su
tiempo y ayuda prestada
cuando estuvieron
cerca de mí.*

A mi Asesor

Lic. Carlos Velasco Alquicira

*Por la confianza que tuvo en mí
a lo largo del Seminario.
Gracias por su orientación
y apoyo brindados para
la terminación
del trabajo.*

ANALISIS JURIDICO DEL DELITO DE TORTURA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

INDICE

Página

INTRODUCCION.

Capítulo I

GENERALIDADES, CONCEPTOS Y ANTECEDENTES

1.	GENERALIDADES	2
2.	CONCEPTOS	4
2.1	Etimológico	5
2.2	Doctrinal	6
2.3	Jurídico	7
3.	ANTECEDENTES HISTORICOS	10
3.1	Derecho Griego	11
3.2	Derecho Romano	13
3.3	Derecho Germánico	17
3.4	Derecho Canónico	21

Capítulo II

ANALISIS DE LA LEGISLACION CONTRA LA TORTURA EN MEXICO

1.	PRIMERAS CONSTITUCIONES	27
2.	CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 5 DE FEBRERO DE 1917 (VIGENTE).....	33

	Página
3. PRIMEROS CODIGOS	34
4. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL 1931	37
5. ANTECEDENTES DE LA LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA	39
6. REFORMAS	41

Capítulo III

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE TORTURA

1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA	54
2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD	74
3. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION	89
4. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD	110
5. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS	121

Capítulo IV

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE TORTURA

1. ITER CRIMINIS	125
2. AUTORIA Y PARTICIPACION	132
3. CONCURSO DE DELITOS	142

CONCLUSIONES.

PROPUESTAS.

BIBLIOGRAFIA.

INTRODUCCION

Hacer el análisis del delito de tortura es el primer objetivo que nos planteamos en la investigación del tema.

Conocer lo que es tortura o qué se entiende por tortura nos abre un panorama acerca del contenido de dicho ilícito, que a lo largo de la historia se ha presentado en las diferentes esferas de la sociedad; adentrarse en ella constituye el mecanismo más adecuado para familiarizarse con el delito.

Mucho se ha escrito sobre el tema, sin embargo no puede considerarse agotado, su amplitud, complejidad, relevancia, naturaleza y finalidad no lo permiten.

Analizarlo desde el punto de vista jurídico nos da la posibilidad de estar en condiciones de proponer soluciones a la práctica de la tortura. Jurídicamente en nuestro país se ha condenado de antiguo la tortura, sin embargo sólo fue hasta el año de 1986 cuando el Congreso emitió una ley específica con el afán de proscribirla.

En el capítulo I. del presente trabajo se hace un análisis del concepto de tortura, generalidades y antecedentes históricos.

En el capítulo II. se desarrollan los antecedentes de la Legislación en contra de la tortura a partir de la Constitución de Cádiz y demás Constituciones

que han existido a lo largo de la historia sin pasar por alto la codificación al respecto; y por último en este capítulo se mencionan los antecedentes de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En cuanto al capítulo III, se hace un estudio dogmático del delito de tortura ya que en la formación jurídica es imprescindible el conocimiento de la Teoría del Delito, por ella se logra conocer la naturaleza jurídica y los aspectos que conforman el delito, éste entendido como un fenómeno, constituye para muchos no sólo la esencia del derecho penal sino en sí la de toda ciencia jurídica.

En el capítulo IV titulado Formas de Aparición del Delito, se analizan las diferentes etapas por las que pasa el delito, desde la idea en el sujeto hasta su manifestación en el mundo exterior y la posible consumación de uno o varios delitos en un mismo acto.

CAPITULO I

GENERALIDADES, CONCEPTOS Y ANTECEDENTES

1. GENERALIDADES.

La tortura está proscrita universalmente en el mundo normativo. Este es el resultado de un proceso histórico que inició con el siglo de las Luces. Se trata de uno de los fenómenos más inquietantes y persistentes de la historia de la humanidad. Esta aborrecible práctica subsiste a doscientos años del espléndido alegato de Beccaria en su contra, se recurre a ella, en sistemas políticos de muy diverso signo ideológico.

Desde la antigüedad se ha observado a la tortura como medio utilizado por la mayoría de los pueblos, todos ellos como medio para obtener la verdad sobre diversos hechos. Estos medios han variado en el transcurso del tiempo así como las técnicas. En un principio se aplicó como castigo a la herejía, en donde se hacía perecer a las víctimas, sin distinción de adultos y niños; también fue una forma para obtener la confesión del acusado.

Un sinnúmero de juristas e historiadores la han definido llegando a similares conclusiones. La mayoría de ellos coinciden al tratar como indagación de la verdad. La tortura empezó como incidencia legal de carácter público, sea como un procedimiento judicial o como una práctica de funcionarios del Estado fuera del ámbito judicial.

Su conceptualización más amplia y segura es de carácter público. En el pasado se consideró como una brutalidad ética o racial o bien como una secularización de teorías eclesiásticas de la coerción; ya en el siglo XX aparece

en otros ámbitos de la autoridad estatal menos regulados que los procedimientos legales, pero no menos esenciales para la idea del orden del Estado. La historia de la tortura acepta la idea que aparece en ciclos de legalidad y abolición, por lo que presupone la existencia de ella como algo que tiene una historia natural y por ende una descripción de esos ciclos.

Es pues, un fenómeno casi omnipresente. Según el informe que en 1984 rindió Amnistía Internacional, la tortura se practica en alrededor de un centenar de países. El nuestro, por desgracia no está fuera de esa lista, a pesar de que jurídicamente aquí se condena y se prohíbe la tortura desde que somos una nación independiente y de que además de su proscripción absoluta contenida en la Constitución Política Mexicana se cuenta con una ley cuyo objetivo específico es prevenir y sancionar ese delito.

La tortura es un fenómeno complejo y multifacético que por ello no se puede atacar exitosamente por uno solo de sus flancos. Intervienen en su permanencia factores jurídicos, estructurales, de corrupción, de falta de preparación, económicos, psicológicos y morales. Afrontar en serio el problema implica atacar todos, absolutamente todos los factores que permiten su persistencia, jurídicamente no obstante la inequívoca garantía constitucional del inculpado que tiene el derecho a no ser compelido a declarar en su contra, los códigos de procedimientos penales del país, casi en su totalidad, suelen darle pleno poder probatorio a la declaración rendida ante la policía judicial, la que en la práctica se realiza sin la presencia del defensor.

Aunque se pudiera demostrar que la tortura es eficaz en algunos casos, nunca podrá aceptarse como permisible. La tortura, independientemente del fin que se persiga con ella, es una agresión a la dignidad humana y ya por esa única razón merece una condena absoluta.

2. CONCEPTOS

El primer problema que se plantea, al referirnos a la tortura, es el de la utilización de diversos vocablos para designar las actividades que en la vida ordinaria, constituyen el contenido de dicha expresión. Así, hablamos de Suplicio, de Tormento y de Tortura.

Consideramos de lógica elemental establecer la debida precisión significacional de estos términos. Es así como la Real Academia Española define a cada uno con su propia especificidad.

SUPLICIO. "(Del Latfn Suplicium, súplica, ofrenda, tormento). Lesión corporal o muerte infligida como castigo. 1 Fig. Lugar donde el reo padece este castigo. 2. Grave tormento o dolor físico o moral último suplicio, pena capital".

TORMENTO. "(Del Latfn Tormentum) 2. Angustia o dolor físico. 3. dolor corporal que se aplicaba al reo contra el cual había prueba semiplena o indicios para obligarlo a confesar o declarar".

TORTURA. "(Del Latín Tortura) F. Desviación de lo recto, oblicuidad, inclinación. 2. acción de torturar o atormentar. 3. cuestión de tormento. 4. dolor, angustia, pena o aflicción grandes".

En los tres términos antes mencionados, tenemos una constante: infligir un sufrimiento a un ser humano; eso sí con matices que marcan ciertas diferencias, pero sin establecer unas fronteras tajantes. Sin embargo, la noción de tortura adquiere rango social cuando se le ubica en los contextos de las diversas etapas históricas.

Siguiendo con la conceptualización definiremos a la tortura en su aspecto Etimológico, Doctrinal y Jurídico:

2.1 ETIMOLOGICO

En el Diccionario Enciclopédico del Reader's Digest: "El tormento (del Latín tormentum) es la acción y efecto de atormentarse. Angustia o dolor físico. Dolor corporal que se causaba a una persona por castigo o para obligarlo a confesar o delatar. Se practicó en Roma y Grecia antiguos (por lo regular a los esclavos), y también a los salvajes, pero no a los hindúes, ni judíos". (1)

(1) Gran Diccionario Enciclopédico Ilustrado, T. 8, Selecciones del Reader's Digest, S.A. de C.V., 1972, Pág. 46.

Tortura proviene del Latín *tortura* que significa "desviación de lo recto, oblicuidad, inclinación, curvatura". (2)

2.2 DOCTRINAL

Para el autor Alvaro M. Martínez: "La tortura consiste en un delito vergonzoso del Estado perpetrado por medio de policías criminales que tratan de no dejar rastro en el cuerpo de sus víctimas, en la antigüedad fue aquella una importante institución que los viejos autores definían como el tormento que se aplicaba al cuerpo con el fin de averiguar la verdad". (3)

Para Rafael de Pina: "El tormento es la violencia física o moral ejercida sobre una persona para obligarla a declarar lo que de manera espontánea no estaría dispuesta a manifestar". (4)

Hay una definición un poco más elaborada de un historiador del Derecho del Siglo XX, John Heath: "Tortura es la imposición de un sufrimiento corporal o la amenaza de infligirlo inmediatamente, cuando tal imposición o amenaza se dirige a obtener, o es inherente a los medios empleados para obtener

(2) PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas. Editorial Porrúa, México, 1981, Pág. 295.

(3) Enciclopedia Jurídica Omeba. T. 26, Editorial Driskill, S.A., Buenos Aires, 1981, Pág. 233.

(4) PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de. Diccionario de Derecho. 10a. Edición, 1985, Editorial Porrúa, S.A., Pág. 466.

información o pruebas forenses, y el motivo es de índole militar, civil o eclesiástico". (5)

2.3 JURIDICO

Nuestra Ley Suprema señala en el Art. 22: "La prohibición de penas de mutilación, infamia, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales". (6)

El Art. I. de la Declaración contra la Tortura adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975 dice así: "Para los fines de esta Declaración, tortura significa todo acto por el cual se inflige intencionalmente un intenso dolor o sufrimiento, físico o mental, por, o a instigación de, un funcionario público, a una persona para fines tales como obtener de ella o de una tercera persona una información o confesión, castigarla por un acto que ha cometido o intimidarla, a ella o a otras personas. No incluye el dolor o sufrimiento proveniente sólo de, inherente a, o propio de, sanciones legítimas en la medida compatible con las reglas Míminas Legales para el "Tratamiento de Presos". (7)

(5) PETERS, Edward. La Tortura. Editorial Alianza, S.A., Madrid, 1987. Págs. 13-14.

(6) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial PAC, S.A. de C.V., 1993.

(7) PETERS, Edward. Op.cit., Pág. 13.

La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, define a la tortura en su artículo 1o. de la siguiente manera: "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, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de 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, o que sean inherentes o incidentales a éstas". (8)

La Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, adoptada el 9 de diciembre de 1985, va más allá en la definición de esta figura que la Convención que para los mismos efectos realizó la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1984, pues mientras esta última hace consistir la tortura únicamente en dolores o sufrimientos físicos o mentales, la Convención Interamericana en su artículo segundo establece: "Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental,

(8) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 1987.

aunque no se cause dolor físico o angustia psíquica". (9)

En el año de 1986, mediante decreto del entonces presidente de la República Lic. Miguel de la Madrid Hurtado, se promulga en México la primera Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, misma que define al delito en cuestión en su artículo primero, en los siguientes términos: "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 coaccione 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.

No se considerarán torturas las penalidades o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas". (10)

Más tarde, el 27 de enero de 1991, se publica en el Diario Oficial de la Federación, una nueva Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, abrogándose consecuentemente la de mayo de 1986, y en la que se define al ilícito que nos ocupa en el artículo 3o. de la siguiente manera: "Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones inflija a una

(9) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de febrero de 1987.

(10) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1986.

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.

No se considerarán 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". (11)

3. ANTECEDENTES HISTORICOS

En el Siglo IV antes de Cristo, encontramos ya referencias. En el capítulo IV de su Retórica, Aristóteles ofrece una lista de cinco pruebas "extrínsecas" utilizables en un proceso legal: las leyes, los testigos, las costumbres, la tortura y el juramento. A la tortura (basanos) sólo podían ser sometidos los esclavos y, en ciertas circunstancias, los extranjeros. Aunque muchas sociedades antiguas experimentaron la transición de sistemas jurídicos primitivos y domésticos a otros más complejos y públicos, no todos ellos llegaron a usar la tortura de modo tan distintivo como los griegos, los germánicos, romanos y canónicos, no está muy claro en qué medida los griegos debían sus procedimientos de tortura a los egipcios y los persas, de modo que es posible y plausible empezar con lo que sabemos de los griegos, porque parte de sus leyes parecen haber influido en las de Roma, y las leyes de Roma en las de la Europa medieval y la temprana Europa moderna.

(11) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

3.1 DERECHO GRIEGO

En la antigua Hélade, en parte de la cual se ubica lo que en la actualidad conocemos como Grecia, se produce el cruce de las dos culturas: la que proviene de oriente y la que deriva del occidente; más concretamente la cultura mediterránea. Esparta y Atenas constituyen los polos representativos de la evolución del acontecer griego, la primera es una sociedad sustancialmente castrense, de espíritu agresivo y expansionista, donde el tormento, el suplicio y la tortura física suponían un acto cotidiano visto con indiferencia, cuando no con agrado, cuando se aplicaban a aquellos que vulneraban las normas de la convivencia ciudadana, incluso se sancionaba el celibato y se mataba a los niños deformes.

En Atenas comienza a producirse una emancipación respecto de las ideas religiosas y aparecen ya, con considerable nitidez, los principios estatistas para el control y las sanciones adecuadas a las conductas atentatorias contra la convivencia social. Pero estas leyes penales atenienses no fueron precisamente suaves y la práctica de la tortura quedó enmarcada en el ambiente.

Dracón (Siglo VII a.c.) y después Solón (Siglo VI a.c.) marcan los dos polos del hilo evolutivo de los tratamientos penales. El primero, de una severidad sencillamente inhumano; el segundo, dulcificador de tanta dureza; ambos no obstante producto de su época. Venganza, intimidación, penas afflictivas muy recias por las infracciones contra los derechos comunitarios, penas más suaves para quienes atentaban contra los intereses individuales, y siempre durísimas a quienes atentaban contra la vida humana.

Los Griegos conceptuaban a la tortura como un medio para extraer la verdad. "Aristóteles la consideraba como una especie de evidencia para llevar consigo una verosimilitud absoluta porque se aplica cierta coerción. Lo que, según parece no tuvo en consideración el filósofo, fue que muchos estaban dispuestos a admitir cualquier cosa después de ser atormentados y casi descuartizados. Aunque lo usual era que este tratamiento se reservara a los esclavos y prisioneros de guerra, había ocasiones en que se aplicaba a los ciudadanos torturándolos en el potro, el toro de bronce y la rueda". (12)

En el comienzo de la historia de la tortura entre los antiguos griegos se halla por primera vez la transición de un sistema legal arcaico y en gran medida comunal a otro sistema complejo en el que el problema de la prueba y distinción entre el hombre libre y el esclavo son particularmente notables. El problema de la prueba había surgido con la costumbre griega arcaica en la que la ley había consistido en el conflicto entre dos litigantes que ejercían su esfuerzo personal en una competición, rodeados por su familia, sus amigos y dependientes, y guiados sólo por Themis (la costumbre) y Epikeia (la conducta apropiada). La ley ya no fue el resultado de una serie de enemistades familiares. La ley de la ciudad empezó a desplazar a las leyes de la familia, y la ética privada fue conceptualmente separada de la conducta pública.

En el siglo VI a.c., los ciudadanos libres de las civitas griegas se

(12) HURWOOD, Bernhardt J. La Tortura a través de los Siglos. Editorial V. Siglo, 1976, Pág. 14.

sometieron voluntariamente a muchas restricciones en sus acciones personales porque conocían las leyes, respetaban a quienes las administraban, y admitían que aún el procedimiento legal era en general beneficioso, más que coercitivo, para quienes eran libres y ciudadanos. Así, los conceptos de honor y estatus estratificaron la sociedad urbana griega. El término que utiliza Aristóteles para la tortura y el término griego general, es *basanos*, filológicamente relacionado con la idea de poner algo metálico en una piedra de toque para verificar su contenido. *Basanos*, tortura, implica un tipo de indagación, crítica necesaria, es un tipo de investigación cuyos resultados pueden servir como pruebas en un subprocedimiento dentro de un procedimiento legal más amplio.

"Los esclavos podían ser torturados por perjurio a raíz de las pruebas proporcionadas por un papiro del Egipto griego, en el que se declaraba que si los jueces no pueden formarse una opinión después de disponer de todos los elementos de juicio, pueden aplicar la tortura a los esclavos después de que su testimonio ha sido dado en presencia de las dos partes del caso". (13)

3.2 DERECHO ROMANO

Es una grandiosa construcción jurídica, que se extiende a través de mil trescientos años, comprendiendo un periodo que abarca desde el año 753 a.c., hasta el año 553 d.c., que culmina con los textos postreros del Emperador Justiniano. El genio jurídico romano, signo distintivo de su cultura, no fue

(13) PETERS, Edward. *Op.cit.*, Pág. 31.

suficiente para evadir las prácticas de torturas probablemente ya sin el respaldo de la aceptación comunitaria como en los casos anteriores, pero no por ello menos espeluznantes. En la fase primera del Derecho Romano, en la época de las cuestiones afirmativas del carácter público del Derecho Penal, y en época del imperio, las penas y los tormentos estuvieron a la orden del día aunque las garantías jurídicas, el principio de la responsabilidad individual y la distinción entre el acusador y el juzgador, palearán en alguna manera la situación. Sin embargo, las galeras, las obras públicas y el circo fueron el destino final de mucha gente, que sufrieron tormentos atroces y penas que fueron auténticos refinamientos de tortura.

"En Roma, como en Grecia, originalmente se empleaba la tortura como medio para extraer evidencia de boca de los testigos. Asimismo, los métodos que los romanos empleaban al principio eran similares a los de los griegos. Como lo hacían en muchas otras áreas, los romanos adoptaban los principios básicos de los griegos para luego refinarlos, mejorarlos e introducir variaciones sobre el tema". (14)

La Ley Romana modelada por ciertas influencias griegas, constituyó el mayor cuerpo de jurisprudencia docta conocida por la tradición occidental. En la más antigua ley romana, sólo los esclavos podían ser torturados y sólo cuando habían sido acusados de un crimen. Posteriormente, también pudieron ser torturados como testigos pero con severas restricciones. Originalmente sólo una acusación criminal contra un esclavo podía requerir el testimonio de éste, pero

(14) HURWOOD, Bernhardt J. *Op.cit.* Pág. 17.

en el siglo II los esclavos pudieron ser torturados en casos pecuniarios.

Los historiadores del Derecho Romano, consideran hasta el más antiguo procedimiento legal romano como un proceso colectivo; la voz de la comunidad era oída, desde el comienzo y consecuentemente, a todo lo largo de una disputa legal, fuese en la persona de un árbitro voluntario o en la de un magistrado público. Una de las grandes fuerzas que transformó el Derecho Romano desde la primitiva etapa religiosa hasta una etapa racionalizada y secular. Durante este largo y lento proceso, el juramento y la declaración de los testigos adquirió mayor importancia. "El procedimiento formulario representó una mayor complejidad en la antigua ley clásica, se adhería estrictamente al principio de la inviolabilidad del ciudadano nacido libre". (15)

El sistema acusatorio, con el tiempo, no fue suficiente para las nuevas exigencias de la represión de la delincuencia. Bajo el Imperio quedó como principio la regla que el procedimiento ordinario requería un acusador voluntario. Con ello los poderes del magistrado fueron invadiendo la esfera de atribuciones reservadas al acusador privado, al extremo de reunirse en el mismo órgano del Estado (magistrado) las funciones que comparten hoy el Ministerio Público y el Juez.

Fue el procedimiento extraordinario el que introdujo la tortura entre los Institutos Procesales Romanos. Por largo tiempo la tortura fue extraña al

(15) PETERS, Edward. *Op.cit.*, Pág. 37.

proceso penal romano, mientras que estaba en uso en todas partes, introducida en primer lugar a los esclavos, comenzó a aplicarse bajo el Principado, también a los ciudadanos y a los libres de toda nación. Ya en tiempo de Tiberio, el uso de las torturas se había impuesto, y después se reguló según la condición personal.

Fue aplicada por los oficiales del Tribunal: la dirección correspondía al quaestor y al tortor. Primeramente se admitió en Roma la tortura del imputado. En cuanto al uso de ella sobre los testigos falsos, se adoptó en el último período del Imperio; fue durante el reinado de Septimio Severo donde se autorizó la aplicación de la tortura a los testigos. Desde la época de Constantino, los testigos libres de más baja condición, se asimilaban a los esclavos, si hacía falta se les atormentaba. Sin embargo en los procesos de lesa majestad, todo testigo podía ser sometido a ella, cualquiera que fuera su condición.

El principio de la publicidad dominó en el proceso penal romano aunque no se consideró indispensable para la validez del proceso, menos cuando prevaleció el sistema inquisitorial.

Durante la época Imperial se efectuaron con frecuencia los procesos a puerta cerrada. Cuando quería hacerse justicia pública, se concedía libre acceso al pueblo en la sala de audiencia, la cual estaba cerrada con una cortina, que sólo podían transponer determinados personajes.

Los romanos usaban una serie de términos para describir lo que nosotros, un poco indiscriminadamente, hemos llamado tortura. El proceso de investigación en el procedimiento penal romano era llamado quaestio que también aludía al tribunal mismo. Tormentum originalmente se refería a una forma de castigo, que incluía la pena de muerte infamante, a la que bajo la República sólo los esclavos sujetos, aunque posteriormente los hombres libres también estuvieron expuestos a ella por ciertos crímenes.

3.3 DERECHO GERMANICO

Desde el siglo IV, irrumpió en las fronteras romanas estableció pueblos y provincias dentro del Imperio. Los rápidos cambios sociales que originaron esas aventuras reorientaron drásticamente la sociedad germánica. Al comienzo el principio del carácter personal de las leyes separó a germanos de romanos; se recurría a la justicia según las leyes del pueblo en que se había nacido. Las prácticas legales romanas y las germánicas subsistieron juntas en muchos lugares, y quizá esto hizo que la tortura romana de los esclavos fuese adoptada por los germanos, aunque en los siglos V y VI la tortura, en el Derecho Romano, hacía tiempo que se había extendido a todos, excepto a los honestiores. Los germanos parecen haberse considerado los equivalentes de los honestiores y aparte de ocasionales acciones no sancionadas por sus reyes, parecen haber mantenido a los hombres libres exentos de tortura durante la mayor parte de su historia jurídica primitiva.

El Libro VI, título I del Código Visigótico describe las circunstancias en que la tortura es permitida y ordenada. La tortura, incluso de hombres libres de clase inferior, sólo podían tener lugar en el caso de un delito capital o si involucra una suma de dinero mayor de 50 solidi. Sólo los hombres libres pueden acusar a hombre libre, y ningún hombre puede acusar a alguien de un rango superior al suyo. La tortura puede tener lugar en presencia del juez o sus representantes designados, y, no se permitía la muerte ni dejar lisiado un miembro. El homicidio, adulterio, ofensas contra el rey y el pueblo como un todo, la falsificación, hechicería, son los crímenes por los cuales, suponiendo satisfechos los requisitos de rango del acusador y acusado, podía usarse la tortura, hasta con un noble. La Ley del Código Visigodo tomó como modelo la ley imperial romana tardía, solamente los visigodos introdujeron este grado de tortura en sus leyes.

El estatus de hombre libre no sólo distingue al guerrero germánico del esclavo y el extranjero, sino que también le atribuye cualidades similares a las que habían protegido a los ciudadanos atenienses y romanos. Pero las sociedades germánicas de la primera Europa medieval, en su mayor parte, no desarrollaron y adoptaron rápidamente sus prácticas y valores a los del Derecho Romano.

En lo que respecta a quienes no eran hombres libres o los que eran hombres libres deshonrados, la Ley Germánica permitía la tortura y los castigos de un género que rebajaba el honor personal. Los esclavos acusados de crímenes, las esposas de un hombre de rango asesinado y los hombres libres

públicamente declarados traidores, desertores o cobardes podían ser tratados de ese modo.

La obra Germánica del Tácito, reconoce claramente esas características de la cultura jurídica germánica. En muchos casos, entre los códigos jurídicos germánicos, hay eco de la antigua costumbre romana de la tortura de esclavos. Pero aún en este caso, las regulaciones legales de la tortura de los mencionados apuntan a proteger los intereses del propietario. Incluso los acusados de crímenes seguían siendo una propiedad muy valiosa y el inveterado respeto germánico por la propiedad de un hombre libre atemperaba aún su adaptación de aquellas partes de la práctica legal romana que no violaba su premisa fundamental de la calidad de hombre libre.

"Antes del siglo XII, la primitiva ley germánica permitía una gran variedad de ordalías, pero no elaboró en forma autónoma una doctrina de la tortura". (16)

La influencia de los conceptos y de los institutos germánicos fue muy limitada sobre el ordenamiento procesal de la alta Edad Media, cuyo sistema siguió siendo el romano.

En la época bárbara, estuvo en vigor el proceso penal acusatorio. Este procedimiento se desarrollaba mediante citación, plazo para responder, contestación de la litis, posiciones juramento de calumnia, plazos para producir pruebas, etc.

(16) PETERS, Edward. Op.cit., Pág. 66.

Los bárbaros trasladaron a Italia la costumbre, propia de muchas sociedades primitivas, que consistía en los llamados Juicios de Dios, mediante los cuales se suplía a la prueba, haciendo intervenir a la divinidad para designar al que debía considerarse culpable. "Este juicio también llamado ordel (alemán moderno: Urtheil - decisión), debe considerarse propiamente, no como un medio de prueba, sino como una devolución a Dios de la decisión sobre la controversia". (17)

"Ordalía proviene de orda, que significa juicio, sentencia, era conocido también como Juicio de Dios, porque era llamada a la divinidad a manifestar su juicio acerca de la culpabilidad o inocencia de un acusado, la verdad o la mentira de la afirmación. Era invocada por el interesado o impuesta por el inquisidor". (18)

Tal vez se consideró como medio de transacción para terminar la litis, independientemente de la determinación de la razón o sin razón, como el juramento decisorio.

Los juicios de Dios se realizaban principalmente mediante el duelo judicial, y cuando éste no se admitía por la calidad de la persona o por otras causas, se acudía a los juicios del agua hirviente (inmersión del brazo), del agua fría (inmersión del cuerpo), del hierro resiente, del fuego, al *judicium offae*

(17) MANCINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1951, Págs. 11-12.

(18) GRAZIA, Ambrosio. "L'Acqua e il fuoco prove della verita", Revista Storia La Tortura nel mondo, Milano Itali, 1977, Núm. 232. Pág. 25.

(deglución, de una sola vez, de un gran bocado), de la hostia consagrada, de la cruz, etc.

Pero ya los bárbaros, después de su conversión al cristianismo, veían desconfiados tales juicios. Probablemente por el criterio de transacción fueron admitidos. La iglesia posteriormente los prohibió en varias ocasiones, pero en vano.

El proceso penal sólo se promovía a instancia privada respecto a delitos que lesionaban a los particulares, mientras que a los delitos que lesionaban los intereses de la colectividad se procedía ex officio por órgano de los jefes de las circunscripciones administrativas. Este procedimiento fue adquiriendo progresivamente importancia, al punto de extenderse a casi todos los delitos que en otro tiempo se consideraban privados.

3.4 DERECHO CANONICO

Según los decretales establecidos por este derecho, los juicios criminales ordinarios se entablan de tres maneras: Por acusación, Denuncia e Inquisición.

ACUSACION. Es la delación de algún crimen, hecha por escrito ante el juez competente, el documento en donde se denuncia a los reos es llamado libelo acusatorio, y sólo en los crímenes de poca entidad, cuya persecución procede de plano, se omite la necesidad de escritura y la acusación solemne.

Debe entablar clara y distintamente y por lo tanto el libelo ha de abrazar los nombres del juez, acusador y acusado, la especie del crimen, el lugar y el día en que se cometió.

DENUNCIA. Los delitos ocultos son denunciados ante el Obispo. Estos los reconvenían, y en secreto los exhortaban a que vivieran bien sin proceder más adelante contra los contumaces.

INQUISICION. El juez eclesiástico, averiguaba de oficio la verdad del crimen cometido. En la inquisición falta acusador y también la inscripción en el crimen, pues el juez es quien hace todo y prosigue la causa de oficio, con tal de que proceda la fama pública y haga las veces de acusador.

Oído el reo en sus defensas si negare que ha cometido un crimen y aun haya graves indicios contra él, los tribunales seculares emplean los tormentos en los cuales, es obligado aun en contra de su voluntad a confesar la verdad.

Se emplean los tormentos no promiscuamente en todos los crímenes, sino en los más graves; con tal de que la pena que haya de imponerse sea mayor que la relegación y haya contra el reo argumento y sospechas, que al menos iguallen a la prueba semi-plena, y que el reo no haya podido contrarrestar en su defensa.

Los tormentos se emplearon sólo en los crímenes más graves contra los procesados por urgentes indicios. Además, muchos aunque estén acusados de

crímenes atroces no pueden ser atormentados, a no ser que sean reos del crimen de lesa majestad o por otros que sean atroces; además tampoco pueden serlo los impúberos, las mujeres preñadas, los soldados, nobles e ilustres.

El tormento se repunta como inocuo y contrario enteramente a la razón para obtener la verdad de los reos es totalmente contraria a la equidad natural y a los pactos sociales atormentar a nadie antes de que conste que es culpable, pues todo tormento es una pena corporal, aunque se aplique antes de la sentencia; y no debe imponerse pena alguna cuando se ignora si se ha delinquido puesto que es el castigo de un pecado. Además la mayor parte de las veces los tormentos son motivo de declarar en falso.

La antigua iglesia no empleó los tormentos para descubrir la verdad en los crímenes dudosos, puesto que eran muy ajenos de su índole, y no estaban tampoco comprendidos en la potestad de la espada espiritual.

"San Agustín reprobó el uso de los tormentos; lo que prueba que la antigua Iglesia lo aborrecía del todo. Los azotes de los que habla San Agustín empleados en los juicios eclesiásticos, no se imponían para prueba de los delitos sino más bien por vía de penitencia, cuando ya constaba el crimen". (19)

El ingrediente Canónico del Derecho Penal Común Europeo tiene singular

(19) CAVALLARIO, Domigno. Derecho Canónico. T. VII, Imprenta de la Compañía Tipográfica Española, Madrid, 1847, Pág. 133.

importancia en la indagación histórica de la tortura, pues no puede olvidarse que la consagración legal de la misma como instrumento de averiguación procesal y su utilización legal se produce con la aparición de los tribunales de la inquisición.

En el Derecho Penal Canónico, de origen disciplinario, tuvo plena vigencia en la edad media, ya que su jurisdicción se extendió a todas las personas y materias. La iglesia ejercía su poder no sólo sobre los clérigos, como también sobre los laicos en relación con determinados delitos, aunque su ejecución era conferida al denominado brazo secular.

En cuanto a las penas, el Derecho Canónico, cuando menos en sus preceptos escritos, en sus principios significó una humanización de la represión, contribuyó al fortalecimiento de la justicia penal pública y combatió las terribles venganzas de sangre. Se opuso a la atrocidad de las penas y a las ordalfas (duelos judiciales, juicios de Dios, etc.).

La situación favoreció el desarrollo de la tortura, con una secuencia parecida a ésta: la pena (penitencia) debía originar el arrepentimiento del reo, manifestando la confesión del mal realizado. El proceso tenía carácter inquisitivo y siempre exigía (dada su naturaleza inquisitorial) que el acusado confesase (lo cual, además tranquilizaba la conciencia del juez) considerándose la confesión como la reina de las pruebas.

Esta preeminencia probatoria de la confesión lógicamente, produjo la

proliferación del empleo de la tortura para conseguir lo que condujo a la justicia penal a grandes excesos y numerosas arbitrariedades, que tuvieron su continuación por lo menos en parte en los estatutos comunales y en las legislaciones de los grandes monarcas.

Resumiendo: la tortura, prácticamente elevada a la categoría de herramienta de averiguación procesal, adquiere un considerable esplendor y se convierte en un medio aceptado y justificado por el ambiente social de esta época. El fundamento de las legislaciones penales europeas, en la edad media, está constituido, como la vida toda, por una mescolanza de elementos muy distintos: Romanos, Germánicos y Canónicos.

CAPITULO II

ANALISIS DE LA LEGISLACION CONTRA LA TORTURA EN MEXICO

En el siglo XIX se olvidó la idea del tormento como pena, desde la promulgación de la Constitución de Cádiz, todas las Constituciones Mexicanas prohibieron tajante y totalmente el tormento. La legislación moderna se ha encargado en las codificaciones penales de suprimirlo. En los debates del Congreso Constituyente de 1856 y 1857 en la sesión en la cual se discutió el Art. 22 de la Constitución, se pronunció nada más dos veces la palabra tormento y es en forma muy incidental, lo que les preocupó a los constituyentes de los años antes mencionados fue la seguridad del preso en el momento de su traslado de un lugar a otro, aumentando las fuerzas que escoltan a los reos. El gran debate del 56 giró en torno a los grillos o a los grilletes; en cuanto a la conveniencia de suprimirlos y erradicando finalmente las marcas, los azotes y los palos.

Esos principios se han mantenido invariablemente, bajo la vigencia de la Constitución de 1857 y ahora bajo la de 1917, las garantías que amparan a los inculcados excluyen necesariamente la noción misma de tortura. No es compatible con nuestro proceso penal ni con ningún otro género de procedimientos.

1. PRIMERAS CONSTITUCIONES

Constitución de Cádiz 1812.

Es una fuente importante del Constitucionalismo Latinoamericano, estableció con toda claridad la independencia del Poder Judicial y su

competencia para reconocer y resolver en forma exclusiva los litigios civiles y penales. "Debido a las condiciones insurreccionales de aquella época en la Nueva España, la Constitución de 1812 ejerció una influencia fundamentalmente doctrinaria pues su vigencia fue limitada". (20)

En materia penal la obra reformista fue fecunda: abolición del tormento y de todo maltrato en las cárceles (22 de abril 1811), la pena de azotes, y de la horca sustituida por el garrote para la ejecución de la pena de muerte (24 de enero 1812).

En lo relativo al Poder Judicial, se establecen en favor del acusado garantías. La primera de sus reglas es que en los procesos habfan de ser formados con brevedad, para que los delitos fueran rápidamente castigados. Para la prisión debía proceder información sumaria que mereciera pena corporal y mandamiento por escrito del juez, a menos de delitos in fraganti; la declaración preparatoria debía de ser tomada dentro de las veinticuatro horas, haciendo saber la causa y el nombre del acusador. Al tomársele al acusado la declaración debía dársele a conocer todo el proceso que después de esa diligencia habría de ser público.

En orden del 12 de octubre se renovó la supresión de los calabozos subterráneos o malsanos, y de los grillos. Si bien se podía aplicar el grillete previo mandato judicial, y se dispuso la destrucción de material de los potros y

(20) LXXV años de evolución jurídica en el mundo, Universidad Nacional Autónoma de México, Vol. III, México, 1978.

demás instrumentos de tortura. "El 5 de noviembre de 1812 fue abolido el Tribunal de la Inquisición y se instituyó el Defensor de la Fe a Principios de 1813". (21)

Antes de consumarse la Independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio. La Ley investía al juez de un gran poder; el procedimiento penal se caracterizaba por la absoluta falta de garantías para el acusado; las prisiones indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se prolongaban para arrancar la confesión al acusado, las marcas, los azotes, el tormento y cuanto medio es imaginable para degradar la condición humana; los interrogatorios capciosos y pérfidos y los medios de coerción unidos a la confesión con cargos, era uso frecuente en que se juzgaba el delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente. "En los tribunales inquisitoriales, el medio clásico de convicción era el tormento; al inculcado se le sentenciaba en secreto, sin oírlo en defensa y sin que supera el nombre de su acusador o conociese a las personas que declaraban en su contra; imperaba la confiscación de bienes y el procedimiento de la pesquisa". (22)

Al mismo tiempo que España desarrollaba el movimiento liberal, Hidalgo decretó la abolición de la esclavitud y el tributo de Indios (6 diciembre 1810) y

(21) MACEDO, Miguel S. Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano. Editorial Cultura, México, 1931.

(22) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Segunda Edición, Ediciones Botas, México, 1945, Pág. 46.

bajo los auspicios de Morelos se expidió la Constitución de Apatzingán la primera Constitución Mexicana 1814. Se establecían algunas garantías para asegurar la libertad individual.

Constitución de 1824.

En el título V de la Constitución relativo al Poder Judicial de la Federación y en la sección séptima se previene "Ninguna autoridad aplicará alguna clase de tormento, sea cual fuere la naturaleza y el estado del proceso" y a "ningún habitante de la República se le tomará juramento sobre hechos propios al declarar en materias criminales", igualmente la gran mayoría de las Constituciones de los Estados proscriben el uso del tormento". (23)

Siete Leyes Constitucionales de 1836.

En el artículo 29, proclamaba la Quinta de las Leyes Constitucionales de la República Mexicana; jamás podrá usarse para la averiguación de ningún género de delito. Además las declaraciones del procesado serán recibidas sin juramento por lo que respecta a sus propios hechos. El proyecto de reformas de 1840 incluyó entre los derechos del mexicano "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.

(23) CARRILLO PRIETO, Ignacio; Arcana Imperii, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1987, Pág. 103.

El primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana de 1842.

En el apartado de las garantías individuales, consagraba en su artículo 7º f. 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".

Bases Orgánicas de la República Mexicana 1843.

Por primera vez en nuestra historia legislativa, se omite la referencia específica al tormento y, en su lugar, se adoptan los vocablos de apremio o coacción. Se encuentran como uno de los derechos de los habitantes de la República: "ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por que se le juzga".

Las Disposiciones Generales sobre Administración de Justicia señalan "a nadie se exigirá juramento en materia criminal sobre hecho propio".

Constitución Política de 1857.

"Hasta 1857 no existían bases fundamentales sobre las que edificar el Derecho Penal mexicano, caracterizándose, hasta entonces, el régimen represivo

por una verdadera anarquía en cuanto a las disposiciones de fondo, pues la mayor parte de las dictadas se refieren al procedimiento y a la jurisdicción, para activar los procesos, más efectivas las penas ante el aumento creciente de la criminalidad". (24)

Surge el 15 de mayo de 1856 el Estado Provisional de la República Mexicana establece en el artículo 54: "a nadie se tomará juramento sobre hecho propio en materia criminal, ni podrá emplearse género alguno de apremio para que el reo se confiese delincuente, quedando en todo caso prohibido el tormento.

Sin embargo esta disposición no se encuentra en la Constitución de 1857". (25)

La Constitución Política de la República Mexicana del 5 de Febrero de 1856, la cual retoma la declaración de los derechos del hombre señalando en su título primero: que el individuo es creador y destinatario del derecho y la sociedad una instancia en que el hombre se reconoce plenamente como tal. Asimismo establece en el artículo 22: "quedan prohibidas para siempre las penas de mutilación y de infamia, los palos, los azotes, el tormento de cualquier

(24) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal. T. I., Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1950, Pág. 970.

(25) DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis. La Tortura en México, Ed. Porrúa, S.A., México, 1990, Pág. 68.

especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas o trascendentales". (26)

2. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 5 DE FEBRERO DE 1917 (VIGENTE)

Dicha Constitución consagra un sistema de justicia penal en los tres estados: sustantivo, adjetivo, y ejecutivo. En el ámbito adjetivo se señala un sistema procesal acusatorio, con tres instancias, indica también los actos que deben desarrollarse en el procedimiento, los sujetos que han de llevarlo a cabo y los requisitos que han de cumplirse.

Se reproduce en el artículo 19 la preocupación de los liberales de 1857. Todo maltratamiento 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 la autoridad.

Además, en la fracción II del artículo 20, la Constitución ordena que el acusado 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 objetivo.

(26) CARRILLO PRIETO, Ignacio. *Op.cit.* Pág. 104.

En consecuencia con la invocada disposición Constitucional, México ha suscrito diversos instrumentos internacionales que prohíben la tortura y otros apremios en contra del acusado.

3. PRIMEROS CODIGOS

Aunque a mediados del siglo XVIII, se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizaron al sistema inquisitivo y se reconocieron algunos derechos para el inculpaado, eran tan limitados, que se puede afirmar que en el procedimiento mexicano, seguía imperando el sistema inquisitivo. La instrucción del proceso llamado sumario, era tardío y duraba mucho tiempo. En la fase del sumario, el inculpaado carecía de medios para defenderse, al abrirse el periodo de juicio resultaba importante para destruir las pruebas adversas que iba acumulando al juez y los principios de publicidad y oralidad en este periodo.

"Por otra parte, el empleo de la confesión con cargos y las rigurosas incomunicaciones que imponían al inculpaado desde el momento de su detención, hacían más rígido al sistema procesal imperante. La falta de codificación originaba que los jueces dirigiesen el proceso a su modo, invocando preceptos varios". (27)

(27) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op.cit., Págs. 47 y 48.

En 1871 en que se inicia la codificación de Derecho Mexicano se promulga lo que puede considerarse el primer Código Penal Mexicano. La obra de Martínez de Castro se orienta por una concepción publicista del Derecho Penal y determina que las leyes procesales se revisen con vistas a la redacción de un nuevo Código Procesal en el que se armonicen los criterios sustantivos con los procesales.

"Así el 15 de septiembre de 1880, surge el Código de Procedimientos Penales, mismo que adopta el sistema mixto de enjuiciamiento penal mexicano ha experimentado una constante evolución de lo inquisitivo a lo mixto, pero las bases constitucionales, el Código Distrital y el Código Federal aparecen marcadas diferencias. Conforme a la Constitución se sientan las bases del enjuiciamiento de tipo mixto; el Código Distrital sigue este sistema pero con tendencias al acusatorio, en tanto que en el Federal aparecen rasgos de tipo inquisitivo". (28)

En el Derecho Penal las tendencias que informaron la Legislación en esta materia fueron "disfnbolas, por una parte se traduce el humanitarismo del siglo XVIII y por otra la necesidad de reprimir el aumento en la criminalidad. Para la detención bastaría la fama pública asegurada por cuatro testigos". (29)

(28) LXXV años de evolución jurídica en el mundo. *Op.cit.*, Pág. 250.

(29) MARGADANT, Guillermo F. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. UNAM. 1964.

El Código de 1871 toma como modelo el español de 1850 y su reforma de 1870 de tendencia clásica. Se expide el Código Penal el 7 de diciembre de 1871, "se hizo imperiosa la necesidad de completar la legislación con una buena Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Congreso de la República, por decreto del 1º de junio de 1880 autorizó al Ejecutivo para expedir el Código de Procedimientos Penales y para la organización de justicia en el Distrito Federal" (30).

El Código Penal consta de 1152 artículos, conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo y se acepta la muerte.

El Código Penal de 1929. Pretendió afiliarse a la Escuela Positiva y tomó como fuente al español. En 1929 es terminado por José Almaráz y Luis Chico Goerne, el proyecto que el Presidente Portes Gil le confirió al Congreso, sancionó el Código Penal el 30 de septiembre de 1929, para entrar en vigor el 15 de diciembre del mismo año. Este Código consta de 1233 artículos, es el primer cuerpo de leyes que inicia la lucha consciente contra el delito a base de la defensa social e individual. La ley mexicana de 1929 propone la defensa social, en el artículo 69 señala: "que el objeto de las sanciones; prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar los interrogatorios, aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que el Estado y la defensa social exijan".

(30) GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Op.cit., Pág. 48.

El concepto de pena, limitado a la acción de la sociedad sobre el hombre criminal, se substituye por los comisionados por el concepto de preparación del delito, que engloba la idea de su organismo.

La Constitución como lucha contra el crimen que no se detiene en las fronteras biológicas del hombre.

4. CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931

Se orientó por los trabajos de revisión del español de 1912 (relativos al Código de 1817). El fracaso del Código de 1929 determinó el nombramiento de una nueva comisión designada por Portes Gil, la que se dio el encargo de revisar lo legislado en materia punitiva, señalaba "que el delito principalmente es un hecho contingente; sus causas son múltiples. La pena es un mal necesario, se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, ejemplificación, expiación en aras del bien colectivo; la necesidad de evitar la venganza privada, pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. La sanción penal es uno de los recursos de la lucha en contra del delito". (31)

De acuerdo con estas ideas la Constitución atiende al concepto de seguridad jurídica, no se trata de medidas que deban ajustarse a cortas condiciones o procedimientos legales; sino a cuestiones que atañen a la

(31) JIMENEZ DE ASUA, Luis. *Op.cit.*, Pág. 974.

integridad física del individuo. Esta prohibición encuentra su fuente en las nuevas doctrinas del Derecho Penal. La pena debe regenerar y no degradar y envilecer. "La garantía que implica la primera parte del artículo 22 extiende su alcance protector a la persona del culpable, a su patrimonio, familiares. El culpable encuentra la protección en su persona misma en atención a que están prohibidas las penas de mutilación y de infamia, marca, azotes, palos y tormento. Se ve la protección normal en la prohibición de la infamia, entendiendo por tal el deshonor, desprestigio público". (32)

Siguiendo los preceptos de justicia en que se funda el Derecho Penal, vemos que la facultad de la sociedad para imponer un castigo a los culpables no es ni puede ser estéril, o sólo tiene por objeto la venganza, la sociedad busca en todos sus actos un mejoramiento individual.

En la imposición de penas se trata de alcanzar un objetivo que reviste principalmente dos caracteres: el ejemplo y la corrección. Por el primero consigue la sociedad disminuir la criminalidad; por el segundo la regeneración del culpable evitando la reincidencia en el delito; se deduce de lo expuesto que si la sociedad tiene el derecho de castigar, también tiene el deber de perseguir con el castigo el doble objetivo indicado.

La mutilación, marca, azotes, palos nunca lograrán la corrección del hombre, porque en vez de despertar en él la dignidad y el aprecio propios, la

(32) RAMIREZ FONSECA, Francisco. Manual de Derecho Constitucional. Cuarta Edición, Editorial PAC, S.A. de C.V., México, 1985, Págs. 142 y 143.

historia nos enseña que el uso de tormento tiene por objeto arrancar al acusado la confesión de ser el autor del delito. "Cuando los principios de la moral bárbara afirmaban que los pecados de los padres debían castigarse en los descendientes hasta la cuarta generación, no era extraño que la jurisprudencia hubiese establecido en el derecho de penar la regla de que quien pueda confiscar el cuerpo puede confiscar los bienes". (33)

En nuestra legislación penal vigente la Ley Nacional No. 14.616 del 13 de octubre de 1958 se incorporó al Código Penal el artículo 144 ter, que señala: "Se le impondrá prisión e inhabilitación absoluta y perpetua, a el funcionario que imponga a los presos, cualquier especie de tormento". (34)

5. ANTECEDENTES DE LA LEY PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA

El 10 de diciembre de 1948, México suscribió, en París, la Declaración Universal de Derechos Humanos que, con fundamento en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas, emitió la Asamblea General de esta organización. El artículo 5o. de la Declaración expresa: "Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes".

Posteriormente, nuestro país signó el Pacto Internacional de Derechos

(33) RUIZ, Eduardo. Derecho Constitucional. Segunda Edición, Tipográfica de Aguilar e hijos, México, 1992, Págs. 103-106.

(34) Enciclopedia Jurídica Omeba, Op.cit., Pág. 236.

Civiles y Políticos, cuyo decreto de promulgación se publicó en el Diario Oficial del 20 de mayo de 1981. El Pacto, en su artículo 7o. dispone: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

Por otro lado, México forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se adoptó en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. El decreto de promulgación se publicó en el Diario Oficial del 7 de mayo de 1981. El artículo 5.2 de la Convención ordena: "Nadie debe ser sometido a torturas 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".

Asimismo, el Diario Oficial publicó el 6 de marzo de 1986, el Decreto de promulgación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que firmaron el Presidente de la República y el Subsecretario de Relaciones Exteriores encargado del despacho an referendum, por el Plenipotenciario de los Estados Unidos Mexicanos, el 16 de abril de 1985. Había sido aprobada, el 10 de diciembre de 1984, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Cámara de Senadores la aprobó el 9 de diciembre de 1985, según se hace constar en el Diario Oficial del 17 de enero de 1986. Firmado por el Presidente de la República el instrumento de ratificación, éste se depositó ante el Secretario General de las Naciones Unidas el 23 de enero de 1986.

Firmada, ratificada, depositada y promulgada la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, México reconoce la jurisdicción en esta materia del Comité contra la tortura, órgano procesal que prevé la propia Convención en la parte 11, artículos 17 a 24.

El Comité se integra por diez expertos de considerable integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos.

No se requiere que se agoten los recursos procesales de la legislación interna de cada país para que el Comité pueda actuar. El Comité debe informar a la opinión pública mundial, año con año, sobre lo que ocurre en la práctica de la tortura en los países miembros de la Convención.

Finalmente, México suscribió el 10 de febrero de 1986, en Washington, por conducto de su Secretario de Relaciones Exteriores, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, en un acto efectuado ante el Secretario General de la Organización de Estados Americanos. La Convención se adoptó por el sistema interamericano en su última asamblea general.

Como se observa, son amplios los antecedentes legislativos -nacionales e internacionales- que prohíben en México la práctica de la tortura.

6. REFORMAS

Los lineamientos vigentes en nuestra Constitución han cobrado relieve internacional en pro de los derechos humanos ratificando el día 23 de enero de

1986 la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. En cumplimiento de dicho convenio el Congreso de los Estados Unidos Mexicanos decretó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la tortura, la cual fue expedida el 15 de noviembre de 1985, que a la letra dice:

"Artículo 1o. 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 coacciones 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.

"No se considerarán torturas las penalidades o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas.

"Artículo 2o. Al que comete el delito de tortura se le sancionará con pena privativa de libertad de dos a diez años, doscientos a quinientos días multa, privación de su cargo e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por dos tercios del tiempo de duración de la pena privativa de libertad impuesta.

"Si además de tortura, resulta delito diverso, se estará a las reglas del concurso de delitos.

"Artículo 3o. No justifica la tortura que se invoquen o existan circunstancias excepcionales, como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra emergencia.

"Artículo 4o. En el momento que lo solicite cualquier detenido o reo, deberá ser reconocido por perito médico legista o por un facultativo médico de su elección. El que haga el reconocimiento queda obligado a expedir, de inmediato, el certificado del mismo.

"Artículo 5o. Ninguna declaración que haya sido obtenida mediante tortura, podrá invocarse como prueba.

"Artículo 6o. Cualquier autoridad que conozca de un hecho de tortura, está obligada a denunciarla de inmediato.

"Artículo 7o. En todo lo no previsto en esta Ley, serán aplicables las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal; el Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal". (35)

Posteriormente se emite otro decreto en donde siendo Presidente el Lic. Carlos Salinas de Gortari se abroga la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura de fecha 26 de mayo de 1986 la cual deberá continuar aplicándose por

(35) Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 1986.

los delitos cometidos durante su vigencia a menos que el acusado manifieste su voluntad de acogerse a la presente Ley, la cual fue publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 1991 y modificada por Decreto publicado el 2 de julio de 1992 constando de 12 artículos, mismos que se mencionan a continuación.

"Artículo 1o. La presente ley tiene por objeto la prevención y sanción de la tortura y se aplicará en todo el territorio nacional en Materia de Fuero Federal y en el Distrito Federal en Materia del Fuero Común.

"Artículo 2o. Los órganos dependientes del Ejecutivo Federal relacionados con la procuración de justicia llevarán a cabo programas permanentes y establecerán procedimientos para:

I. La orientación y asistencia de la población con la finalidad de vigilar la exacta observación de las garantías individuales de aquellas personas involucradas, en la comisión de algún ilícito penal;

II. La organización de cursos de capacitación de su personal para fomentar el respeto de los derechos humanos;

III. La profesionalización de sus cuerpos policiales;

IV. La profesionalización de los servicios públicos que participan en la custodia y tratamiento de toda persona sometida a arresto, detención o prisión.

"Artículo 3o. 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, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

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

"Artículo 4o. A quien cometa el delito de tortura se aplicará prisión de tres a doce años, 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. Para los efectos de la determinación de los días multas se estará a lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal.

"Artículo 5o. Las penas previstas en el artículo anterior se aplicarán al servidor público que, con motivo del ejercicio de su cargo, con cualesquiera de las finalidades señaladas en el artículo 3o., instigue, compela, o autorice a un tercero o se sirva de él para infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos; o no evite que se inflijan dichos dolores o sufrimientos a una persona que esté bajo su custodia.

Se aplicarán las mismas penas al tercero que, con cualquier finalidad, instigado o autorizado, explícita o implícitamente, por un servidor público, inflija dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos, a un detenido.

"Artículo 6o. No se considerarán como causas excluyentes de responsabilidad del delito de tortura el que se invoquen o existan situaciones excepcionales como inestabilidad política interna, urgencia en las investigaciones o cualquier otra circunstancia. Tampoco podrá invocarse como justificación la orden de un superior jerárquico o de cualquier otra autoridad.

"Artículo 7o. En el momento en que lo solicite cualquier detenido o reo deberá ser reconocido por perito médico legista; y en caso de falta de éste, o si lo requiere además, por un facultativo de su elección. El que haga 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 comprendidos en el primer párrafo del artículo 3o., deberá comunicarlo a la autoridad competente.

La solicitud de reconocimiento médico puede formularla el defensor del detenido o reo, o un tercero.

"Artículo 8o. Ninguna confesión o información que haya sido obtenida mediante tortura podrá invocarse como prueba.

"Artículo 9o. No tendrá valor probatorio alguno la confesión rendida ante una autoridad policiaca; ni la rendida ante el Ministerio Público o autoridad judicial, sin la presencia del defensor o persona de confianza del inculpado y, en su caso, del traductor.

"Artículo 10o. El responsable de alguno de los delitos previstos en la presente ley estará obligado 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. 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 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.

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.

"Artículo 11o. El servidor público que en el ejercicio de sus funciones

conozca de un hecho de tortura, está obligado a denunciarlo de inmediato, si no lo hiciere, se le impondrán de tres meses a tres años de prisión, y de quince a sesenta días multa, sin perjuicio de lo que establezcan otras leyes. Para la determinación de los días multa se estará a la remisión que se hace en la parte final del artículo 4o. de este ordenamiento.

"Artículo 12o. En todo lo no previsto por esta ley, serán aplicables las disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal; el Código Federal de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y la Ley Reglamentaria del Artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". (36)

En cuanto a las últimas reformas que tuvieron lugar el 20 de agosto 3 y 6 de septiembre de 1993 cabe mencionar lo relacionado a los artículos 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

En el artículo 19 se menciona en su último párrafo:

"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". (37)

(36) Diario Oficial de la Federación, 27 diciembre de 1991. Modificada por decreto del 2 de julio de 1992.

(37) Diario Oficial de la Federación del 3 de septiembre de 1993.

Artículo 20. "En todo proceso de orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:

Fracción 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.

"El comentario que se hace de los artículos 19 y 20 se mencionan conjuntamente porque se complementan. En su metodología del Derecho Carmelutti escribió que el Código Penal era la Carta Magna del delincuente, puesto que en tal cuerpo normativo se hallaban consignadas las garantías e incluso prerrogativas a que dicho delincuente tenía derecho. Lo mismo puede decirse acerca de los preceptos que se comentan, ya que en éstos se comprenden las garantías de quienes son detenidos por haber cometido algún ilícito, o que se encuentran sujetos a un proceso por dichas causas.

Asimismo fueron reformadas las fracciones II, IV, VIII y IX del artículo 20, destacándose del nuevo contenido de ellas el de la fracción II en la que textualmente dice: "...Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura", y con lo cual se pretende dar cuando menos plena vigencia a los derechos humanos". (38)

(38) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Actualizada, Editorial PAC, S.A. de C.V., Pág. 43.

CAPITULO III

ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE TORTURA

La teoría del delito es una parte de la ciencia del Derecho Penal, comprende el estudio de los elementos positivos y negativos del delito, así como sus formas de manifestarse. Los elementos positivos del delito configuran la existencia de éste, mientras que los elementos negativos constituirán su inexistencia; las formas de manifestación, se refieren a la aparición del mismo.

La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto. Es decir, esta teoría no se va a encargar de estudiar cada delito en particular, sino las partes comunes de todo hecho delictivo, con el fin de determinar si existe o no un ilícito.

El delito tiene diversos elementos que conforman un todo. Para Maurach el delito es una acción típicamente antijurídica, atribuible; para Beling es la acción típica antijurídica culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad; Max Ernesto Mayer define al delito como acontecimiento típico, antijurídico e imputable; Edmundo Mezger afirma que el delito es una acción típicamente antijurídica y culpable; para Jiménez de Asúa es un acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.

De acuerdo a nuestro Derecho Positivo Mexicano, el Código Penal en su artículo 7o. 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. La tipicidad se presentará cuando exista una adecuación de dicha conducta a alguno de los tipos descritos en el Código Penal; la antijuridicidad se presentará cuando el sujeto no esté protegido por una causa de licitud 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 15o. de nuestra Ley Penal. Habrá culpabilidad de acuerdo a los artículos 8º y 9º de nuestra Ley Penal. La punibilidad existe cuando no se presentan las excusas absolutorias descritas por nuestro Derecho Positivo.

Como podemos ver el delito tiene un gran contenido en cuanto a elementos que lo componen y en relación a éstos, existen diversas corrientes de la doctrina, los cuales tratan de explicar algunos de ellos, como la teoría causalista y finalista de la acción, la teoría psicologista y normativista, el modelo lógico y la teoría sociologista.

Las teorías causalista, finalista y social explican a la acción, primer elemento del delito. Para la teoría causalista la acción es un factor causal del resultado y no toma en cuenta la intención del sujeto que lo llevó a cometerlo, ya que considera a la acción como un producto causal y mecánico. Toma únicamente en cuenta la voluntad para realizar el comportamiento y no el resultado. Esto no es aceptable, ya que la acción es el comportamiento humano voluntario, encaminado a un fin determinado y el sujeto al realizar la acción tiene el propósito de producir un resultado.

La teoría finalista al referirse a la acción, dice que es un comportamiento anticipado mentalmente, a diferencia de la teoría causalista, es decir, esta corriente finalista, da contenido a la voluntad, la conducta desplegada por el sujeto es realizada con la intención de producir el resultado. Para esta teoría, toda acción delictiva lleva la intención de cometer dicho acto, dejando fuera los delitos culposos, que son cometidos por imprudencia y no en forma intencional.

La teoría social determina como únicas conductas que importan al Derecho Penal, a aquellas relevantes socialmente, es decir, a las acciones de un individuo, que trascienden a la esfera de otro. Para los sociólogos, la acción es el comportamiento humano socialmente relevante, esta teoría representa una limitante para nuestra legislación, ya que deja afuera algunas figuras delictivas, así, la lesividad social de la acción, en un plano anterior a la descripción legal, es más bien un juicio ético, como dice Zafarroni, lo que es muy difícil y delicado.

Las teorías psicologista y normativista tratan de explicar a la culpabilidad, otro elemento del delito. La primera, como su nombre lo indica tiene una base psicológica consistente en un nexo mental entre el sujeto y su conducta o el resultado material, según se trate de un delito de mera conducta o de resultado material. En esta teoría psicologista hay imprecisión respecto a los delitos cometidos por culpa o negligencia, pues en éstos no existe nexo psicológico.

Para la corriente normativista la culpabilidad no es otra cosa más que un juicio de reproche. La reprochabilidad tiene existencia en tanto al sujeto se le

puede exigir una conducta distinta a la realizada, es decir, será culpable en tanto no haya actuado conforme a Derecho, pudiéndolo hacer.

Esta teoría tiene la ventaja de abarcar tanto los delitos dolosos, en los que se tiene la plena intención o propósito de cometer el delito, como a los delitos culposos que son cometidos por imprudencia o negligencia del sujeto.

En el presente capítulo se hará un estudio de los elementos del delito, enfocándolos al delito de tortura. El estudio jurídico de los elementos del delito fue hecho con insuperable precisión para su tiempo por Carrara en su teoría de las "fuerzas del delito", o sea de los elementos de que resulta el conflicto entre el hecho y la ley del Estado. El delito, es para Carrara concurso de dos fuerzas; la moral y la física, las dos fuerzas que la naturaleza ha dado al hombre y cuyo dominio constituye su personalidad. La fuerza moral consiste subjetivamente en la voluntad e inteligencia del hombre que obra; es interna o activa. La fuerza física consiste objetivamente en el movimiento del cuerpo; es externa o pasiva. Ambas causan el daño material del delito. Como las dos fuerzas, moral y física, no se encuentran siempre completas, de aquí los grados del delito que son todo lo que falta en la intención o en la ejecución. El delito es ante todo una conducta humana por lo que iniciaremos el estudio del primer elemento del delito que es la conducta y su aspecto negativo "ausencia de conducta".

1. CONDUCTA Y AUSENCIA DE CONDUCTA

Lo primero para que el delito exista es que se produzca una conducta

humana. La conducta es, así, el elemento básico del delito. Consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

"La acción lato sensu. Atendiendo a la fuerza física en el lenguaje de Carrara, o a la conducta, según lo antes dicho, en sus aspectos positivo y negativo, la acción y la omisión son los dos únicos modos que reviste la conducta incriminable (art. 7 C.P.); la acción en el aspecto positivo o stricto sensu es denominada por el C.P. acto (de actus, hecho ejecutado u obrado) y en el negativo, omisión. La acción lato sensu se entiende para los efectos penales como la conducta humana voluntaria manifestada por medio de una acción en sentido estricto -acto- o de una omisión. En el acto se realiza una actividad positiva, se hace lo que se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber hacer.

La acción lato sensu ha sido definida como la manifestación de voluntad que mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior" (Jiménez de Asúa). Es una conducta humana productora de resultados y que reviste la forma de acto o la de omisión". (39)

(39) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Parte General. Décima tercera Edición, Editorial Porrúa, 1980, Pág. 262.

Entre nosotros, Porte Petit se muestra partidario de los términos conducta y hecho para denominar al elemento objetivo del delito: "Pensamos -dice- no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho elemento objetivo del delito, según la descripción del tipo". Cita en apoyo de su punto de vista las opiniones de Cavallo y Battaglini; para el primero, el hecho "en sentido técnico, es el conjunto de los elementos materiales del mismo que realizan la lesión o el peligro a un interés penalmente protegido" y para el segundo, el hecho "en sentido propio, es solamente el hecho material, que comprende la acción del resultado". (40)

Según esta terminología, a veces el elemento objetivo del delito es la conducta (si el tipo legal describe simplemente una acción o una omisión), y otras, hecho, cuando la ley requiere (además de la acción o de la omisión) la producción de un resultado material, unido por un nexo causal. Si el delito es de mera actividad o inactividad, debe hablarse de conducta; de hecho, cuando el delito es de resultado material, según la hipótesis típica. Así, pues, el citado profesor Porte Petit distingue la conducta del hecho; éste se compone de una conducta, un resultado y un nexo causal. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los llamados delitos de mera actividad (o en los de simple omisión), carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho cuando, según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material. Por nuestra parte no hay inconveniente en aceptar el empleo

(40) PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Programa de la Parte General del Derecho Penal, Editorial Porrúa, México, 1959, Pág. 160.

de ambos términos conducta y hecho se entiende lo ocurrido o acaecido, e indudablemente el actuar humano (con o sin resultado material), por efectuarse en el escenario del mundo es, desde este punto de vista, un hecho. También los fenómenos naturales son hechos. *

Mas si convencionalmente se habla de hecho para designar la conducta, el resultado y su necesario nexo causal, y el vocablo conducta cuando el tipo sólo exige un acto o una omisión, la distinción nos parece útil. Desde luego, únicamente existe el nexo causal en los ilícitos de resultado material; los de simple actividad (o inactividad) comportan sólo resultado jurídico.

Ahora bien, el elemento objetivo puede presentar las formas de acción, omisión y comisión por omisión. Mientras la acción se integra mediante una actividad (ejecución) voluntaria (concepción y decisión), la omisión y la comisión por omisión se conforman por una inactividad, diferenciándose en que en la omisión hay violación de un deber jurídico de obrar, en tanto en la comisión por omisión se violan dos deberes jurídicos, uno de obrar y otro de abstenerse.

La acción es causa de un resultado, que es la "modificación del mundo exterior" (Maggiore), mirando a la base típica del resultado se le define también como la total realización típica exterior, o sea la conducta corporal del agente y

* En la Teoría del Derecho se entiende por hechos jurídicos los acontecimientos a los cuales el Derecho atribuye ciertas consecuencias. Desde esta referencia, todo delito es un hecho jurídico. Citado por Castellanos, Fernando. Op.cit., Pág. 184.

el resultado externo que ella causa (Mezger). En suma, el resultado comprende "tanto las modificaciones de orden físico, como las de orden jurídico y ético, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad" (Maggiore); es "no sólo cambio en el mundo material sino también mutación en el mundo psíquico y aún el riesgo o peligro" (Jiménez de Asúa).

Entre la acción y el resultado debe haber una relación de causa a efecto; y es causa tanto la actividad que produce inmediatamente el resultado como la que lo origina mediatamente, o sea por elementos penalmente inoperantes per se, pero cuya eficacia dañosa es aprovechada (los áspide de la mitología y de la novela); y en cuanto a la relación de causalidad, que en el acto es fuerza directamente causal del resultado, en la omisión carece de esa eficacia directa por razón de la misma inactividad, pero no de la indirecta.

La acción stricto sensu o acto. La conducta humana manifestada por medio de un hacer efectivo, corporal y voluntario, integra la acción en sentido estricto o acto; por ello se le ha denominado "Voluntad de causación" (Leonhard). No incluye, por tanto, para los fines penales, a los movimientos reflejos, que no son voluntarios (art. 15, fr. X C.P.), ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible (art. 15 fr. I C.P.); y por no constituir movimiento corporal, tampoco incluye los pensamientos, las ideas e intenciones; cogitationis delinquere non potest. Todos estos casos son de ausencia de conducta. Por último, el resultado, efecto del acto, ha de estar sancionado por las leyes penales (art. 7 C.P.), es decir, previsto configurativamente por ellas y amenazados con una pena.

La omisión. "La conducta humana manifestada por medio de un no hacer activo, corporal y voluntariamente, teniendo el deber legal de hacer, constituye la omisión (de omissio, no ejecución, abstención): Es acción esperada, pensada y que se omite ejecutar (Mezger); es no ejecución de un movimiento corporal que debió realizarse (Sánchez Tejerina), y no incluye la inactividad forzada por un impedimento legítimo (art. 15o. fr. VIII C.P.) ni todas las demás inactividades no tipificadas como delito por la ley, en particular. En cuanto al resultado, es indirecto efecto de la omisión en algunas clases de ésta, pero en otras (simple omisión) sólo se traduce en una simple desobediencia a la ley, sin resultado concreto, pero con peligro de que se produzca". (41)

Se ha distinguido entre delitos de omisión material y de omisión espiritual, según que se deje de ejecutar el movimiento corporal esperado o que se ejecute, pero sin tomar las precauciones debidas jurídicamente exigibles. La omisión material da lugar a los delitos de simple omisión (propios delitos de omisión) y a los de comisión por omisión (impropios delitos de omisión); la espiritual a los especialmente denominados delitos de omisión espiritual, de culpa o de imprudencia a que se refiere el art. 8º, Fracc. II, C.P.).

En cuanto al delito de simple omisión, también llamado verdadero delito de omisión, no existe más que cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley (Garraud); su esencia está constituida por la inexecución de una orden o

(41) CARRANCA, Raúl. *Op.cit.*, Pág. 264.

mandato positivo de la ley (Vidal). Como se comprende, son todos los obligados por la ley a ejecutar determinada actividad los que, por no realizarla, dan lugar a la infracción de esta especie.

Tocante a los delitos de comisión por omisión o falsos (impropios) delitos de omisión, son mucho más importantes que los anteriores. En la comisión por omisión el resultado se produce a virtud de la omisión del movimiento corporal y por designio del pensamiento criminal que la ordena. Se produce, como el delito de comisión positivo, por la violación de un deber legal de abstención; el deber de no atentar contra la vida o la integridad corporal (Vidal); no implica un orden de obrar impuesto por la ley, sino por el contrario, una prohibición.

El ejemplo a que clásicamente acude la doctrina para los delitos de comisión por omisión es el de la madre desnaturalizada que, queriendo dar muerte a su hijo, abandona el alimentarlo y consume así su propósito homicida. Por último, en cuanto a los delitos de omisión espiritual o de culpa son los no intencionales o de imprudencia a que se refiere nuestra Ley Penal (art. 8º, Fracc. II, C.P. "no intencionales o culposo", art. 7º, Proy. 1949).

En nuestro Derecho los delitos de simple omisión y de comisión por omisión, especialmente éstos, están consignados para su punición casufsticamente. "Tanto las acciones como las omisiones propias o impropias pueden ser dolosas o culposas; así se deduce de que se presuman dolosas las acciones, aunque el acusado pruebe que no se propuso causar el daño que resultó, si previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del

hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes (art. 9º fr. II, C.P.); y por ser *juris tantum* esta presunción, si se probase que el acusado no previó ni pudo prever la consecuencia, por no ser efecto ordinario del hecho u omisión ni estar al alcance del común de las gentes, quedará destruida la presunción de dolo y entrará posiblemente en función la omisión espiritual o culpa (imprudencia conforme al art. 8º fr. II, C.P.)". (42)

"Sólo la conducta humana tiene relevancia para el Derecho Penal. El acto y la omisión deben corresponder al hombre, porque únicamente es posible sujeto activo de las infracciones penales; es el único ser capaz de voluntariedad. Este principio, indiscutible en nuestro tiempo, carecía de validez en otras épocas. Según enseña la historia, antaño se consideró a los animales como delincuentes, distinguiéndose tres periodos o etapas: fetichismo (se humanizaba a los animales equiparándolos a las personas); simbolismo (se entendía que los animales no delinquían pero se les castigaba para impresionar); y, por último solamente se sanciona al propietario del animal dañoso". (43)

En la actualidad el pensamiento en el sentido de que sólo las personas físicas pueden delinquir, mas está en pie el problema de si las personas morales o jurídicas son o no responsables ante el Derecho Penal. Nosotros estimamos que las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito por carecer de

(42) CARRANCA, Raúl. *Op.cit.*, Pág. 266.

(43) CASTELLANOS, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Editorial Porrúa, 1993, Ed. 33, Pág. 150.

voluntad propia, independiente de la de sus miembros, razón por la cual faltaría el elemento conducta, básico para la existencia del delito. *

Como hemos dicho, compartimos la opinión de que las personas morales no pueden delinquir; sin embargo, indiscutiblemente constituyen sujetos pasivos del delito como las personas físicas, en especial tratándose de infracciones penales de tipo patrimonial y contra el honor; también el Estado puede ser sujeto pasivo del delito y, de hecho, lo es la sociedad misma.

El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente

* En el Proyecto del Código Penal Tipo de 1963, confeccionado con motivo del acuerdo tomado en el Segundo Congreso Nacional de Procuradores de Justicia, se acepta que las personas morales delinquen. En la Exposición de Motivos se dice: "Admitiendo que la 'voluntad colectiva' se asienta 'en la voluntad individual de sus miembros', las sociedades pueden incurrir en ilícitos penales, estableciéndose en ocasiones un nexo de atribución de la infracción delictuosa a la persona jurídica". El artículo 32 establece: "Cuando una persona jurídica colectiva, con excepción de las instituciones del Estado, facilite los medios para la comisión de un delito, de modo que éste resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez con audiencia del representante legal de la misma, impondrá en la sentencia las sanciones previstas por este Código, sin perjuicio de la responsabilidad individual por el delito cometido". Adviértase que se reconoce la responsabilidad personal de los integrantes de las empresas, según la parte final del precepto. A nuestro juicio hubiera sido preferible seguir el sistema del Proyecto de Código Penal de 1958, en cuya Exposición de Motivos se lee: "La Comisión reconoce que las personas jurídicas no son sujetos activos del delito... al mismo tiempo se ha considerado conveniente establecer la posibilidad de imponerles las sanciones que las leyes autoricen, con independencia de la responsabilidad personal". En esta forma, sin negar que sólo la persona física delinque, por ser ella únicamente sujeto de voluntad psíquica, es dable adoptar las medidas defensivas correspondientes, sin necesidad de admitir la comisión delictuosa por parte de las mencionadas personas jurídicas colectivas, pues carecen de voluntad real.

Citado por Castellanos Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Pág. 150.

protegido por la norma. El ofendido es la persona que resiente el daño causado por la infracción penal. Generalmente hay coincidencia entre el sujeto pasivo y el ofendido, pero a veces se trata de personas diferentes; tal ocurre en el delito de homicidio, en donde el sujeto pasivo o víctima es el individuo a quien se ha privado de la vida, mientras los ofendidos son los familiares del occiso.

"Los autores distinguen entre objeto material y objeto jurídico del delito. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño o peligro; la persona o cosa sobre la que se concentra la acción delictuosa. El objeto jurídico es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. Según Franco Sodi, el objeto jurídico es la norma que se viola, en tanto para Villalobos, es el bien o la institución amparada por la ley y afectada por el delito; con tal afirmación estamos de acuerdo, ya que en los delitos, por ejemplo, de homicidio, de robo y de rapto, los intereses protegidos son la vida, la propiedad y la libertad, valores constitutivos del objeto político de tales infracciones penales". (44)

"En cuanto a la relación de causalidad, que hace de la acción (acto u omisión) la causa de la que es efecto el resultado, es éste un problema filosófico abundantemente debatido. Desde el punto de vista de la intencionalidad y de la imprudencia hay causalidad subjetiva o moral. Cabe estudiar cuál es la causa física adecuada para producir cierto resultado. Esto es lo que examinan las teorías alemanas sobre la causalidad eficiente magistralmente resumidas por Jiménez de Asúa.

(44) CASTELLANOS, Fernando. Op.cit., Pág. 152.

Entre ellas la más importante es la de la equivalencia de las condiciones. En su "Lógica" Stuart Mill criticó ya la generalizada opinión que considera como causa física uno solo de los antecedentes de la consecuencia, pues el resultado se debe a la unión de todos los antecedentes que juntos forman la verdadera causa. Con el filósofo inglés quedó sentada la base de la teoría hoy imperante sobre la causalidad eficiente, llamada también "teoría de la equivalencia de las condiciones". Se expresa someramente así esa teoría: antes que una cualquiera de las condiciones se asocie a las demás, resultan todas ineficaces y la condición no se produce; pero al unirse a las otras causas la causalidad de ellas y, por lo tanto, debe establecerse que cada una es causa de toda la consecuencia (Von Buri); existe relación causal entre el movimiento corporal sin que deba dejar de producirse el resultado ocurrido (conditio sine qua non; sublata causa tollitur effectus); todas las condiciones del resultado son, por consiguiente, del mismo valor (Liszt)". (45)

Después de revisar otras críticas, las de Beling, Traeger y Frank, sobre la equivalencia de las condiciones, el Profesor Eduardo Novoa Monrea (Curso de Derecho Penal chileno, Edit. jurídica, 1960, Págs. 301 a 303) concluye acertadamente: "La teoría de la equivalencia de las condiciones, correctamente situada en su plano propio, no tiene la función de señalar una causa eficiente única ni de decidir responsabilidades penales; no tiene por qué considerar "sentimientos de justicia" ni necesita estar templada por "correctivos" o "frenos". Ella es una tesis lógica que explica la interrelación entre diversos sucesos físicos y que el Derecho Penal aprovecha cuando quiere señalar el límite

(45) CARRANCA. Raúl. *Op.cit.*, Pág. 267.

máximo hasta donde puede admitirse vinculación entre un movimiento o actitud corporales del hombre y cualquier cambio en el mundo exterior, que parezca haber sido influido por aquéllos, y hasta donde puede ser necesario un ulterior examen jurídico penal.

El Derecho Penal aplica sanciones solamente por las conductas personales del ser humano, y para establecer si un resultado contrario a las normas puede ser sancionado por el individuo que lo ocasionó lo primero que ha de comprobarse es si el resultado está conectado objetivamente con el comportamiento del sujeto. Establecida esa conexión, que nos va a mostrar el cuadro fáctico al cual deben ser aplicadas las valoraciones jurídicas, tendremos solamente un primer elemento básico sobre el cual debemos hacer actuar otras características que, finalmente y tras otras comprobaciones, determinan si procede o no aplicar la sanción al sujeto.

La teoría de la equivalencia de las condiciones es la única que con rigor lógico permite alcanzar, con base fáctica para ser sometida a ulterior examen valorativo, todas aquellas consecuencias que la inteligencia humana pueda proponerse, por raras o excepcionales que ellas parezcan.

Por cuanto a los delitos de omisión, las teorías reseñadas se basan todas en la causa como fuerza generadora directamente del resultado, lo que es inaplicable tratándose de omisiones como es obvio; pero puede aceptarse, sin embargo, la causalidad adecuada o eficiente con relación a las omisiones también, aunque con causa indirecta, jurídicamente sólo puede fundarse la

omisión "desde fuera, externa, normativamente". "La solución de este desesperante problema de la llamada causalidad en la omisión -agrega Mezger- se llega a conseguir en cuanto se pone en claro que el delito de comisión por omisión jamás puede ser fundamento tan sólo desde dentro, internamente, sino exactamente igual que el propio delito de omisión, siempre, tan sólo, desde fuera, externa, normativamente. El delito de omisión existe por "la acción esperada"; el problema de la causalidad en los delitos de comisión por omisión se plantea exactamente del mismo modo y exactamente en la misma forma que en el hacer activo, sólo que no en referencia a la omisión como tal, sino en relación a la acción positiva pensada y a su resultado.

En nuestro Derecho ha tenido cabida la teoría de la equivalencia de las condiciones, resumidas en el conocido aforismo causa cause est causa causati.

En cuanto a la causalidad física se expresa en nuestro Derecho que no podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se imputa y que en caso de duda debe absolverse (art. 247 C.C.P.).

En la mayoría de los casos, la actividad o la omisión se realizan en el mismo lugar en donde se produce el resultado. En ocasiones, sin embargo, la conducta y el resultado no coinciden respecto a lugar y tiempo y es entonces cuando se está en presencia de los llamados delitos a distancia, que dan lugar no sólo a problemas sobre la aplicación de la Ley Penal en función de dos o más países soberanos, sino también, dentro del derecho interno, a cuestiones sobre determinación de la legislación aplicable, atento al sistema federal mexicano;

así, por ejemplo, si un menor de dieciocho años realiza la conducta y el resultado surge cuando ya ha cumplido esa edad ¿se trata de un delincuente o deberá sujetársele a los procedimientos para menores?.

Para solucionar estos problemas se han elaborado diversas teorías "Cuello Calón señala tres a saber: a) Teoría de la actividad, según la cual el delito se comete en el lugar y al tiempo de la acción o de la omisión; b) Teoría del resultado; de acuerdo con ella el delito se realiza en el lugar y al tiempo de producción de resultado; y, c) Teoría del conjunto o de la ubicuidad, para la cual el delito se comete tanto en el lugar y al tiempo de realización de la conducta, como en dónde y cuándo se producen resultados". (46)

La ausencia de un precepto para resolver este problema en nuestra legislación penal, ha dado motivo a adoptar soluciones diversas con relación a los casos concretos, aunque generalmente se sigue la teoría del resultado. El anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1958, acoge, en su artículo 5º la teoría de la ubicuidad; expresa; "Para todos los efectos penales, se tendrá por cometido el delito en el lugar y tiempo en que se realicen la conducta o el hecho o se produzca el resultado".

Una vez analizados someramente los principales temas que abarca el elemento conducta se procederá a realizar un enfoque al tipo que se está analizando.

(46) Tratado de Derecho Penal, T. I, Págs. 279 y ss., Editorial Madrid. Citado por Castellanos, Op.cit., Pág. 161.

Así entonces, el delito a estudio se encuentra regulado en la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura en su art. 3o. que a la letra dice:

"Artículo 3o. 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, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada".

No se considerarán 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". (47)

Primeramente para que el delito de tortura se configure se requiere que el sujeto activo tenga la calidad de servidor público y que en el ejercicio de sus funciones inflija a una persona dolores o sufrimientos graves los cuales podrán ser físicos o psíquicos; de tal manera, que para que un sujeto sea sometido a tortura se requerirá de un hacer o no hacer según el caso, por parte de quien se encuentra torturando, por lo que en este delito la conducta será de acción cuando existan los siguientes elementos: a) que haya un comportamiento humano; b) voluntario; c) positivo encaminado a un propósito; d) la producción de un resultado, como ejemplo se puede señalar el de un agente de la policía judicial

(47) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

que para obtener la confesión de una persona introduce su cabeza por varios minutos de manera reiterada en un recipiente que contiene agua y a éste, ante el temor de morir por asfixia le da un paro cardíaco, con ello se estaría lesionando al sujeto pasivo e inclusive cabría la posibilidad de causar su muerte.

Así como se ha señalado que en este delito se puede presentar la acción como forma de conducta también es indispensable indicar que es posible que se pueda presentar la omisión en sus dos formas: omisión simple o comisión por omisión. En este caso se puede presentar únicamente la comisión por omisión la cual se da en el supuesto de un servidor público que se encuentra torturando a una persona con la finalidad de obtener de ella una información, para lo cual emplea como medio de tortura el abstenerse de proporcionarle agua durante varios días hasta que la víctima muere; aquí como se puede observar hay una voluntad por parte del sujeto activo de torturar a la víctima, una inactividad de éste y como consecuencia de lo anterior un resultado material, aquí entonces se puede determinar que primeramente se presentó el delito de tortura y posterior a éste el de homicidio.

Una vez analizadas las formas en las que se puede presentar la conducta resta hablar del nexo causal de tal y como se ha dicho es lo que hace de la acción (acto u omisión) la causa de la que es efecto el resultado, de tal manera, que como se ha observado en los ejemplos proporcionados al hablar de acción y de la omisión se establece, que de la presentación de una o de otra en este delito se producirá como consecuencia un resultado.

AUSENCIA DE CONDUCTA

Estudiado el primer aspecto positivo del delito -la conducta o hecho- es menester hacer referencia a su aspecto negativo: falta o ausencia de conducta.

Si la conducta comprende tanto la acción como la omisión, la ausencia o falta de aquélla, abarca la ausencia de acción o de omisión, es decir, el aspecto negativo entraña la actividad y la inactividad no voluntaria.

No existe unanimidad respecto a los casos de ausencia de conducta, habida cuenta que las opiniones de los autores se dividen en dos grupos: a) Los que señalan hipótesis en las cuales es innegable la ausencia de conducta * y b) Aquellos que además incluyen casos que para otros son hipótesis de inimputabilidad.

Una de las causas impeditivas de la integración del delito por ausencia de conducta, es la llamada vis absoluta, o fuerza física exterior irresistible a que se refería la fracción I del artículo 15 del Código Penal antes de la reforma y que cabe perfectamente en la nueva disposición transcrita.

En primer término, es necesario dar el concepto de fuerza física irresistible, debiéndose entender por ella, cuando el sujeto realiza un hacer o un no hacer por una violencia física humana e irresistible.

* La fuerza física irresistible, la fuerza mayor, los movimientos reflejos y fisiológicos son hipótesis indiscutibles de ausencia de conducta. Citado por Porte Petit. *Op.cit.*, Pág. 406.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto: "De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, debe entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, producida por hechos externos y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella" * "Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediabilmente, lo que no ha querido ejecutar" **.

La aparente conducta, desarrollada como consecuencia de una violencia irresistible, no es una acción humana en el sentido valorativo del Derecho, por no existir la manifestación de voluntad. Con acierto dice Pacheco que quien así obra no es en ese instante un hombre, sino un mero instrumento.

No es necesario que la legislación positiva enumere todas las excluyentes por falta de conducta; cualquier causa capaz de eliminar ese elemento básico del delito, será suficiente para impedir la formación de éste, con independencia de que lo diga o no expresamente el legislador en el capítulo de las circunstancias eximentes de responsabilidad penal, según antes quedó explicado.

* Semanario Judicial de la Federación, 83 p. 2018. Citado por Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Pág. 406.

** Semanario Judicial de la Federación, 84, p. 175. Citado por Porte Petit. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Pág. 406.

Celestino Porte Petit, antes de la reforma de 1985, afirmaba: "El Código mexicano innecesariamente se refiere a la vis absoluta o fuerza física en la fracción I del artículo 15, cometiendo el error técnico de considerarla como excluyente de responsabilidad, cuando constituye un aspecto negativo del delito, hipótesis que queda sintetizada en la fórmula *nullum crimen sine actione*". (48)

"La opinión anterior corrobora lo antes expuesto, tanto sobre la fijación de la verdadera naturaleza jurídica de la vis absoluta como en relación a que es irrelevante su inclusión expresa en el Código en el capítulo de las eximentes. Sin embargo diferimos del parecer del profesor mexicano, únicamente respecto a su afirmación en el sentido de que la vis absoluta no es excluyente de responsabilidad: lo es precisamente por eliminar un elemento esencial del delito: la conducta humana".

Es unánime el pensamiento, en el sentido de considerar también como factores eliminatorios de la conducta vis maior (fuerza mayor) y a los movimientos reflejos. Operan, porque su presencia demuestra la falta del elemento volitivo, indispensable para la aparición de la conducta que, como hemos dicho es siempre un comportamiento humano voluntario. Sólo resta añadir que la vis absoluta y la vis maior difieren por razón de su procedencia; la primera deriva del hombre y la segunda de la naturaleza, es decir, es energía no humana. Los actos reflejos son movimientos corporales involuntarios (si el sujeto puede controlarlos o por lo menos retardarlos, ya no funcionan como factores negativos del delito.

(48) Importancia de la Dogmática Jurídico Penal, Pág. 35. Citado por Castellanos. Op.Cit., Pág. 164.

Para algunos penalistas son verdaderos aspectos negativos de la conducta: el sueño, el hipnotismo y el sonambulismo, pues en tales fenómenos psíquicos el sujeto realiza la actividad o inactividad sin voluntad, por hallarse en un estado en el cual su conciencia se encuentra suprimida y han desaparecido las fuerzas inhibitorias. Otros especialistas los sitúan entre las causas de inimputabilidad. Según la autorizada opinión del maestro Ignacio Villalobos, en el sonambulismo sí existe conducta, más falta una verdadera conciencia; el sujeto se rige por imágenes de la subconsciencia, provocadas por sensaciones externas o internas y por estímulos somáticos o psíquicos; esas imágenes sólo producen "una especie de conciencia" no correspondiente a la realidad (inimputabilidad). Sostiene el mismo tratadista, que en el hipnotismo la inimputabilidad deriva del estado que guarda el individuo, en el que se dice hay una "obediencia automática" hacia el sugestionador, sin que tenga relevancia el argumento, comúnmente esgrimido, respecto a que no es posible llevar a cometer un delito a quien siente por él verdadera repugnancia; pero aún admitiendo esto, no debe perderse de vista que sólo se sanciona a quienes mediante su discernimiento y voluntad cometen el hecho penalmente tipificado y si éste se consuma debido a la sugestión hipnótica, por un trastorno funcional de las facultades de conocer y querer, tratase de una inimputabilidad. Para el mismo profesor, el sueño puede dar lugar a una ausencia de conducta, pero también según el caso, a una actio liberae in causa, cuando el responsable la prevé y la consiente al entregar al sueño. Finalmente admite la posibilidad de que se configure una inimputabilidad, si entre el sueño y la vigilia existe un oscurecimiento de la conciencia y una facilidad de asociación de la realidad con las ilusiones o

alucinaciones oníricas, que hagan al sujeto consumir actos mal interpretados y que, por supuesto, resulten tipificados penalmente". (49)

Una vez analizadas las causas por las que se puede presentar la ausencia de conducta, es indispensable señalar que en el delito de tortura únicamente es posible que se presente el hipnotismo por lo cual se da un ejemplo: cuando un agente del Ministerio Público quiere obtener la confesión de una persona y se vale de un tercero para torturarla, el cual previamente ha sido sometido a hipnosis. El torturador en este caso se encuentra bajo un estado de inconsciencia y no hay la voluntad de causar un daño, por lo que en este caso se dice que no hay conducta.

2. TIPICIDAD Y ATIPICIDAD

Hemos insistido en que para la existencia del delito se requiere una conducta o hechos humanos; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, habida cuenta de que nuestra Constitución Federal, en su artículo 14, establece en forma expresa: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", lo cual significa que no existe delito sin tipicidad. No debe confundirse al

(49) CASTELLANOS, Fernando. *Op.cit.*, Págs. 164-165.

tipo con la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

Con razón el profesor Mariano Jiménez Huerta, en su obra *La Tipicidad*, define el tipo como el injusto recogido y descrito en la *Ley Penal* en concreto: el Tipo a veces es la descripción legal del delito y en ocasiones la descripción del elemento objetivo (comportamiento), como sucede en el homicidio, pues según el Código, lo comete "el que priva de la vida a otro".

Consideramos de especial importancia los conceptos emitidos sobre el tipo por Antolisei, Jiménez de Asúa, Maurach y Mezger. El contenido del tipo puede ser meramente objetivo u objetivo y normativo; conjuntamente objetivo, normativo y subjetivo, o bien, objetivo y subjetivo. De tal manera, que el concepto que se dé del tipo, debe ser en el sentido de que es una conducta o hecho descritos por la norma, o en ocasiones, esa mera descripción objetiva conteniendo además según el caso, elementos normativos o subjetivos o ambos.

"Tipo es para Luis Jiménez de Asúa la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho, que se cataloga en la ley como delito. (50)

(50) JIMENEZ DE ASUA, Luis. La Ley y el Delito. Principios del Derecho Penal. 5a. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967, Pág. 235.

Por su parte, el autor argentino Zaffaroni indica que el tipo es la fórmula que pertenece a la ley en tanto que la tipicidad pertenece a la conducta.

Suele hablarse indistintamente de tipo, delito, figura típica, ilícito penal, conducta típica y cualquier otra idea similar. La ley penal y diversas leyes especiales contemplan abstractamente los tipos, los cuales toman "vida real" cuando en casos concretos un sujeto determinado incurre en ellos.

De no existir el tipo, aún cuando en la realidad alguien cometa una conducta que afecte a otra persona, no se podrá decir que aquél cometió un delito, porque no lo es y, sobre todo, no se le podrá castigar. Más bien, se estará en presencia de conductas asociales o antisociales, pero no de delitos.

JURISPRUDENCIA. La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación nos dice que "el tipo delictivo, de acuerdo con la doctrina, puede definirse como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica que es la pena. * En otra ejecutoria se establece, que "bien sabido es que el tipo en el propio sentido jurídico penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de

* Semanario Judicial de la Federación CXIX, Pág. 2887. Citado por Porte Petit. Op.cit., Pág. 424.

alguno de sus presupuestos, es inconcluso que el tipo penal no llegue a configurarse". *

La historia de la tipicidad es, consecuentemente, la historia del tipo. "El tipo era considerado antiguamente en Alemania como el conjunto de caracteres integrantes del delito, tanto los objetivos como los subjetivos; esto es, incluyendo el dolo o la culpa. Era lo que para los antiguos escritores españoles figura del delito. En 1906 aparece en Alemania la doctrina de Beling; considera el tipo como una mera descripción. Posteriormente Max Ernesto Mayer, en su Tratado de Derecho Penal (1915) asegura que la tipicidad no es meramente descriptiva, sino indiciaria de la antijuricidad. En otras palabras: no toda conducta típica es antijurídica, pero sí toda conducta típica es indiciaria de antijuricidad; en toda conducta típica hay un principio, una probabilidad de antijuricidad. El concepto se modifica en Edmundo Mezger, para quien el tipo no es simple descripción de una conducta antijurídica, sino la ratio essendi de la antijuricidad; es decir, la razón de ser de ella, su real fundamento. No define al delito como conducta típica, antijurídica y culpable, sino como acción típicamente antijurídica y culpable". (51)

Según Mezger, "el que actúa típicamente actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico-penal... es fundamento real y de validez ("ratio essendi") de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa

* *Ibidem*, Pág. 2884.

(51) CASTELLANOS, Fernando. *Op.cit.*, Págs. 168-169.

especial de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica, a pesar de su tipicidad". *

Dentro de las definiciones de tipicidad podemos decir que es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador. Es, en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa.

En cuanto al concepto de la tipicidad vamos a referirnos a algunos emitidos:

a) "La acción típica es sólo aquella que se acomoda a la descripción objetiva, aunque saturada a veces de referencias a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar, en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida". **

b) "La tipicidad consiste en esa cualidad o característica de la conducta punible de ajustarse o adecuarse a la descripción formulada en los tipos de la ley penal". ***

* Tratado de Derecho Penal, T. I, Pág. 375, traducción de Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955. Citado por Castellanos, Fernando. *Op.cit.*, Pág. 169.

** Francisco Blasco y Fernández de Moreda. La tipicidad, la antijuricidad y la punibilidad, como caracteres del delito, en su noción técnica jurídica. *Criminalia*, IX, p. 443.

*** Laureano Landaburu. El delito como estructura. *Revista Peal*, I. No. 1, p. 471.

c) "La tipicidad es la exigida correspondencia entre el hecho real y la imagen rectora expresada en la ley en cada especie de infracción". *

d) "La tipicidad como elemento se da, cuando el infractor que no es el destinatario, arregla y conforma su conducta, con escrupulosa exactitud, a la hipótesis de la ley". **

e) "Adecuación típica significa, pues, encuadramiento o subsunción de la conducta principal en un tipo de delito y subordinación o vinculación al mismo de las conductas accesorias". ***

f) "La tipicidad consiste en la descripción que contienen los artículos de la Parte especial de los Códigos Penales a modo de definición de las conductas prohibidas bajo amenaza de sanción". ****

En la doctrina existen diferentes puntos de vista en cuanto a la clasificación de los elementos que conforman el tipo, pero nos referimos a la

* Jiménez de Azú. Tratado de Derecho Penal, III, p. 653. Buenos Aires, 1951; III, p. 744, 2a. Edición, Buenos Aires, 1958. Citado por Porte Petit, Op.cit., Pág. 470.

** Pardo Aspe. Parte General del Derecho Penal de Eugenio Florian. Eugenio Florian homenaje, p. 232. México, 1940. Por su parte Carrancá y Trujillo nos dice que la tipicidad es el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal. Derecho Penal mexicano, I. p. 214, 4a. Edición, México, 1955.

*** Jiménez Huerta. La tipicidad., p. 207. México, 1955.

**** Fontán Balestra. Misión de garantía del Derecho Penal, p. 18. Citado por Porte Petit, Op.cit., Págs. 470-471.

autor Castellanos Tena por ser la más común o tradicional y es la siguiente: por su Composición se dividen en normales y anormales.

La ley al establecer los tipos, generalmente se limita a hacer una descripción objetiva; privar de la vida a otro; pero a veces el legislador incluye en la descripción típica elementos normativos o subjetivos. Si las palabras empleadas se refieren a situaciones puramente objetivas, se estará en presencia de un tipo NORMAL. Si se hace necesario establecer una valoración ya sea cultural o jurídica, el tipo será ANORMAL. Como ejemplo el homicidio es normal, mientras el estupro es anormal.

Normales, cuando el tipo contiene solamente elementos objetivos, esto es, se trata de una mera descripción objetiva. Según Mezger transcrito por el Dr. Celestino Porte Petit, "los elementos típicos objetivos son estados y procesos externos, susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley por el legislador en forma descriptiva, así como estados y procesos anímicos en otras personas que no son precisamente el autor. Ejemplifican los autores con el tipo de homicidio: privar de la vida a otro.

Anormales, son tipos en los cuales no tan sólo se hace una descripción objetiva sino que presentan elementos normativos y subjetivos. Es precisamente Mayer y Hegler, quienes en 1915 descubrieron que en la estructura de muchos tipos penales, también se encuentran elementos subjetivos distintos al dolor, como son: intenciones, propósitos, deseos, ánimos, etc. cuando la ley así lo

señala expresamente; concepción que fue desarrollada posteriormente por Mezger y otros. En el mismo año igualmente Mayer descubre que también hay elementos normativos en muchos tipos, por lo que en esos casos para afirmar la tipicidad es necesario constatar también la existencia de elementos normativos además de los objetivos descritos, postura que también desarrolló posteriormente Mezger.

La diferencia entre tipo normal y tipo anormal estriba en que, mientras el primero sólo contiene conceptos puramente objetivos, el segundo describe, además, situaciones valoradas y subjetivas. Si la ley emplea palabras con un significado apreciable por los sentidos, tales vocablos son elementos objetivos del tipo (cópula en el estupro). Cuando las frases usadas por el legislador tienen un significado tal, que requieran ser valoradas cultural o jurídicamente, constituyen elementos normativos del tipo (cosa ajena mueble, en el robo). Puede la descripción legal contener conceptos cuyo significado se resuelve en un estado anímico del sujeto y entonces se está en presencia de elementos subjetivos del tipo (engaño en el fraude).

Ahora bien, además de los elementos objetivos, subjetivos y normativos, que dan lugar a la clasificación recién apuntada. "Los tipos contienen referencias y modalidades de la acción que pueden ser en cuanto al sujeto activo, al sujeto pasivo, al objetivo, al tiempo, al lugar, a la ocasión y al medio". (52)

(52) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Op.cit., Pág. 253.

Como ejemplos en cuanto al sujeto activo en el delito de tortura ser servidor público, del pasivo, el niño recién nacido en el infanticidio; el bien mueble en el robo cuando se hable de tiempo, la traición a la patria cuando exige que el delito se perpetúe en tiempo de guerra; si el adulterio se comete en el domicilio conyugal se habla de referencia del lugar; en el de referencia de ocasión es en el delito cometido por un funcionario público en caso de ejercer sus funciones o con motivo de ellas, el medio puede ser la violencia, seducción, engaño, etc.

Por su ordenación metodológica el delito puede ser: básico o fundamental.

Anota el profesor Mariano Jiménez Huerta* que la naturaleza idéntica del bien jurídico tutelado, forja una categoría común capaz de servir de título o rúbrica a cada grupo de tipos: constituyendo cada agrupamiento una familia de delitos. Los tipos básicos integran la espina dorsal del sistema de la parte especial del Código. Para el aludido jurisperalista, dentro del cuadro de delitos contra la vida, es básico el de homicidio descrito en el artículo 302 de nuestro ordenamiento positivo. Según Luis Jiménez de Asúa el tipo es básico cuando tiene plena independencia. **

Especiales son los formados por el tipo fundamental y otros requisitos, cuya nueva existencia, dice Jiménez de Asúa, excluye la aplicación del básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial (infanticidio).

* La Tipicidad, Pág. 96, Editorial Porrúa, México, 1955.

** La Ley y el Delito, Pág. 235, Editorial A. Bello, Caracas, 1945. Citado por Castellanos, Op.cit., Pág. 171.

Complementados: Estos tipos se integran con el fundamental y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado por premeditación, alevosía, etc.). Según Jiménez Huerta se diferencian entre sí los tipos especiales y complementados, en que los primeros excluyen la aplicación del tipo básico y los complementados presuponen su presencia, a la cual se agrega, como aditamento, la norma en donde se contiene la suplementaria circunstancia o peculiaridad, además no tiene vida autónoma como el especial, por ejemplo el robo en casa habitación, con la penalidad agravada, según el lugar en donde se cometió.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho: "Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón "de su índole fundamental" y por tener plena independencia; los especiales "suponen el mantenimiento de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial", de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan". Como ejemplos, para apreciar el alcance de la clasificación anterior, podemos señalar, dentro de nuestra legislación federal, el homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial.

Por su autonomía o independencia. Hay delitos que existen por sí solos, mientras que otros necesariamente dependen de otro:

Autónomo: Tiene existencia por sí, son los que tienen vida propia, sin depender de otro tipo (robo simple).

Subordinado o dependiente: Su existencia dependen de otro tipo. Por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan, sino se subordinan (homicidio en riña).

Por su formulación pueden ser: Casuísticos. Que prevén varias hipótesis: el adulterio y a veces, el tipo se integra con una de ellas (alternativos); otras con la conjunción de todas (acumulativos) ejemplo: vagancia y malvivencia. Amplios describen una hipótesis única (robo) que puede ejecutarse por cualquier medio comisivo (homicidio, robo).

De resultado: Si el tipo tutela los bienes frente a su destrucción o disminución, el tipo se clasifica como de Daño (homicidio, fraude); de peligro cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado (omisión de auxilio).

La Tipicidad en el Delito de Tortura.

En este apartado se intentará precisar qué clase de tipo es el que contiene

la descripción de tortura, y por ende, como es exigible la adecuación de una conducta al tipo para configurarse la tipicidad.

Así entonces el Artículo 3o. señala que:

"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 que ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada".

El delito de tortura a estudio es un tipo anormal en virtud de que presenta elementos normativos y subjetivos, los normativos aluden a valoraciones culturales o jurídicas, en este caso se requiere el carácter de servidor público por parte del sujeto activo, por lo que respecta a los elementos subjetivos éstos se refieren a estados anímicos del autor del delito, y se observa aquí en este tipo el señalar con la expresión "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 que ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada.

Además de los elementos objetivos y subjetivos recién anotados, se presentan referencias y modalidades de acción que puede ser en cuanto al sujeto activo ser servidor público, tal y como ha sido señalado anteriormente, en cuanto

al objeto lo será obtener una información o una confesión o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, por último en cuanto a la referencia de ocasión, ésta se presentará cuando se dice que para que el delito de tortura se configure se requiere que sea cometido por un servidor público que esté en ejercicio de sus funciones.

Este delito es fundamental o básico, en virtud de que la realización de este ilícito se pueden desprender otros delitos, como las lesiones, el homicidio, las amenazas, etc.

Es autónomo, en virtud de que el tipo que nos ocupa tiene vida propia, no requiere depender de otro tipo para poder existir.

Es amplio, pues la conducta típica, es decir, la tortura puede verificarse mediante cualquier medio idóneo, pudiendo el sujeto activo llegar al mismo resultado por diversas vías.

Por último este delito es de daño, en virtud de que el torturador al imponer dolores o sufrimientos graves, o al coaccionarla física o moralmente puede ocasionarle al sujeto pasivo un perjuicio, el cual puede ser psicológico o físico y en un momento dado hasta provocar su muerte. También puede ser de peligro pues la persona torturada puede encontrarse ante la posibilidad de sufrir un daño.

ATIPICIDAD

El aspecto negativo de la tipicidad lo constituye la atipicidad, que es la negación del aspecto positivo y da lugar a la inexistencia del delito. Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo penal, se presenta el aspecto negativo del delito llamado Atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. Si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. La conducta del agente no se adecúa al tipo, por faltar alguno de los requisitos o elementos que el tipo exige y que puede ser respecto de los medios de ejecución, el objeto material, las peculiaridades del sujeto activo o pasivo, etc., por ejemplo, en el robo, el objeto material debe ser una cosa mueble; si la conducta recae sobre un inmueble, la conducta será atípica respecto del robo aunque sea típica respecto al despojo.

Existe confusión en cuanto a otra figura: la ausencia de tipo que desde luego es distinta de la atipicidad. Suele distinguirse entre ausencia de tipo y de tipicidad; la primera se presenta cuando el legislador, deliberada o inadvertidamente, no describe una conducta que, según el sentir general, debería ser incluida en el catálogo de los delitos. En el Código Penal veracruzano vigente se suprimió el tipo delictivo que figuraba en el ordenamiento anterior, integrado con un adulterio en condiciones determinadas; he ahí una ausencia de tipo. En cambio la ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada, como en el caso de la cópula con persona mayor de 18 años, obteniendo su consentimiento mediante engaño; el hecho no es típico por falta de adecuación exacta a la descripción legislativa, en donde

precisa, para configurare el delito de estupro que la ofendida sea menor de 18 años (según el precepto anterior a la reforma en donde el artículo 262 c.p. quedó reformado según decreto del 21 de enero de 1991).

La ausencia de tipo constituye el aspecto negativo del tipo. Hay ausencia de tipo cuando una conducta o hecho no están descritos en la norma penal. Por tanto, como asienta Jiménez de Asúa, la ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. *

Es oportuno precisar que la ausencia de tipo es distinta a la ausencia o falta de tipicidad. En el primer caso no existe descripción de la conducta o hecho por la norma penal, y en el segundo caso, la descripción existe, pero no hay conformidad o adecuación al tipo. A este respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado: dentro de la teoría del delito, una cuestión, es la ausencia de tipicidad o atipicidad y otra diversa la falta de tipo (inexistencia del presupuesto general del delito), pues la primera supone una conducta que no llega a ser típico por la falta de alguno o algunos de los elementos descriptivos del tipo, ya con referencia a calidades en los sujetos, de referencias temporales o espaciales, de elementos subjetivos, etc., mientras la segunda presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley.

La Atipicidad la entiende el maestro Castellanos Tena como la "ausencia

* La Ley y el Delito, p. 263, 5a. Edición, Buenos Aires, 1967. Citado por Porte Petit. Op.cit., Pág. 465.

de la adecuación de la conducta al tipo, en el fondo en toda atipicidad hay falta de tipo; si un hecho específico no encuadra exactamente en el descrito por la ley, respecto de él no existe tipo". (53)

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes: a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la Ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo; b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico; c) Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo; d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la Ley; e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos; y, f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

En el delito a estudio se presenta la atipicidad, si falta la calidad del sujeto activo, pues se requiere que la conducta típica sea cometida por un servidor público, si falta la referencia de ocasión que en este caso será cuando el sujeto activo comete este ilícito no estando en el ejercicio de sus funciones, y por último si la finalidad es el no obtener de la víctima una información o una confesión o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido.

3. ANTIJURICIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACION

El delito es una conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además, que sea típica, ANTIJURIDICA y culpable.

(53) CASTELLANOS, Fernando. Op.cit., Pág. 175.

Estudiaremos ahora el elemento antijuridicidad (o antijuricidad), esencialismo para la integración del delito.

Como la antijuridicidad es un concepto negativo, un anti, lógicamente existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a derecho. Para el autor Javier Alva Muñoz "actúa antijurídicamente quien contradice un mandato del poder". (54)

Según cuello Calón, la antijuridicidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico-penal.

Para Sebastián Soler no basta observar si la conducta es típica (tipicidad), se requiere en cada caso verificar si el hecho examinado, además de cumplir ese requisito de adecuación externa, constituye una violación del derecho entendido en su totalidad, como organismo unitario.

Téngase presente que el juicio de antijuridicidad comprende la conducta en fase externa, pero no en su proceso psicológico causal; ello corresponde a la culpabilidad elemento que se estudiará posteriormente dentro del presente trabajo. La antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica, se requiere necesariamente un juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del estado "Una conducta

(54) Prólogo a la Tesis Profesional de R. Higuera Gil, Pág. 11. Citado por Castellanos Fernando, Pág. 177.

es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación". (55)

En cuanto a la teoría del delito respecto a la antijuridicidad hay tesis en las que se afirma que constituye un carácter del delito. Sostienen Massari, que la antijuridicidad no es un elemento sino un carácter del hecho punible y que si fuere un elemento, uno de los elementos constitutivos del delito, debería la antijuridicidad distinguirse de los demás elementos, presentarse como un dato conceptualmente aislable capaz de ser separado idealmente y de ser contrapuesto a los mismos, como sucede respecto a otros elementos constitutivos generales del delito.

Existe otra tesis en la cual se considera a la antijuridicidad como un elemento y es Puig Peña, Jiménez Huerta y Petrocelli, este último manifiesta "la antijuridicidad es por ende, uno de los tres elementos del delito. En el sentido que se da al término elemento como requisito para componer el delito. Es preciso advertir además, que si la triplicación establecida se presenta en el conjunto como un medio útil para el análisis del hecho jurídico delito, esto de ninguna manera significa que aquellos elementos individualmente tengan existencia por sí mismos, como separados unos de otros, siendo evidente que constituyen una indisoluble unidad. La antijuridicidad en particular, es una nota que colora por sí misma cada parte del delito, y por tanto, bien puede definirse, bajo este aspecto, como el carácter asumido por un hecho cuando reúne en sí todos los coeficientes actos para producir el contraste con la norma y los efectos jurídicos por ella establecidos.

(55) PORTE PETIT, Programa *Op.cit.*, Pág. 285.

Existe una tercera tesis en donde Maggiore considera que la antijuridicidad es un aspecto del delito ya que en efecto no es una parte que se pueda desintegrar del todo, de tal manera que el delito, al quitarle la antijuridicidad quede siempre delito, por más que le sea mutilado un órgano.

Antolisei sostiene que la antijuridicidad no es, como sostiene una importante corriente doctrinaria, un componente, vale decir, un elemento constitutivo del ilícito. Ella es mucho más: es como fue manifestado por Rocco con feliz expresión, "la esencia misma, la naturaleza intrínseca, el en sí del delito". A este respecto expresa Cuello Calón, que la antijuridicidad es el aspecto más relevante del delito; de tal importancia, que para algunos no es un mero carácter, o elemento del mismo, sino su íntima esencia, su intrínseca naturaleza. (56)

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, es decir ha de ser antijurídica.

Para algunos autores, la antijuridicidad no surge propiamente del Derecho Penal, sino de todo orden jurídico, ya que puede presentarse un permiso que puede provenir de cualquier parte del Derecho. 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,

(56) Citado por Porte Petit. Apuntamientos. Op.cit., Pág. 483.

la han estimado como el aspecto más importante del delito ya que sin la existencia de ésta no podría considerarse una conducta como delito.

Se distinguen dos tipos o clases de antijuridicidad: material y formal, la primera es propiamente lo contrario a derecho, por cuanto hace a la afectación genérica hacia la colectividad; la segunda formal es la violación de una norma emanada del Estado. De acuerdo con Jiménez de Asúa, "constituye la tipicidad, mientras que la antijuridicidad material es propiamente la antijuridicidad por lo que considera no tiene caso esta distinción". (57)

La antijuridicidad es importante, tomando en cuenta que el Derecho es un conjunto de normas de cumplimiento obligatorio en un lugar y tiempo determinado, que posibilita la convivencia social, señalando facultades y restricciones o prohibiciones encaminadas a la protección de bienes o intereses sociales, elevados al rango de jurídicos. En particular el Derecho Penal persigue el propósito de colaborar en la obtención de los fines del Derecho en general precisando las conductas lesivas de aquellos bienes jurídicos más caros, valiosos para la sociedad, cuya violación o lesión debe ser por ello más fuertemente reprimida, así como la consecuencia jurídica que sobreviene a aquellos comportamientos.

Así el código punitivo clasifica los delitos en 23 títulos cuyas denominaciones muestran en casi todos los casos los bienes jurídicos tutelados

(57) Citado por Irma G. Amuchategui Requena. Derecho Penal. Editorial Harla, Pág. 67.

como ejemplo: delitos contra la seguridad de la nación, delitos contra la vida, y la integración corporal, etc.

Es de señalarse que el tipo a estudio no se encuentra regulado por el Código Penal sino por la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; sin embargo el bien jurídicamente tutelado en el delito de tortura será la integridad humana.

Finalmente se puede decir que una conducta es antijurídica cuando siendo típica, no está amparada por una causa de justificación o de licitud.

Así entonces, si el servidor público comete el delito de tortura al infligir a una persona dolores o sufrimientos graves, con el objeto de obtener del torturado una información o una confesión o de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido: y si dicho proceder no está amparado por una causa de justificación se afirmará que dicha conducta es antijurídica.

CAUSAS DE JUSTIFICACION

Siguiendo el plan que nos hemos impuesto, de señalar los factores positivos y negativos del delito, debemos examinar la ausencia de antijuridicidad.

Puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación.

Luego las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuridicidad.

La antijuridicidad es lo contrario al derecho, mientras que lo contrario a la antijuridicidad es lo que conforme a derecho, o sea, las causas de justificación. Estas anulan lo antijurídico o contrario a derecho, de suerte que cuando hay alguna causa de justificación desaparece lo antijurídico; en consecuencia, desaparece el delito, por considerar que la conducta es lícita o justificada por el propio derecho.

En principio, la ley penal castiga a todo aquello que la contraría (antijuridicidad), pero excepcionalmente, la propia ley establece casos en que justifica la conducta típica (causas de justificación), con lo cual desaparece la antijuridicidad, por existir una causa de justificación.

De manera genérica, el Código Penal antes de las reformas (reformas del 10 de enero de 1994) las denominaba circunstancias excluyentes de responsabilidad y hoy se tipifican como Causas de Exclusión del Delito como se observa en el artículo 15 del Código Penal, que mezcla distintas circunstancias, entre ellas las de justificación; a su vez, la doctrina las separa y distingue. También suele denominárseles eximentes, causas de incriminación o causas de licitud.

A pesar de las diversas tendencias y opiniones al respecto, la naturaleza de las causas de justificación es eminentemente objetiva, pues derivan de la

conducta y no de algún elemento interno. De lo anterior se explica que dichas causas anulen al delito, más no a la culpabilidad.

Dentro de las causas de justificación, el agente obra con voluntad consciente, en condiciones normales de imputabilidad, pero su conducta no será delictiva por ser justa conforme a derecho. Es así como no podrá exigirse responsabilidad alguna, ya sea penal o civil, porque quien actúa conforme a derecho, no puede lesionar ningún bien jurídico.

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 son aquellas en las que una conducta normalmente prohibida por la Ley Penal, no constituirán delito por la existencia de una norma que lo autoriza o la impone, existen diversas teorías en relación a cuales son las causas de justificación aplicables, como ya lo explicamos con anterioridad; pero en nuestro derecho positivo mexicano, las causas de justificación se señalan en el artículo 15 del Código Penal, en las siguientes fracciones:

- IV. Legítima Defensa
- V. Estado de Necesidad
- VI. Cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho.

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.

Existen diferencias con otras eximentes de responsabilidad, Raúl Carrancá y Trujillo, con acierto innegable utiliza la denominación causas que excluyen la incriminación. Indudablemente este nombre es más adecuado que el empleado por el legislador; además de comprender todos los aspectos negativos del delito, se sustituye la palabra circunstancia 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". (58)

Con fines exclusivamente didácticos Jiménez de Asúa expresa que en las causas de justificación no hay delito, en las de inimputabilidad no hay delincuente y en las excusas absolutorias no hay pena. Como las causas de justificación recaen sobre la acción realizada, son objetivas, se refieren al hecho y no al sujeto; atañen a la realización externa. Otras eximentes son de naturaleza subjetiva, miran al aspecto personal del autor.

Para Edmundo Mezger la exclusión de antijuridicidad se funda en la ausencia de interés y en función del interés preponderante.

La ausencia de interés normalmente el consentimiento del detenido 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 consiste en la protección de un interés privado del cual libremente pueda hacer uso su titular; entonces sí cobra

(58) Citado por Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Tomo II, Pág. 16, 4a. Edición, México, 1956.

vigor el consentimiento del interesado porque significa el ejercicio de tales derechos y por ende resulta idóneo para excluir la antijuridicidad. En estos casos al otorgarse el consentimiento está ausente el interés que el orden jurídico trata de proteger.

El destacado jurista penalista 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 impeditiva de la existencia de la antijuridicidad de una conducta concreta.

Cuando existe interés preponderante se refiere a dos intereses incompatibles, el derecho, ante la imposibilidad de que ambos subsistan opta por la salvación del de mayor valía y permiten el sacrificio del menor, como único recurso para la conservación del preponderante. Esta es la razón por la cual se justifica la defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber, o ejercicio de un derecho, una hipótesis de la obediencia jerárquica y el impedimento legítimo.

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.

Al que se exceda en los casos de legítima defensa, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, será penado como delincuente culpablemente de acuerdo a las recientes reformas.

LEGITIMA 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 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 tengan la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentren en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión". (59)

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 si hay

(59) Diario Oficial de la Federación publicado el 10 de enero de 1994.

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 ilegítima 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. (60)

Dentro de lo que se denomina problemática de la legítima defensa se mencionan algunas situaciones en la vida real en donde no siempre se produce una conducta lista y llanamente repulsiva de una injusta agresión; a veces el cuadro se complica y las soluciones constituyen verdaderos problemas. Nos ocuparemos de aquellas situaciones que con relativa frecuencia se presentan.

(60) LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, S.A., México, 1994. Pág. 151.

RIÑA Y LEGITIMA DEFENSA.- Según nuestro texto legal riña es la contienda de obra y no la de palabra, entre dos o más personas (artículo 314 del Código Penal). En la riña los protagonistas se colocan al margen de la ley, al acudir a las vías de hecho para dirimir sus diferencias y, por lo mismo, las dos actitudes son antijurídicas, mientras la defensa legítima requiere para su existencia de una conducta lícita acorde con el derecho, frente a una injusta agresión; de ahí que la riña excluya la defensa legítima.

LEGITIMA DEFENSA CONTRA EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA.- Giuseppe Maggiore sostiene que todo exceso en la defensa constituye una nueva ofensa injusta y puede dar lugar a otra legítima defensa. Cuando el exceso es debido a culpa, el mismo constituye una violencia punible y por ende injusta, de la cual no es causa eficiente el primer agresor que, por lo tanto, tiene facultad de obrar en legítima defensa.

LEGITIMA DEFENSA RECIPROCA.- No es admisible que cada sujeto realice dos figuras de legítima defensa, de manera paralela en una misma conducta.

LEGITIMA DEFENSA DEL INIMPUTABLE.- Si un inimputable comete una acción delictuosa en ejercicio de la legítima defensa, al ser agredido obre en legítima defensa, pero se trata de un inimputable y su actuar se regulará por las disposiciones contempladas en la ley que crea los consejos tutelares para menores infractores. Nada impide que un menor o cualquier otro inimputable obre en legítima defensa.

LEGITIMA DEFENSA CONTRA INIMPUTABLES.- Aun cuando la conducta del inimputable jamás es culpable por faltarle las capacidades de conocimiento y voluntad, si puede, en cambio ser antijurídica (antijuridicidad es objetiva) y dar lugar a una reacción defensiva legítima.

Para terminar el estudio de este tema, cabe mencionar que el 25 de enero de 1989 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo por el que se dan instrucciones a los agentes del Ministerio Público y de la Policía Judicial cuyos puntos en extractos son:

Primero. Cuando exista daño derivado de manera indubitable del ejercicio de la legítima defensa, no se afectará la libertad del acusado y, de ser el caso, se le liberará inmediatamente.

Segundo. Si el daño se produce bajo los supuestos del párrafo segundo de la frac. III del art. 15 del CPDF, al probable responsable se le tratará en igual forma que en el caso anterior, aun cuando la prueba en contrario esté por perfeccionarse.

Tercero. En caso de exceso en la legítima defensa (y otras excluyentes), se podrá aplicar el beneficio del arraigo domiciliario.

Cuarto. En los casos previstos en este acuerdo se actuará de oficio.

ESTADO DE NECESIDAD.- El estado de necesidad, es un instituto

bastante arduo, que ha ocupado el estudio de muchos penalistas, elaborándose con relación a su concepto un sinnúmero de definiciones. Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley.

Los tribunales estiman que el estado de necesidad es una condición tal, que en la salvación de la persona o de los bienes, necesita la ejecución de un acto que en sí mismo es delictuoso. Se caracteriza, el estado de necesidad porque en él dos bienes jurídicos, en principio igualmente respetables, se ponen en conflicto y uno de ellos, por cualquier circunstancia es sacrificado para que el otro se salve.

El estado de necesidad es otra causa de justificación ahora llamada a partir de las reformas del 10 de enero de 1994 Causa de Exclusión del Delito contemplada en el artículo 15 fracc. V. que a la letra dice: "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". (61)

En relación con la jerarquía de los bienes salvado y sacrificado, existe desigualdad de opinión entre los autores. Para unos, el bien sacrificado debe ser

(61) Diario Oficial de la Federación publicado el 10 de Enero de 1994.

de menor valor que el bien salvado; mientras que para otros, puede tener la misma jerarquía.

El estado de necesidad es el peligro actual o inmediato para bienes jurídicamente protegidos, que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente tutelados, pertenecientes a otra persona.

Aún se discute en la doctrina la naturaleza jurídica del estado de necesidad; para precisarla es indispensable distinguir si los bienes en conflicto son de igual o diferente valor. Si el sacrificado es de menor entidad que el amenazado, se trata de una causa de justificación; pero si el bien lesionado es de mayor valor que el salvado, el delito se configura excepto si concurre alguna otra circunstancia justificativa del hecho desde su nacimiento. Si los bienes son equivalentes, el delito es inexistente, no por anularse la antijuridicidad, sino en función de una causa de inculpabilidad, o tal vez subsista la delictuosidad del acto, pero la pena no será aplicable si opera alguna excusa absolutoria lo cual se tratará en el capítulo de la culpabilidad y su aspecto negativo. Por ahora nos ocuparemos del estado de necesidad como causa de justificación.

"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". (62)

(62) PORTE PETIT. Apuntamientos. *Op.cit.*, Pág. 539.

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.

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 que 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 tercero o por causas no imputables al hombre; en la legítima defensa, el peligro surge del agresor y no por fuerza de la naturaleza.

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" (Semana Judicial de la Federación, XLI. Sexta Epoca. Segunda Parte, p. 31).

Los elementos del estado de necesidad son: "a) una situación de peligro, real, actual o inminente; b) que ese peligro no haya sido ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente; c) que la amenaza recaiga sobre cualquier bien jurídicamente tutelado (propio o ajeno); d) un

ataque por parte de quien se encuentra en el estado necesario; y, e) que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente". (63)

Casos especialmente tipificados en el Código Penal del Distrito Federal, además de la forma genérica que contempla el estado de necesidad, regula dos específicos: el aborto terapéutico y el robo de indigentes.

El aborto terapéutico llamado en la doctrina también aborto necesario, consiste de acuerdo con el artículo 334 del propio Código, en lo siguiente "no se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuese posible y no sea peligrosa la demora".

Algunos juristas consideran que dicha hipótesis pertenece al aspecto negativo de la punibilidad, representado por las excusas absolutorias.

Robo de indigente.- También conocido como robo de famélico, es propiamente el robo producido por un estado de necesidad contemplado en el artículo 379 del Código Penal para el Distrito Federal de la manera siguiente: "no se castigará al que, sin emplear engaños ni medios violentos, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento.

(63) CASTELLANOS, Fernando. *Op.cit.*, Pág. 206.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER O EJERCICIO DE UN DERECHO.-

En principio, ejercen sus derechos todos los que realizan conductas que no estén prohibidas. El artículo 15 del C.P., en su fracc. VI, establece que el delito se excluye cuando "la acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en el ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho y que éste último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro". (64)

A fin de reiterar que el comportamiento del agente sea lícito se incurre en redundancia al determinarse que se obre en forma legítima cumpliendo un deber jurídico. Como en la defensa legítima y en el estado necesario, se exige la racionalidad del medio empleado.

Dentro de estas hipótesis (derecho o deber) pueden comprenderse, como formas específicas, las lesiones y el homicidio cometidos en los deportes o como consecuencia de tratamientos médico-quirúrgicos y un tipo de lesiones inferidas con motivo del ejercicio del derecho de corregir.

También debe incluirse una hipótesis de la obediencia jerárquica, que trataremos al hacer el estudio de la inculpabilidad, juntamente con los casos en los cuales la obediencia origina la eliminación directa del elemento culpabilidad.

Ejercer un derecho es causar algún daño cuando se obra de forma legítima, siempre que exista necesidad racional del medio empleado. En esta

(64) Diario Oficial de la Federación publicado el 10 de Enero de 1994.

eximente, el daño se causa en virtud de ejercitar un derecho derivado de una norma jurídica o de otra situación, como el ejercicio de una profesión, de una relación familiar, etcétera.

El médico que amputa una pierna para que no avance la gangrena causa una mutilación (lesión), pero su conducta, a pesar de ser típica, no es antijurídica porque actúa en ejercicio de un derecho; a su vez, el abogado y el actuario que toman bienes muebles ajenos por virtud de una orden de embargo no cometen ilícito alguno, porque también actúan en el ejercicio de un derecho. En la actividad deportiva resulta frecuente que los deportistas infieran a otros determinadas lesiones y a veces el homicidio. En el caso de deportes, se presupone que el ejercicio de un derecho implica una autorización oficial por parte del Estado; de no existir ésta, el ilícito resultante puede entrar bajo el rubro de responsabilidad penal.

Es significativo indicar que antes de las reformas realizadas el día 10 de enero de 1994 al C.P. se consideraba como causa de justificación la obediencia jerárquica, considerada como tal, cuando una persona obedecía a un superior ilegítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituía 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 cuanto al impedimento legítimo antes de las reformas del día 10 de enero de 1994, se establecía como una excluyente de responsabilidad,

señalándose como tal, contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda.

Una vez analizados la antijuridicidad y las causas de justificación en términos generales, habrá que ver ahora cómo se plantea esto en el delito de tortura. Como ya se ha señalado el tipo a estudio se encuentra regulado en el artículo 3o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Se desprende que para que la conducta típica se dé, es necesario que el sujeto activo provoque dolores o sufrimientos graves en el torturado con la finalidad de obtener de éste, una información o una confesión, o bien para castigarlo por un acto que haya cometido o se sospeche que cometió.

Este hacer voluntario, que puede ser positivo o negativo por parte del servidor público va en contra del derecho pues implica un menoscabo a la integridad de los intereses jurídicos que el derecho intenta salvaguardar. En este delito a estudio, se considera que el bien jurídicamente tutelado, lo es la integridad humana, de tal manera que al ser dañado se está con ello trasgrediendo una norma establecida por el Estado.

En cuanto a las causas de justificación se afirma que una conducta no es antijurídica, cuando siendo típica se encuentra amparado por una causa de justificación, para el caso del delito de tortura se dice que son causas de exclusión del delito las mencionadas en el artículo 15 del C.P., ya señaladas anteriormente, en donde no es posible que se presente alguna de éstas, ya que para que se configure el tipo a estudio es necesario que haya la intención de producir un daño por parte del sujeto activo en este caso el servidor público.

4. CULPABILIDAD E INCULPABILIDAD

Ya se dijo que el delito es una conducta que debe de ser típica y antijurídica; ahora se estudiará el otro elemento necesario para integrar en su totalidad el delito: La Culpabilidad, elemento esencial del delito.

La culpabilidad es la relación directa que existe entre la voluntad y el conocimiento del hecho con la conducta realizada.

Para Vela Treviño, "la culpabilidad es el elemento subjetivo del delito y el eslabón que asocia lo material del acontecimiento típico y antijurídico con la subjetividad del autor de la conducta". (65)

El maestro Castellanos la define como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Para Raúl Carrancá y Rivas la culpabilidad es la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado.

Siguiendo un proceso de referencias lógico, una conducta será delictuosa no sólo cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Se considera culpable la conducta según Cuello Calón cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.

(65) VELA TREVIÑO, Sergio. Culpabilidad e Inculpabilidad. Teoría del Delito, Editorial Trillas, México, 1985, Pág. 337.

Al llegar a la culpabilidad dice Jiménez de Asúa, "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica". (66)

Porte Petit define la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto, posición sólo válida para la culpabilidad a título doloso, pero no comprende los delitos culposos en los cuales por su naturaleza misma, no es posible querer el resultado; por ello consideramos a la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto.

Dos principales doctrinas ocupan el campo de la polémica sobre la naturaleza jurídica de la culpabilidad: psicologismo y el normativismo.

La primera teoría psicologista o psicológica de la culpabilidad. Para esta concepción, la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico, dejando toda valoración jurídica para la antijuridicidad, ya supuesta; la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado en el autor. "Lo cierto es que la culpabilidad con base psicológica, consiste en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado; lo cual quiere decir que contiene dos elementos: uno volitivo, o como lo llama Jiménez de Asúa, emocional; y otro intelectual. El primero indica la suma de dos querereres: de la conducta y del resultado; y el segundo, el intelectual, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta". (67)

(66) Citado por Castellanos Fernando. La Ley y el Delito, Pág. 444. Caracas, 1945,

(67) PORTE PETIT, Importancia, Op.cit. Pág. 49.

Ya hemos dicho como el estudio del factor subjetivo del delito se realiza supuesta la integración de los anteriores elementos: conducta, tipicidad y antijuridicidad, y sobre esa base se analiza la culpabilidad del sujeto imputable.

La segunda teoría llamada normativa o normativista de la culpabilidad, el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche; una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir el orden normativo una conducta diversa a la realizada. La esencia del normativismo consiste en fundamentar la culpabilidad, o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

Citando a Frank, fundador de la teoría normativa, expresa que culpabilidad es reprochabilidad del injusto típico. Este juicio normativo está justificado, en la misma medida tanto frente al agente doloso como frente al que actúa por imprudencia.

Para el psicologismo, la culpabilidad radica en el hecho psicológico causal del resultado; en el normativismo es el juicio de reproche a una motivación del sujeto.

Pero en relación con la concepción normativa es necesario distinguir aquella propia de los autores causalistas y la de los autores finalistas, pues aún cuando en ambos casos se habla de una culpabilidad normativa, la estructura de ésta varía. Para los autores causalistas que manejan un concepto normativo de

la culpabilidad, ésta se integra de los siguientes elementos: imputabilidad, dolo, culpa y exigibilidad (casi sobre todo Mezger); es decir, está compuesta tanto de elementos psicológicos como valorativos, formando parte de ella el dolo y la culpa. Para el sistema finalista, en cambio la culpabilidad, entendida también como juicio de reproche tiene los siguientes elementos: imputabilidad, posibilidad de conocimiento o conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad (así sobre todo Welzel) de aquí se deriva que el dolo y la culpa ya no son elementos de la culpabilidad sino elementos subjetivos del tipo.

De estas dos teorías, se ha originado una tercera posición llamada normativismo puro que traslada al dolo y a la culpa en el tipo, y deja únicamente en la culpabilidad la reprochabilidad.

En resumen podemos decir para el psicologismo, la psique o la mente del sujeto es la que comete el delito; el normativismo sostiene, que el sujeto delinque al violar las normas ya que se le hace un juicio de reproche y por último el conductismo dice que el sujeto varía la conducta de actuar en la sociedad.

En cuanto a los elementos de la culpabilidad con base en la teoría finalista de la acción, son:

- a) La exigibilidad de una conducta conforme a la ley.
- b) La imputabilidad, y
- c) La posibilidad concreta de reconocer el carácter ilícito del hecho realizado.

De acuerdo con el psicologismo las especies o formas de la culpabilidad son dos: el dolo y la culpa.

Sin 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 ha sido excluida del Código Penal en las reformas realizadas el 10 de enero de 1994.

En la antigüedad, los penalistas consideraban especies de la culpabilidad al dolo y a la culpa, pero a partir de Frank, se le dio la aceptación de elementos.

Respecto al dolo y a la culpa, Edmundo Mezger dice: "estas formas de culpabilidad son, a la vez, grados determinados de la culpabilidad y se encuentran por lo tanto, en una determinada relación de orden. Son:

- a) La forma legal básica de la culpabilidad, denominada habitualmente dolo (dolus).
- b) La forma más leve de la culpabilidad, llamada culpa (culpa).
- c) La unión especial entre estas dos formas fundamentales.

Cada tratadista establece su propia clasificación de las especies dolosas. Así, se habla en la doctrina de dolo directo, indirecto, eventual, indeterminado, alternativo, genérico, específico, calificado, etcétera. Nosotros nos ocuparemos solamente de las especies de mayor importancia práctica.

EL DOLO. Consiste en causar intencionalmente el resultado típico, con conocimiento y conciencia de la antijuridicidad del hecho la doctrina le llama delito intencional o doloso y en la legislación se reglamenta en el artículo 9o., párrafo primero que a la letra dice: "obra dolosamente el que conociendo los elementos del tipo penal o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley". (68)

Dolo Directo: Aquel en que la voluntad se encamina directamente al resultado o al acto típico.

Dolo Indirecto: Se presenta cuando el agente actúa ante la certeza de que causará otros resultados penalmente tipificados que no persigue directamente, pero aún previendo su seguro acacimiento ejecuta el hecho.

Dolo Eventual: Existe cuando el agente se representa como posible un resultado delictuoso, y a pesar de tal representación, no renuncia a la ejecución del hecho, aceptando sus consecuencias.

LA CULPA. Como segunda forma de culpabilidad. Se ha repetido demasiado que para la delictuosidad de una conducta precisa, entre otros requisitos, que haya sido determinada por una intención (dolo), o por un olvido del mínimo de disciplina social impuesto por la vida gregaria (culpa) en ausencia del dolo o culpa no hay culpabilidad y sin ésta el delito no se integra.

(68) Diario Oficial de la Federación publicado el 10 de enero de 1994.

Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón). Actúa culposamente quien infringe un deber de cuidado que personalmente le incumbe y cuyo resultado puede preveer (Edmundo Mezger).

Por nuestra parte, consideramos que existe culpa cuando se realiza la conducta sin encaminar la voluntad a la producción de un resultado típico, pero éste surge a pesar de ser previsible y evitable, por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas.

Elementos de la culpa: Por ser necesaria la conducta humana para la existencia del delito, ella constituirá el primer elemento; es decir, un actuar voluntario (positivo o negativo); en segundo término que esa conducta voluntaria se realice sin las cautelas o precauciones exigidas por el Estado; tercero: los resultados del acto han de ser preVISIBLES y evitables y tipificarse penalmente; por último una relación de causalidad entre el hacer y no hacer iniciales y el resultado no querido.

Clases de culpa: Dos son las especies principales de la culpa, primero Consciente también llamada con previsión o con representación, existe cuando el activo prevee como posible el resultado típico, pero no lo quiere y tiene la esperanza de que no se producirá. Inconsciente, conocida como culpa sin previsión o sin representación, existe cuando el agente no prevee el resultado típico; así, realiza la conducta si pensar que puede ocurrir el resultado típico y sin preveer lo previsible y evitable. Dicha culpa puede ser: lata, leve y levísima.

La distinción entre culpa consciente y dolo eventual, tanto en una como en otro hay voluntariedad de la conducta causal y representación del resultado típico; pero mientras en el dolo eventual se asume indiferencia ante el resultado, se menosprecia, en la culpa con previsión no se quiere, antes bien, se abraza la esperanza de que no se producirá.

Según el artículo 9o. párrafo segundo que a la letra dice: "obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no e produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales". (69)

Una vez analizado el elemento culpabilidad se procederá a realizar un enfoque al delito de tortura.

Para constituir la culpabilidad, es indispensable el análisis del hecho que se produjo para determinar si el sujeto es culpable o no, es decir se deberá comprobar que la conducta encuadra en la definición legal y que carece de causas que la justifique, esto es, una conducta típica y antijurídica y que el sujeto tenga la capacidad de entender y querer.

Tal y como se ha señalado la culpabilidad reviste dolo y culpa de tal manera que se procederá a enfocar cual de estas formas de la culpabilidad presenta el delito de tortura.

(69) Diario Oficial de la Federación publicado el 10 de enero de 1994.

Se puede afirmar que el delito a estudio se caracteriza por ser eminentemente doloso ya que para que la tortura se tipifique, se requiere que el servidor público inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, en este caso existe la voluntad del sujeto activo de causar un daño por lo que quiere y acepta el resultado que se produzca.

LA INCULPABILIDAD

Al igual que los demás elementos la culpabilidad cuenta con un aspecto negativo, que es la inculpabilidad, esto es las circunstancias que impiden la aparición de la culpabilidad en una conducta.

La inculpabilidad es la ausencia de culpabilidad; significa la falta de reprochabilidad ante el derecho penal, por faltar la voluntad o el conocimiento del hecho.

Jiménez de Asúa, consecuente con su concepción normativa de la culpabilidad sostiene que la inculpabilidad consiste en la absolución del sujeto en el juicio de reproche.

La inculpabilidad operará cuando falte alguno de los elementos esenciales de la culpabilidad, ya sea el conocimiento o la voluntad. Tampoco será culpable una conducta si falta alguno de los otros elementos del delito o la imputabilidad del sujeto, porque si el delito integra un todo, sólo existirá mediante la conjugación de los caracteres constitutivos de su esencia.

Se ha considerado importante diferenciar las causas de inculpabilidad con las causas de inimputabilidad, señalando que en éstas últimas el sujeto es psicológicamente incapaz para toda clase de acciones ya sea permanente o transitoriamente; en cambio el inculpable es completamente capaz, pero no le es reprochada la conducta porque es resultado de un error o por no podersele exigir otra forma de actuar, por lo que en el juicio de culpabilidad se le absuelve. La base de la inculpabilidad es el error, teniéndose varios tipos de éstos.

Por error entenderemos la falsa concepción de la realidad; no es la ausencia de conocimientos, sino un conocimiento deformado o incorrecto; así pues por ignorancia entenderemos el desconocimiento absoluto de la realidad o la ausencia de conocimiento.

Se ha considerado que ambos son actitudes psíquicas del sujeto, en la realización de alguna conducta. Existen algunas legislaciones que han ocupado la expresión error y otras se han inclinado por el término ignorancia ya que consideraron que éste abarcaba también el concepto error. El error se divide en error de hecho y de derecho. El de hecho a su vez se clasifica en esencial y accidental, abarcando este último el error en el golpe, en la persona y en el delito.

Ahora bien al hablar de eximentes putativas se entienden éstas como "las circunstancias en las cuales el agente por error esencial de hecho insuperable cree, fundamentalmente al realizar un hecho típico del Derecho Penal hallarse

amparado por una justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo". (70)

Las eximentes putativas son pues las circunstancias fundadas en un error esencial de hecho insuperable que eliminan la culpabilidad de una conducta. Caben aquí la legítima defensa putativa, el estado de necesidad putativo, el deber y el derecho legales putativos y todas las actuaciones típicas y antijurídicas en donde el sujeto considera de manera fundada encontrarse en una causa de justificación.

Se afirma en la moderna doctrina que la no exigibilidad de otra conducta es causa eliminatória de la culpabilidad juntamente con el error esencial de hecho.

Castellanos Tena señala tres formas de la no exigibilidad y que son: el temor fundado, el encubrimiento de parientes y allegados y el estado de necesidad tratándose de bienes de la misma entidad.

Visto lo anterior se puede decir que la no exigibilidad sólo es importante para evitar el merecimiento de una pena pero no de la culpabilidad.

Se afirma que para que un sujeto sea considerado como culpable debe tener la capacidad de querer y entender la ilicitud de su conducta de tal manera que si no existe capacidad y voluntad sólo habrá inculpabilidad.

(70) CASTELLANOS, *Op.cit.*, Pág. 266.

Ya se han señalado las circunstancias que impiden la aparición de la culpabilidad en una conducta, ahora es necesario analizar cuáles de estas condiciones se presentan en el delito de tortura, de donde se desprende que para el tipo de tortura es indispensable que el sujeto activo tenga la capacidad de entender la ilicitud del acto que está realizando, así como la voluntad de causar un daño en la persona que está torturando. De tal manera que no es posible que se presente alguna de las circunstancias que impiden la aparición de la culpabilidad ya que existe capacidad y voluntad por parte del sujeto activo.

5. PUNIBILIDAD Y EXCUSAS ABSOLUTORIAS

La punibilidad viene a ser el último elemento del delito ya que quien ha sido declarado culpable debe ser acreedor a una pena. No basta que una conducta sea típica, antijurídica y culpable sino que además debe estar sancionada, para que pueda considerarse como delito. La punibilidad es resumida de la siguiente manera: merecimiento de penas; conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley.

La punibilidad hay quienes la consideran 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 señaladas en nuestro Código Penal.

A nuestra consideración la punibilidad es un elemento del delito y no una simple consecuencia de éste ya que el artículo 7o. del C.P. señala que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales de tal manera que si sólo existe una conducta típica antijurídica y culpable no se puede hablar de delito ya que además de los elementos anteriores se requiere del merecimiento de una pena, esto para evitar que las personas cometan ilícitos ante el temor de la imposición de una sanción.

En el delito a estudio, se señala la pena en el artículo 4o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura que a la letra dice: "a quien cometa el delito de tortura se aplicará prisión de tres a doce años, 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. Para los efectos de la determinación de los días multa se estará a lo dispuesto en el artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia del Fuero Federal". (71)

Al aspecto negativo de la punibilidad se le llama excusa absolutoria y son aquellas circunstancias específicamente señaladas en la ley y por las cuales no se sanciona al agente. Dentro de las más importantes el autor Carrancá y Trujillo menciona:

(71) Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

- "a) Excusas en razón de los móviles afectivos revelados,
- b) Excusas en razón de la copropiedad familiar;
- c) Excusas en razón de la patria potestad o de la tutela;
- d) Excusas en razón de la maternidad consciente;
- e) Excusas en razón del interés social preponderante, y
- f) Excusas en razón de la temibilidad específicamente mínima revelada". (72)

Ausencia de la punibilidad en función de las excusas absolutorias, no es posible la aplicación de la pena. Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho impiden la aplicación de la pena.

Ninguna de estas excusas absolutorias mencionadas anteriormente se presenta en el delito de tortura, ya que se señala una pena para quien comete el delito y ninguna de estas causas impiden la aplicación de la pena.

(72) CARRANCA y TRUJILLO, *Op.cit.*, Pág. 378.

CAPITULO IV

FORMAS DE APARICION DEL DELITO DE TORTURA

1. ITER CRIMINIS

El delito recorre un camino que tiene su partida en un proceso interno. De aquí el estudio de dos fases: interna y externa. Ordinariamente, el hombre delibera y luego ejecuta.

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea o tentación en la mente, hasta su terminación; recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento. A este proceso se le llama iter criminis, es decir, camino del crimen.

Los delitos culposos no pasan por estas etapas; se caracterizan porque en ellos la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino solamente a la realización de la conducta inicial.

El delito nace como idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado. A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Esta fase se constituye por el proceso interior que ocurre en la mente del sujeto activo y abarca a su vez, las etapas siguientes: ideación, deliberación y resolución.

El primer fenómeno (ideación), "se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito. Puede suceder que ésta sea rechazada en forma definitiva o bien, suprimida en principio, surge nuevamente, iniciándose

la llamada deliberación. Por ésta se entiende el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugnan contra ella. Entre el momento en que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de la idea y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si en éste persiste la idea criminosa, después de haberse agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir". (73)

La fase interna tiene más importancia para la criminología que para el derecho penal, el cual no sanciona esta fase, pues no habiéndose materializado la idea criminal, en actos o palabras, no llega a lesionarse ningún interés jurídicamente protegido ya que el derecho regula relaciones entre personas y por ello el pensamiento no delinque.

A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada. A ésta no puede considerársele formando parte de la fase externa por no constituir una actividad material; no es propiamente un acto material sino expresión verbal, como lo hace notar Jiménez de Asúa. Por tal razón, de común no se le incluye en la fase interna pero tampoco en la externa, sino en la zona intermedia entre ambas.

La resolución manifestada ha sido objeto de estudio sobre tres formas conocidas en Francia: la proposición, la conspiración y el complot. Pero

(73) PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Ed. Porrúa, 1985, Pág. 435-436.

nosotros descartaremos la última porque el complot no es más que un modo de conspiración.

De ninguna manera se puede decir que sean actos preparatorios, se diferencian esencialmente en que éstos son actos externos y materiales, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente.

La proposición y la conspiración, por otro lado, se diferencia de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etcétera).

Estas dos formas genéricas aludidas (proposición y conspiración), están referidas en nuestro Derecho Positivo exclusivamente a los delitos contra la seguridad exterior e interior de la nación, integrando delitos independientes pero en función de los tipos expresamente recogidos en la ley; por tanto sólo podemos hablar con propiedad de proposición para cometer traición y de conspiración para realizar traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desordenes públicos. No podemos, por ende y con base en la ley, enjuiciar a nadie por proposición de robo o por conspiración de homicidio. Las amenazas y la provocación de un delito constituyen igualmente tipos autónomos recogidos en los artículos 282 y 209 del Código Penal.

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos ya dentro de la fase externa u objetiva del delito; penetramos a lo que algunos autores denominan el proceso ejecutivo del delito.

La fase externa comprende desde el instante en que el delito se ha manifestado y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución.

La manifestación aparece en el exterior, es decir la idea criminosa aflora, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto. Esta fase, no tiene todavía trascendencia jurídica ya que sólo se manifiesta la voluntad de delinquir, pero mientras no se cometa el ilícito, no se puede castigar al sujeto.

La manifestación no es inculpa. Por excepción, existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. "El artículo 282 del Código Penal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo. En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito. Nuestra Constitución establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de terceros, perturbe el orden público o provoque algún delito (artículo 60.)". (74)

La preparación como segunda etapa de la fase externa, se forma por los actos que realiza el sujeto con el propósito directo de cometer el delito, es decir,

(74) CASTELLANOS, *Op.cit.*, Pág. 286.

actos preparatorios que por sí solos pueden no ser antijurídicos y, en consecuencia, no revelarán la intención delictuosa, a menos que por sí solos constituyan delitos.

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir.

Como tercera y última etapa de la fase externa se encuentra la ejecución, la cual consiste en la realización de los actos que dan origen propiamente al delito, en el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. Enseguida estudiaremos la tentativa. Se constituye por los actos materiales tendientes a ejecutar el delito, de modo que éste no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente. Puede ocurrir mediante actos positivos (hacer) o negativos (abstenciones u omisiones).

La tentativa difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo. Según Soler la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste, como lo expresa Jiménez de Asúa, en la tentativa como la ejecución incompleta de un delito.

Entendemos, pues, por tentativa los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Nuestro Código como veremos, en reforma al artículo 12 se refiere expresamente a ejecutar u omitir la conducta en la tentativa.

El fundamento de la punición en la tentativa es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se inflige la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminosa, no es punible la tentativa.

La propia Ley Penal precisa que el juez deberá tener en cuenta la temibilidad y el grado a que hubiere llegado el presunto activo.

En cuanto a las clases o formas de tentativa se afirma que puede manifestarse de dos maneras: inacabada que es aquella en la cual el sujeto activo no lleva a cabo todos los actos tendientes para ejecutar el delito, pero por causas extrañas al sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución; se habla de tentativa acabada o delito frustrado cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los

actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

No debe confundirse la tentativa acabada con la tentativa de delito imposible. En ésta tampoco se produce el resultado y no surge no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por imposibles. Tal sucede cuando se administra un abortivo a mujer no embarazada o se pretende matar a un muerto.

Tampoco debe confundirse el delito putativo o imaginario con el imposible. En el putativo no hay infracción a la Ley Penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe.

"El delito putativo -como no es delito- no puede sancionarse en grado de tentativa ni de supuesta consumación. El imposible tampoco debe punirse ni como tentativa, pues no entraña la ejecución de la conducta capaz de producir el delito, ni la omisión de la adecuada para evitarlo; el delito jamás se integraría por falta de objeto jurídico; sin embargo, el asunto es muy discutido entre los especialistas. Nosotros, interpretando el artículo 12 del Código Penal, consideramos que el legislador de 1931 no quiso captar dentro del precepto la tentativa del delito imposible". (75)

Una vez analizado el iter criminis y las fases por las que pasa el delito lo aplicaremos al ilícito de estudio, estas fases se presentan de la siguiente manera: surge en el sujeto activo (servidor público) la idea de torturar al sujeto pasivo sin

(75) CASTELLANOS, *Op.cit.*, Pág. 291.

embargo, se presenta un conflicto en su mente; el de realizar o no la conducta típica hasta que decide infligir a la persona dolores o sufrimientos graves.

Posteriormente la fase externa se presenta cuando en el torturador (servidor público) existe la idea de torturar por lo que procede a la realización del ilícito, sin embargo, es aquí en donde se presenta la tentativa la cual puede ser acabada o inacabada, será inacabada cuando el sujeto activo ya tiene preparado el método de tortura que va a utilizar y realiza los actos tendientes a la producción del resultado pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno y por eso no se logra torturar a la persona. Será acabada cuando el servidor público decida torturar a una persona por medio de toques eléctricos en el cuerpo pero por motivos ajenos a su voluntad se descompone el aparato que produce tales toques, lo cual ocasiona que no pueda obtener su objetivo.

2. AUTORIA Y PARTICIPACION

Para centrar en el lugar debido el problema de la participación, MAGGORE empieza por distinguir entre delitos individuales, unisubjetivos o monosubjetivos y delitos colectivos o plurisubjetivos, en razón de la exigencia típica referida a los sujetos activos en el delito; éste es unisubjetivo cuando el tipo permite que su comisión se realice de ordinario por una persona, aunque eventualmente puedan realizarlo varias; es plurisubjetivo cuando la descripción legal de la conducta o del hecho sólo admite la comisión del delito por una pluralidad de personas.

Hecha tal distinción, debe separarse el concurso necesario, en virtud de que la exigencia del tipo precisa la participación de varias personas sin cuyo presupuesto el delito no existe, del llamado concurso eventual en donde, sin existir la exigencia aludida, la intervención de varios sujetos hace nacer el concurso en el delito, al cual se le denomina "eventual" o participación propia.

A veces la naturaleza misma de determinados delitos requiere pluralidad de sujetos, como en el adulterio, en donde la intervención de dos personas es una condición indispensable para la configuración del tipo. En la mayoría de los casos, el delito es el resultado de la actividad de un individuo; sin embargo, en la práctica dos o más hombres conjuntamente realizan un mismo delito; es entonces cuando se habla de la participación. Consiste en la voluntaria cooperación de varios individuos en la realización de un delito, sin que el tipo requiera esa pluralidad.

El homicidio es siempre unisubjetivo porque de acuerdo con el artículo 302 del Código Penal, basta sólo un agente para su realización, con independencia de que, en ocasiones, se ejecute por una pluralidad de individuos. En cambio, los tipos plurisubjetivos no pueden colmarse con la conducta de un hombre, sino necesariamente por la de dos o más como ocurre en el adulterio.,

Diversas doctrinas pretenden desentrañar la esencia de la participación; con un propósito sintetizador pueden reducirse a tres, a saber: de la causalidad, de la accesoriidad y de la autonomía.

La primera llamada causalidad trata de resolver la naturaleza de la participación, de acuerdo con la causalidad. Quienes coadyuvan con su unión a causar el resultado, son coautores partícipes o codelincuentes; a quienes contribuyen, con su aporte a formar la causa del evento delictivo.

La segunda teoría denominada accesoriadad, recibe este nombre porque considera autor del delito sólo a quién realiza los actos u omisiones descritos en el tipo penal; así, hay una conducta principal y otras accesorias que corresponden a los partícipes.

Finalmente la teoría de la autonomía afirma que cada sujeto realiza una conducta autónoma, por lo cual se producen varios delitos.

Quienes intervienen ya no son partícipes, habida cuenta de la autonomía de su conducta; por ende, a la actuación de uno no se le comunican las circunstancias de los demás.

Como se ha visto la participación precisa de varios sujetos que encaminan su conducta hacia la realización de un delito, el cual se produce como consecuencia de su intervención.

"Evidentemente si todos son causa de infracción, no siempre lo serán en el mismo grado; éste estará en relación con la actividad o inactividad de cada uno, de donde surgen varias formas de participación". (76)

(76) CASTELLANOS, *Op.cit.*, Pág. 296.

Llámesese autor al que pone una causa eficiente para la producción del delito; es decir, al ejecutor de una conducta física y psíquicamente relevante. La doctrina está de acuerdo en considerar como autores no sólo a quienes material y psicológicamente son causa del hecho típico, sino que es suficiente, para adquirir tal carácter, la contribución con el elemento físico o con el anímico, de donde resultan los autores materiales y los autores intelectuales.

Si alguien ejecuta por sí solo el delito, se le llama simplemente autor; si varios lo originan, reciben el nombre de co-autores. Los auxiliares indirectos son denominados cómplices, quienes aún cuando contribuyen secundariamente, su intervención resulte eficaz en el hecho delictuoso.

El maestro Porte Petit dice que la fracción II se refiere al autor material o inmediato, la fracción III alude a los que lo realicen conjuntamente, la fracción IV, incluye, a la autoría mediata, la fracción V regula la instigación, posteriormente la VI norma la complicidad la VII nos dice que constituye un caso muy particular pues ni es participación ni es encubrimiento sino que se trata de la existencia de una promesa anterior respecto de un auxilio posterior a la ejecución del delito, por último en la fracción VIII se encuentra reglamentada la denominada complicidad correspectiva o correlativa.

Maggore clasifica las formas de participación según el grado, la calidad, el tiempo y la eficacia.

Según el grado, la participación puede ser principal y accesoria; mientras

la primera se refiere a la consumación del delito, la segunda atiende a su preparación; según la calidad, la participación puede ser moral y física, comprendiendo la primera tanto la instigación como la determinación o provocación; a su vez la instigación abarca el mandato como la orden, la coacción, el consejo y la asociación; en razón del tiempo la participación es anterior, si el acuerdo es previo a la comisión del delito, concomitante si la temporalidad está referida al instante mismo de la ejecución del delito, y posterior cuando se comprenden actos que se ejecutan después del evento pero con acuerdo previo y; según su eficacia, la participación es necesaria y no necesaria, de acuerdo con la naturaleza del delito, ya sea que éste exija o no, para su comisión el concurso de personas.

Hay instigación dice Soler cuando el sujeto "quiere el hecho, pero lo quiere producido por otro; quiere causar ese hecho a través de la psique de otro, determinando en éste la resolución de ejecutarlo. *

La determinación o provocación se da cuando el sujeto únicamente aprovecha la idea ya existente en otro, realizando actos o procurando consejos, con fuerza de convencimiento para reforzar la idea inicial y orillar a la ejecución del delito.

Mandato, consisten en ordenar a otros que cometan un delito con beneficio sólo de quien lo ordena; orden es una especie de mandato, en el que el

* Derecho Penal Argentino. Tomo 55, Pág. 258 y ss, Buenos Aires, 1956. Cítado por Castellanos. Op.cit., Pág. 297.

superior ordena al inferior la realización de un delito en abuso de autoridad.

La coacción se presenta cuando el mandato se apoya en la amenaza. El consejo es la instigación que se hace a alguno para inducirlo a cometer el delito para la exclusiva utilidad y provecho del instigador.

La asociación es el acuerdo o pacto celebrado por varias personas para ejecutar un delito en beneficio de todos los asociados.

El nuevo artículo 13 del Código Penal, mejora considerablemente la sistemática en torno a Autoría y participación en el delito y sobre todo, pretende agotar todas las posibles formas de responsabilidad penal:

Personas responsables de los delitos.

"Artículo 13. Son autores o partícipes del delito:

- I. Los que acuerden o preparen su realización;
- II. Los que lo realicen por sí;
- III: Los que lo realicen conjuntamente;
- IV. Los que lo llevan a cabo sirviéndose de otro;
- V. Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
- VI. Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII. Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y

VIII. Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo". (77)

Con relación a los autores se debe distinguir entre autor material, autor intelectual y autor por cooperación.

"El material es quien físicamente ejecuta los actos descritos en la ley; intelectual el que induce o compele a otro a cometer el delito, mientras el cooperador presta a aquél auxilio de carácter necesario para llegar al fin delictivo propuesto". (78)

Autor mediato. Se denomina tal al que para realizar el delito se vale, como ejecutor material, de una persona exenta de responsabilidad, bien por ausencia de conducta, por error o por ser un inimputable.

Autor inmediato es el que ejecuta la acción expresada por el verbo típico de la figura delictiva.

Coautor al igual que el autor, es quien realiza la actividad, conjuntamente con otro u otros descrita en la ley.

Complicidad, consisten en el auxilio prestado a sabiendas, para la ejecución del delito, pudiendo consistir en un acto o en un consejo.

(77) Código Penal para el Distrito Federal.

(78) PAVON VASCONCELOS, Francisco. Op.cit., Pág. 473.

Desde un punto de vista subjetivo se ha negado diferencia alguna entre el autor y el cómplice, más objetivamente es evidente la existente entre ellos; el autor es el que ejecuta la acción delictuosa típica, mientras el simple auxiliador realiza actos accesorios.

La punibilidad de la complicidad. Son diversos los sistemas adoptados por la legislación, pues mientras algunos Códigos colocan en igualdad de condiciones, para los efectos de la penalidad, a todos los concurrentes en el delito, como sucede en el italiano, otros en cambio establecen penas distintas según el grado de participación en él. El Código del Distrito Federal no tiene graduación de penas, otorgando al juzgador el arbitrio necesario para determinar las aplicables en cada caso a quienes participan en el evento punible. No obstante, en la doctrina priva el criterio de que los cómplices deben ser sancionados con pena inferior a la correspondiente al autor, por ser de menor importancia la actividad desplegada por ellos en la comisión del delito.

La aplicación del principio de la causalidad, base de toda construcción jurídica de la participación, en la forma restringida en que lo hemos adoptado, excluye al encubrimiento, pues el concurso de sujetos implica intervención en la producción del delito, sea en forma directa o indirecta. De ahí que el encubrimiento se construya como una figura autónoma en el cuadro de los delitos de los Códigos.

Nuestra Legislación Positiva recoge con pésima factura, en su artículo 400, algunas formas específicas de encubrimiento, mientras el artículo 13,

fracción IV declara responsables de los delitos a: los que en casos previstos por la Ley, auxilien a los delinquentes, una vez que éstos efectuaron su acción delictuosa, siguiéndose así un sistema ya pasado de moda, de contemplar el encubrimiento como forma de participación y como delito autónomo, sin precisar el alcance de la primera para establecer su diferencia con el segundo, creando así serias confusiones en los aplicadores de la ley.

En ocasiones, el acuerdo es acerca de la comisión de un delito por ejemplo el robo; pero si alguno de los partícipes comete otro, no convenido por ejemplo violación, todos serán responsables de este segundo delito a menos que:

- I. El nuevo delito no sirva de medio adecuado para cometer el principal;
- II. Que aquél no sea una consecuencia necesaria o natural de éste, o de los medios concertados;
- III. Que no hayan sabido antes que se iba a cometer el nuevo delito;
- IV. Que no hayan estado presentes en la ejecución del nuevo delito, o que habiendo estado, hayan hecho cuanto estaba de su propia parte para impedirlo (art. del C.P.D.F.)

En cuanto a la asociación delictuosa prevista y sancionada por el artículo 164 del C.P. el cual establece: "Al que forme parte de una asociación o banda de tres o más personas con propósito de delinquir, se le impondrá prisión de 1 a 8 años y de 30 a 100 días multa. Cuando el miembro de la asociación sea o haya sido servidor público, la pena a que se refiere el párrafo anterior se aumentará en una mitad y se le impondrá además destitución del empleo cargo o desempeño

público e inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar otro. En la asociación delictuosa no hay participación, sino concurso necesario de sujetos.

En el pandillerismo opera también el concurso necesario de personas por exigir la pluralidad. Cuando se cometa algún delito por pandilla se aplicará a los que intervengan en su comisión, hasta una mitad más de las penas que les correspondan por él o los delitos cometidos. Se entiende por pandilla la reunión habitual, ocasional o transitoria de tres o más sujetos que sin estar organizada con fines delictuosos cometen en común algún delito.

Téngase presente que el pandillerismo no es un delito autónomo (la asociación delictuosa sí), sino una forma de comisión de otros delitos que hace aumentar la pena a ellos correspondiente.

La muchedumbre delincuente es la reunión de individuos en forma desorganizada y transitoria que, en ciertas condiciones, comete algún delito.

Existen estudios acerca de la psicología de la muchedumbre, pues en cada caso el sujeto reacciona de manera diferente, pero grupalmente adquiere otro comportamiento, incluido cada uno por sugestión, miedo y contagio.

Parece que los impulsos instintivos más primarios surgen, y las normas culturales más elementales pasan a un segundo término.

La Participación en el Delito de la Tortura.

Este delito es unisubjetivo, pues el tipo requiere que la conducta sea cometida por un solo sujeto el cual debe tener la calidad de servidor público y que viene a ser el autor material, en cuanto a la complicidad se dice que es cuando alguien presta su ayuda o auxilio al autor para la comisión del delito aquí se puede presentar cuando un agente del ministerio público desea obtener la confesión de una persona y decide torturarla ayudándole para este fin un miembro de la policía judicial.

Por último al hablar de encubrimiento éste también se presenta aquí en el caso de que alguna persona tenga conocimiento o sea testigo de algún caso de tortura infligida a una persona, sin embargo, calle y oculta toda información aún sabiendo quién o quiénes son los torturadores.

3. CONCURSO DE DELITOS

Nada fácil resulta, la solución del problema de la ubicación del concurso en la sistemática del Derecho Penal. Si bien en un principio se aceptó como solución, en la dogmática alemana tratar el concurso de delitos dentro de la teoría de la acción, modernamente se estima más adecuado ubicarlo en la teoría del tipo, en la de la pena o bien dentro de las formas de aparición del delito.

Nuestro Código al igual que el español, el chileno y otros más sitúa las reglas relativas al concurso de delito dentro del título de aplicación de sanciones, no pudiendo en esa virtud desconocerse que el concurso es, fundamentalmente, un problema de aplicación de la pena.

Sin entrar en mayores consideraciones respecto al carácter finalista de la conducta, puesto que la meta propuesta es factor esencial en la realización del delito (aún cuando se presentan diversos resultados), debe aceptarse el hecho de que la finalidad perseguida por el autor juega trascendental papel en la comprensión del concepto de conducta (acción).

El anterior concepto resulta de utilidad para esclarecer cuándo se está en presencia de una o varias acciones. Es claro que si un sujeto tiene el propósito de matar a otro y asesta varios golpes con el puñal sobre el cuerpo de la víctima, logrando el objetivo previsto (muerte), existe unidad en la conducta (acción) y en el resultado (delito), hipótesis elemental a pesar de haber sido varios los actos realizados que se encuentran en relación de dependencia unos de los otros a virtud de ir encaminados, todos ellos, a la realización de un mismo fin delictivo. Este punto de partida nos lleva a considerar posibles, en función de la conducta y de la lesión jurídica las siguientes hipótesis:

- Unidad de conducta y delito;
- Pluralidad de conductas y unidad de delito (delito continuado);
- Unidad de conducta y pluralidad de delitos (concurso ideal o formal), y
- Pluralidad de conductas y de delitos (concurso real o material).

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.

Cuando una conducta singular produce un solo ataque al orden jurídico, evidentemente el concurso está ausente; se habla entonces de unidad de acción y de unidad de lesión jurídica.

Unidad de acción y pluralidad de resultados, en este caso aparece el concurso ideal o formal, si con una sola actuación se infligen varias disposiciones penales.

"El artículo 18 del Código Penal señala: existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. Por su parte el artículo 64 del mismo ordenamiento indica: en caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero". (79)

Un ejemplo de ese tipo de concurso sería el de saboteador, quien, con la única conducta de colocar un explosivo en un banco, produce lesiones, homicidios y daños en propiedad ajena.

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.

(79) CASTELLANOS, Fernando. *Op.cit.*, Pág. 308.

"Las conductas sucesivas, esto es, la repetición de las acciones criminosas integran un solo delito en virtud del propósito criminal idéntico en todos los actos ejecutados. Sólo así, en función del elemento subjetivo, quedan las acciones unidas para configurar un delito único, pues como lo destacaron PESSINA y MITTERMAILER, la pluralidad de los actos ejecutados en tiempos diversos, constituyen la exteriorización de la unidad del propósito". (80)

El Código Penal en la fracción II del artículo 7° señala que el delito es permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo. Nótese que nuestra ley llama 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.

El mismo ordenamiento señala en la fracción III del citado artículo 7° que el delito es continuado, cuando con unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

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 está ejecutando, caso éste en donde puede operarse la defensa legítima, etc.

(80) PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Op.cit.*, Pág. 487.

Concurso Real o Material. Se presenta cuando con varias conductas se producen diversos resultados. Aquí existe pluralidad de conductas y pluralidad de resultados. Si un sujeto comete varios delitos mediante actuaciones independientes, sin haber recaído una sentencia por algunos de ellos, se está frente al llamado concurso material o real, el cual se configura lo mismo tratándose de infracciones semejantes (dos o tres homicidios) que con relación a tipos diversos (homicidio, lesiones, robo cometidos por un mismo sujeto).

La segunda hipótesis del artículo 18 establece la figura del concurso real o material; existe cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos.

Los tratadistas señalan tres diversos sistemas de represión para los casos de concurso real o material, a saber: acumulación material, absorción y acumulación jurídica.

El Código Penal de 1931 parece acogerse a los tres sistemas; el artículo 64 permite la aplicación de la pena correspondiente al delito mayor (absorción) pero faculta al juzgador para aumentarla en atención a los delitos cuya pena sea de menor cuantía (acumulación jurídica), y establece la posibilidad de aplicar hasta la suma de las sanciones de todos los delitos (acumulación material) sin que pueda exceder de 50 años.

Concurso Aparente de Leyes. El concurso de normas ha recibido muy diversas denominaciones: "conflicto de leyes"; "colisión de normas

"conurrencia de normas incompatibles entre sí", etc. Trátese de un problema de aplicación de la Ley Penal; por ello muchos autores ubican el tema dentro de la Teoría de la Ley Penal.

"En el concurso de leyes un mismo hecho punible puede quedar tipificado en preceptos diferentes; existe un aparente concurso de dos o más leyes que parecen disputarse la tipicidad del acto; esto es, bajo las cuales queda aparentemente comprendido el mismo hecho, una sola conducta; por eso se habla de concurso aparente de leyes o conflicto de leyes". (81)

"En este caso, sin duda, no existe concurso de delitos; la infracción penal es única y una sola lesión jurídica; hay, pues, concurso de leyes, por ser diversas las que pretenden comprender el hecho". (82)

En cuanto a la reincidencia cabe decir que existe una diferencia fundamental entre el concurso real y ésta; toda vez que en la reincidencia se requiere que se haya pronunciado sentencia condenatoria por un delito anterior, mientras en el concurso no.

Etimológicamente reincidencia quiere decir recaída, pero en el lenguaje jurídico penal se aplica el vocablo para significar que un sujeto ya sentenciado ha vuelto a delinquir.

(81) CASTELLANOS, *Op.cit.*, Pág. 311.

(82) *Ibidem*, Pág. 311.

Una especie agravada de la reincidencia en nuestro derecho es la Habitualidad. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, cuando las tres infracciones se hayan cometido en un periodo que no exceda de 10 años.

Para que los jueces y tribunales estén en condiciones de aplicar certeramente las reglas sobre concurso, reincidencia y habitualidad, así como para darse cuenta de la personalidad de los infractores, deben conocer los antecedentes penales de los mismos; son dos los sistemas de identificación: antropométrico y el dactiloscópico.

Una vez estudiado el concurso de delitos se aplicará al delito de tortura y esto es al infligir el servidor público dolores o sufrimientos graves a una persona pueden producirse con esta conducta diversos resultados como son: lesiones y homicidio o surgir también otros ilícitos como las amenazas y abuso de autoridad, dándose así el concurso ideal pues con una sola conducta se pueden cometer varios delitos.

CONCLUSIONES

Después del análisis realizado al trabajo que ahora se presenta, concluimos lo siguiente:

1. Desde la antigüedad se ha observado que la tortura ha sido siempre, así como en la actualidad un medio utilizado por la mayoría de los pueblos para obtener la verdad sobre diversos hechos.
2. La tortura se inicia como incidencia legal de carácter público, sea como un procedimiento judicial o como una práctica de funcionarios del Estado fuera del ámbito judicial.
3. En la tortura intervienen en su permanencia factores jurídicos, estructurales, de corrupción, falta de preparación, económicos, psicológicos y morales.
4. En el Derecho Griego la tortura suponía un acto cotidiano visto con indiferencia, cuando no con agrado, cuando se aplicaba a aquellos individuos que vulneraban las normas de la convivencia ciudadana, incluso se sancionaba el celibato y se mataba a los niños deformes.
5. En el Derecho Romano, el aspecto del carácter público del Derecho Penal y en la etapa del Imperio, las penas y los tormentos estuvieron al orden

del día pues las galeras como las obras públicas y el circo fueron el destino final de mucha gente que sufrió tormentos atroces y penas que fueron auténticos refinamientos de tortura.

6. La tortura en Roma como en Grecia originalmente se empleaba como medio para extraer evidencia de boca de los testigos.
7. La tortura en la antigua Ley Romana sólo podía ser aplicada a los esclavos y sólo cuando habían sido acusados de un crimen. Posteriormente también pudieron ser torturados como testigos, pero con severas restricciones.
8. La tortura por largo tiempo fue extraña al proceso penal romano, mientras que estaba en uso en todas partes, ya en tiempo de Tiberio, el uso de las torturas se había impuesto y después se reguló según la condición personal. En primer lugar se aplicó a los esclavos, después a los ciudadanos y posteriormente a los libres de toda nación.
9. La tortura en el Derecho Germánico durante la mayor parte de su historia jurídica primitiva estaba exenta en los hombres libres, y sólo a los hombres libres de clase inferior en caso de un delito capital se les podía torturar.
10. La tortura en la Ley Germánica se permitía en lo que respecta a quienes no eran libres (esclavos) o a los que eran hombres libres deshonrados (las

esposas de un hombre de rango asesinado y, los hombres libres públicamente declarados traidores, desertores, cobardes). Se aplicaba torturas y castigos de un género que rebajaba el honor personal.

11. La tortura antes del siglo XII en la antigua Ley Germánica permitía una gran variedad de ordalias, pero no elaboró en forma autónoma una doctrina de la tortura. Las ordalias, también conocido como juicio de Dios, que consistía en llamar a la divinidad a manifestar su juicio acerca de la culpabilidad o inocencia de un acusado mediante el cual se suplía a la prueba.

Los juicios de Dios se realizaban principalmente a través del duelo judicial y cuando éste no se admitía, se acudía a los juicios del agua hirviendo (inmersión del brazo), del agua fría (inmersión del cuerpo).

12. Los tormentos en el Derecho Canónico se emplearon sólo en los crímenes más graves, contra los procesados por urgentes indicios.
13. La tortura prácticamente elevada a la categoría de herramienta de averiguación procesal, adquiere un considerable esplendor y se convierte en un medio aceptado y justificado por el ambiente social de esta época, toda vez que la confesión en el Derecho Penal Canónico la consideraba como la "reina de las pruebas" y esta preeminencia probatoria lógicamente produjo la proliferación del empleo de la tortura, lo que condujo a la justicia penal, a grandes excesos y numerosas arbitrariedades.

14. La palabra tormento como pena, en el siglo XIX se olvidó, desde la promulgación de la Constitución de Cádiz, todas las Constituciones Mexicanas prohibieron tajante y totalmente el tormento. La legislación moderna se ha encargado en las codificaciones penales de suprimirlo.
15. La Constitución Política de la República Mexicana del 5 de febrero de 1856 en el artículo 22 establece: "quedan prohibidas para siempre las penas de mutilación, de infamia, los palos, los azotes y el tormento de cualquier especie".
16. En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 e el artículo 20 fracción II ordena que el acusado 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 objetivo.
17. La base constitucional del delito de tortura se encuentra plasmada en el artículo 22 de nuestra Carta Magna de donde se derivan los demás ordenamientos jurídicos.
18. Los lineamientos vigentes en nuestra Constitución han cobrado relieve internacional en pro de los Derechos Humanos, ratificando la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. En cumplimiento de dicho Convenio, el Congreso de los Estados

Unidos Mexicanos decretó la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

19. La Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura en su artículo 3o. establece el delito de tortura y en el artículo 4o. sanciona dicho ilícito.
20. Jurídicamente para la existencia del delito de tortura es necesario que se reúnan los elementos esenciales del delito como son: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, en virtud de que el individuo en su relación social y de acuerdo a su grado de cultura está sujeto a la posible comisión de un hecho ilícito.
21. La teoría del delito atiende al cumplimiento de un cometido esencialmente práctico, consistente en la facilitación de la averiguación, de la presencia o ausencia del delito en cada caso concreto.
22. El delito de tortura puede aparecer o presentarse desde el momento en que el individuo tiene en la mente la idea de torturar, pasando por sus diversas fases hasta su resolución.
23. El delito de tortura se caracteriza por ser de naturaleza dolosa y en él se pueden presentar otros delitos (concurso ideal).

PROPUESTAS

Una vez analizado el delito de tortura desde sus antecedentes, se propone lo siguiente:

- Es necesaria una mayor divulgación por parte del gobierno hacia la sociedad de los principales derechos y garantías que tiene el ciudadano como son: legalidad, igualdad, seguridad, etcétera; así como reafirmar la convicción de la humanidad en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona.
- Modificar la formación y la conducta de los servidores públicos que realizan su actividad en los órganos de procuración e impartición de justicia.
- Crear condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los Tratados y demás fuentes del Derecho Internacional; derecho a no ser sometido a torturas u otros tratos inhumanos o degradantes.
- Ampliar el concepto del delito de tortura en donde no solamente el Servidor Público sea el sujeto activo, agregando que cualquier persona pueda serlo, toda vez que, en la relación entre particulares se presenta dicho ilícito, sin que hasta la fecha pueda tipificarse como tal, hablándose solamente del delito de lesiones, amenazas o de una privación ilegal de la libertad.
Se sugiere la modificación del Art. 3o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

BIBLIOGRAFIA

- AMUCHATEGUI REQUENA, Irma G. "Derecho Penal", Editorial Harla, México, 1993.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. "Derecho Penal Mexicano. Parte General". Décima tercera edición. Editorial Porrúa, México, 1980.
- CARRILLO PRIETO, Ignacio. "Arcana Impr II". Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1987.
- CASTELLANOS, Fernando. "Lineamientos Elementales del Derecho Penal", Editorial Porrúa, S.A., Edición 33, México, 1993.
- CAVALLARIO, Domingo. "Derecho Canónico", Tomo VII, Imprenta de la Compañía Tipográfica Española, Madrid, 1847.
- DE LA BARREDA SOLORZANO, Luis. "La Tortura en México", Editorial Porrúa, México, 1990.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", 2a. Edición, Ediciones Botas, México, 1945.
- GRAZIA, Ambrosio. "L'acqua e il fouco prove della verita", Revista Storia La Tortura nel mondo, Milano Itali, 1977.
- HURWOOD, Bernhardt, J. "La Tortura a través de los Siglos". Editorial V. Siglo, 1976.

- JIMENEZ DE ASUA, Luis. "Tratado de Derecho Penal", T. I, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1950.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis. "La Ley y el Delito. Principios del Derecho Penal". 5a. Edición, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo. "Teoría del Delito", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.
- LXXV Años de Evolución Jurídica en el Mundo, UNAM. Vol. III, México, 1978.
- MACEDO MIGUEL, S. "Apuntes para la Historia del Derecho Penal Mexicano", Editorial Cultura, México, 1931.
- MANCINI, Vicenzo. "Tratado de Derecho Procesal Penal", T. I. Ed. Jurídicas Europea-Americana, Buenos Aires, 1951.
- MARGADANT, Guillermo F. "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano". UNAM, 1964.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. "Manual de Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, 1985.
- PETER, Edward. "La Tortura", Editorial Alianza, S.A., Madrid, 1987.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. "Programa de la Parte General del Derecho Penal". Editorial Porrúa, México, 1959.

LEGISLACION

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS,
Editorial PAC, S.A. de C.V.

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN
Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL,** Editorial Sista,
S.A. de C.V., México, 1994.

LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACION.

DICCIONARIOS

GRAN DICCIONARIO ENCICLOPEDICO ILUSTRADO, T. 8, Selecciones del Reader-s Digest, S.A. de C.V., 1972.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, T. 26, Ed. Driskill, S.A., Buenos Aires, 1981.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan. Diccionario para Juristas, Edit. Porrúa, México, 1981, Pág. 295.

PINA, Rafael de y PINA VARA, Rafael de. "Diccionario de Derecho". 10a. Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1985.