

Respuesta a las objeciones formuladas por académicos del Sistema Universitario Jesuita y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM a las *Observaciones del PUDH-UNAM al proyecto de Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*

Estimados colegas:

Respondemos a sus comentarios a las observaciones que formulamos al proyecto de Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes —en adelante el proyecto—, publicadas en la edición de junio de este año de nuestra revista electrónica *Perseo*. Esos comentarios aparecieron en la página web de la Universidad Iberoamericana el pasado 30 de agosto sin que previa o simultáneamente se nos hayan remitido a pesar de que habían transcurrido 90 días a partir de la publicación de nuestras observaciones, que nos invitan respetuosamente a reformular.

1) Nuestra observación

«Artículo 14 segundo párrafo

«*Se entenderá por tentativa punible del delito de tortura cuando el sujeto activo hubiese iniciado su ejecución sin que este se hubiese*

consumado por causas ajenas a su voluntad o cuando el sujeto activo hubiese ordenado a otro la comisión del delito y por causas ajenas a su voluntad este no se hubiera consumado.

Observación. «Es errónea la definición de tentativa. Si el sujeto ya inició la ejecución, ya no se trata de tentativa, sino que la tortura —por breve que sea— ya estará consumada.»

Comentario

(a) ... se confunden los elementos integradores de la figura de la tentativa con el delito consumado... si estimamos que la tortura como delito de resultado material ha aceptado tradicionalmente la modalidad tentada... **(b)** ...¿por qué ahora hacer una excepción? **(c)** ... El iniciar actos ejecutivos es parte esencial de la tentativa... **(d)** ... El comienzo de la ejecución no puede equipararse a la consumación... **(e y f)** Al equiparar acto ejecutivo con consumación (además de romper con una de las figuras más importantes del Derecho penal) genera un problema de vulnerabilidad en la víctima. **(g)** ...Al situar en el mismo plano actos ejecutivos y consumación se deja sin castigo la puesta en peligro del bien jurídico para punir, exclusivamente, el delito consumado... **(h)** ... no se podrá punir al sujeto que amarra a la víctima y prepara los instrumentos de dolor, sino hasta el momento en que haga uso de los mismos sobre el cuerpo del sujeto pasivo... **(i)** ... Una correcta política

legislativa en materia de tortura sancionaría la tentativa, en sus dos vertientes (acabada e inacabada) así como el delito consumado.

Respuesta

a) No confundimos *los elementos integradores de la figura de la tentativa con el delito consumado*, sino que corregimos el error de la Ley General al emplear la expresión: *Se entenderá por tentativa punible del delito de tortura cuando el sujeto activo hubiese **iniciado su ejecución...***

"Ejecutar" significa "poner por obra algo" (Diccionario de la Lengua Española de la RAE: <<http://dle.rae.es/?id=ERxzMn2>>). De manera que "iniciar la ejecución del delito de tortura" significa "iniciar la puesta en obra de una tortura". Y "poner en obra" es llevar a cabo, cometer. Entonces, "iniciar la ejecución del delito de tortura" significa "iniciar la comisión de actos de tortura", es decir, "iniciar la tortura", y si la tortura ya se inició, ya no es tentativa, sino consumación.

Los códigos penales mexicanos "Martínez de Castro" de 1871 y el de 1931 no tenían ese defecto. El primero definía a la tentativa —a la que llamaba "conato de delito"— como: *... ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye* (art. 19). El segundo la caracterizaba como: *ejecutar ... hechos encaminados directa e inmediatamente a la*

realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente (art. 12). Nótese como ninguno de los dos dice "iniciar la ejecución del delito" (como lo dice equivocadamente el proyecto), sino *ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación (o a la realización)*, lo que es muy diferente.

No encontramos mejor manera de definir a la tentativa que como lo hacían aquellos dos viejos códigos. La definición, adaptada al objeto de la Ley General, podría caracterizarse así: "tentativa de tortura es la realización de actos encaminados directa e inmediatamente a cometer tortura, la cual no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

b) No estamos haciendo excepción para excluir la tentativa de tortura; al contrario, reconocemos su entidad, pero su entidad auténtica, que debe quedar establecida mediante una definición adecuada —en cumplimiento del principio de legalidad penal— y no una equívoca como la que contiene el proyecto.

c) Dicen ustedes que *...iniciar actos ejecutivos es parte esencial de la tentativa...* Pero no dicen 'actos ejecutivos de qué'. No pueden ser actos ejecutivos del delito de tortura, como dice el proyecto, porque esos ya serían actos de tortura consumada.

d) Ustedes afirman que: *El comienzo de la ejecución no puede equipararse a la consumación...* Depende, porque 'el comienzo de la ejecución de la tortura' es cometer tortura, es consumir tortura. Por eso hay que aclarar en la definición que no se trata de iniciar la ejecución del delito de tortura —como infortunadamente dice el proyecto—, sino de “ejecutar actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación” sin constituir ésta.

e) No ignoramos que la doctrina tradicionalmente ha sostenido que la tentativa se inicia con los actos ejecutivos, a los que distingue de los actos preparatorios, que no son punibles. Sin embargo, la delimitación, como ha advertido Raúl Zaffaroni, “sigue siendo un problema que está abierto y que la ciencia jurídico-penal aún no ha resuelto satisfactoriamente” (*Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 608). Y en una edición más reciente de la misma obra, el propio autor expresa: “En la doctrina más reciente se reconoce esta carencia [—una regla cierta para señalar el límite preciso entre los actos preparatorios y los de tentativa—] en cualquiera de las posiciones sostenidas, lo que ha dado lugar a que en algunos casos se señalaran directrices interpretativas o bien variables según el caso concreto...” (*Manual de derecho penal. Parte general*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 829).

f) El criterio objetivo-individual de Hans Welzel es el que más acertadamente ha resuelto el problema de la frontera entre actos preparatorios, no punibles, y tentativa, con su teoría del criterio objetivo-individual, conforme al cual lo decisivo es el plan concreto del autor, prescindiéndose del cual la distinción no es posible. Conforme a ese criterio, "el hacer acreedor de la pena empieza con la actividad con que el autor se pone en relación inmediata con la acción típica". Adviértase que esa relación inmediata, ya que es previa a la acción típica, es anterior a la ejecución: desde ese momento se inicia la tentativa. Agrega Welzel: "La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se aproxima, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo". (*Derecho Penal Alemán*, traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, p. 224). Véase que esa "relación inmediata" no es la ejecución misma, y, por tanto, tampoco un principio de ejecución, sino la aproximación, de acuerdo con el plan del sujeto activo, a la realización del plan, es decir a la ejecución de la conducta típica idónea para lesionar el bien jurídico. Desde el momento de esa aproximación inmediata, que ya pone en peligro el bien, y hasta antes de la lesión del bien, estamos en presencia de la tentativa.

g) Como ya se habrá comprendido, no es verdad que nosotros situemos ... *en el mismo plano actos ejecutivos y consumación* [con lo que] *se deja sin castigo la puesta en peligro del bien jurídico para punir, exclusivamente, el delito consumado.* Al contrario, si se atiende nuestra observación, quedarán claramente diferenciadas la tentativa y la consumación de tortura, y no se confundirán actos de verdadera consumación con actos de tentativa como podría suceder si se deja la redacción original del segundo párrafo del artículo 14 del proyecto.

h) Si se acepta nuestra observación, y se adopta la definición que proponemos en este documento, casos como el del ejemplo que ustedes emplean (*...sujeto que amarra a la víctima y prepara los instrumentos de dolor...*) quedarán comprendidos claramente en la tentativa porque serán: *actos encaminados directa e inmediatamente a cometer tortura...* y no se les confundirá con la consumación, si ésta no se produce.

i) Con nuestra propuesta de definición de la tentativa, se cumpliría perfectamente lo que ustedes y nosotros deseamos: *Una correcta política legislativa en materia de tortura sancionaría la tentativa, en sus dos vertientes (acabada e inacabada) así como el delito consumado.* Pero cuando la conducta lesione el bien jurídico, como sucede cuando ya se han empezado a ejecutar los actos de tortura, se está ante un delito consumado y no ante una tentativa. En otras palabras: nuestra

observación, de ser atendida, se traducirá en que la tortura consumada se sancione como tal y no como tentativa de tortura, que es a lo que puede conducir el texto del proyecto.

2) Nuestra observación

«Artículo 24 fracción I

«Artículo 24. Comete el delito de tortura el servidor público que, con el fin de obtener información o una confesión, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medio de coacción, como medida preventiva, o por razones basadas en discriminación, o con cualquier otro fin:

«I. Cause dolor o sufrimiento físico o psíquico a una persona;

...

Observación. «Erróneamente se omite calificar como grave el “dolor o sufrimiento físico o psíquico” que debe caracterizar a la tortura.

«Es verdad que también incurre en esa omisión la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 2). Pero dicha omisión constituye un error porque puede dar lugar a absurdos e injusticias descomunales: los dolores o sufrimientos más leves, como los

que puede causar un apretón con la mano, o una palabra, advertencia o mirada duras, podrían llegar a ser considerados como tortura. Desde luego, son comportamientos indebidos, pero sería excesivo —absurdo— considerarlos como constitutivos de tortura.

«Además, una regulación así podría obstaculizar gravemente o paralizar la acción de los agentes de la seguridad pública y la procuración de justicia ante el temor de que cualquier acto, palabra o actitud firme o dura pudiera ser considerado como causante de dolor o sufrimiento constitutivo de tortura, sin importar la gravedad —o levedad— de ellos.

«Para evitar despropósitos e injusticias debe incluirse el calificativo de grave como lo hacen todos los instrumentos internacionales sobre la materia salvo la mencionada Convención Interamericana. Desde luego, ese calificativo se incluye en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU (artículo 1), cuya definición de tortura es adoptada expresamente por el Protocolo de Estambul (segundo párrafo de la Introducción), que es el “Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” y es la guía internacional para evaluar a las personas que presumiblemente han sido torturadas y para investigar los casos de posible tortura.

«Además, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos —responsable de interpretar y aplicar la Convención Interamericana—, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, han tomado en cuenta siempre la gravedad de los dolores o sufrimientos infligidos como criterio fundamental para determinar si se está o no ante un delito de tortura.

«Por otra parte, resulta injusto e irrazonable que al servidor público que causa un dolor o sufrimiento leve a otra persona se le considere autor del mismo delito que al que inflija a la víctima un dolor o sufrimiento grave. Beccaria escribió al respecto:

«"Si se destina una pena igual a dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor cuando hallen en él unida mayor ventaja". (Tratado de los delitos y de las penas, capítulo VI).

«Por lo tanto, se sugiere establecer expresamente en la definición de tortura que los dolores o sufrimientos que constituyan ésta han de ser graves.»

Comentario

(a) *"...diversos organismos (nacionales e internacionales), incluyendo la Organización de las Naciones Unidas, han recomendado a México*

tipificar el delito de tortura conforme a lo establecido por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Ello en virtud de que la definición de tortura establecida en dicha Convención suprime el adjetivo "graves" otorgando una mayor protección a la persona:... **(b)**

...El propio Estado mexicano ha elogiado y presentado a nivel internacional como una buena práctica la tipificación del delito de tortura sin el adjetivo de "graves" en legislación local. En efecto, en su cuarto informe periódico ante el Comité contra la Tortura la Secretaría de Relaciones Exteriores manifestó, en relación a la tipificación contenida en el código penal del entonces Distrito Federal (ahora Ciudad de México), que la "descripción típica del delito de tortura representa un avance sustancial en materia legislativa al eliminar el elemento de "gravedad" en los dolores y sufrimientos para poder tipificar una conducta con el delito en cuestión, tal como lo establece la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la cual, México es parte"... **(c, d y e)** *... México tiene la obligación de usar y aplicar el estándar más protector derivado del principio pro persona, contenido en el artículo 1º constitucional. Sería incongruente y absurdo volver a establecer el elemento "gravedad" dentro del tipo penal de tortura.*

Respuesta

a) Es verdad que *diversos* organismos, incluyendo la Organización de las Naciones Unidas, han recomendado a México *tipificar el delito de tortura conforme a lo establecido por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura*, que no incluye en la definición de tortura el adjetivo "graves" referido a los sufrimientos que causa el torturador. Resulta extraño que no se haya entendido nuestra observación y se la ataque sin refutar nuestros argumentos sino recurriendo al argumento de autoridad: *falacia ad verecundiam* o *falacia magister dixit*, una de las falacias lógicas más conocidas, empleadas y débiles —a la que, por cierto, históricamente se han opuesto los jesuitas con su característica independencia de criterio, como la de que ha hecho gala el Papa Francisco—.

Una mirada dura, una expresión despectiva, el apretón momentáneo e innecesario de un brazo cuando se conduce al detenido legalmente a la patrulla, realizados por un servidor público contra alguna persona bajo su custodia, son conductas reprobables, y generalmente causarán sufrimiento —psíquico en los dos primeros casos— a la persona que las reciba; incluso la segunda y la tercera pueden ser ilícitas, pero considerarlas como tortura es un despropósito enorme que, lejos de proteger a las personas, caricaturiza a la tortura y le quita a la figura delictiva su razón de ser. Con la eliminación del adjetivo "graves", cualquiera podrá argumentar que con esa mirada

dura, aquella expresión majadera o el ligero apretón experimentó sufrimiento, el cual, por pequeño que sea, hará que tales conductas sean constitutivas de tortura. Como lo señalamos en nuestra observación, eso inhibirá a los agentes de la autoridad a cumplir con sus deberes legítimos de vigilancia y control; cualquier ademán, gesto o palabra proferida con dureza, sequedad o desdén, o algún contacto físico por leve que sea, podrá ser considerado como generador de sufrimiento y, por lo tanto, de tortura. Pero si el agente de la autoridad no se inhibe y comete alguna de esas conductas, indebidas pero poco significativas comparadas con la auténtica tortura, correrá el riesgo de ser acusado injustamente de este terrible delito y de ver arruinadas su carrera y su vida familiar y social.

b) Por lo que dijimos en nuestra observación y por lo señalado en el inciso anterior, no es un avance sino un penoso y grave error el hecho de que: *El propio Estado mexicano ha elogiado y presentado a nivel internacional como una buena práctica la tipificación del delito de tortura sin el adjetivo de "graves"... y que: ...en su cuarto informe periódico ante el Comité contra la Tortura la Secretaría de Relaciones Exteriores manifestó, en relación a la tipificación contenida en el código penal del entonces Distrito Federal (ahora Ciudad de México), que la "descripción típica del delito de tortura representa un avance sustancial en materia legislativa al eliminar el elemento de "gravedad"...*

c) Es verdad que ...*México tiene la obligación de usar y aplicar el estándar más protector derivado del principio pro persona, contenido en el artículo 1º constitucional.* Pero no lo es que: *Sería incongruente y absurdo volver a establecer el elemento "gravedad" dentro del tipo penal de tortura.* Por lo ya exhaustivamente expuesto por nosotros en nuestra observación y en los párrafos anteriores, el establecer la "gravedad" para los sufrimientos producidos por la tortura sería un acierto, un acierto justo y benéfico, porque situaría a la tortura en su auténtica naturaleza y evitaría inhibir a los agentes de la autoridad en el cumplimiento de su legítima labor, y evitaría graves injusticias contra ellos. Quitar la "gravedad" no favorecería los derechos humanos de nadie y, en cambio, podría afectar gravemente el derecho de todos los gobernados al debido desempeño de los agentes de la autoridad, y al derecho de estos a no sufrir una persecución absurda e injusta.

d y e) Al tipificar como tortura la causación de cualquier dolor, sin importar su intensidad ni su duración, resulta indistinguible la frontera entre ese delito y los tratos crueles, inhumanos o degradantes cuya prevención, persecución y sanción también tiene por objeto la ley, y que la Constitución de la República asimismo prohíbe. Con la definición acogida en el proyecto se prevé la misma punibilidad para toda clase de maltrato, lo que, como ya explicamos, es terriblemente injusto, pues no

es de la misma gravedad criminal, por citar un ejemplo, un pellizco que una paliza despiadada.

No se sabe de ninguna sentencia de autoridad judicial de cualquier país o de algún tribunal internacional que haya condenado por tortura a algún agente de la autoridad que haya producido algún dolor leve. Tampoco algún ombudsman, en país alguno, ha recomendado que se enjuicie por tortura a un servidor público que no haya producido un sufrimiento grave.

Específicamente en el ámbito de las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos jamás ha calificado como tortura un caso en que la víctima no haya sufrido un dolor grave, ni la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuyo cargo está la interpretación y la aplicación de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, ha considerado que hubo tortura si no se produjo un sufrimiento grave en la víctima. En el mismo sentido ha actuado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto es así porque los jueces y los defensores públicos de derechos humanos saben que sería un despropósito y una injusticia condenar como culpable del delito de tortura, con la pena altísima que eso implica, al servidor público que hubiera inferido un dolor de escasa intensidad a una persona.

d) El principio *pro persona* contenido en el artículo 1º constitucional obliga al Estado mexicano a interpretar las normas relativas a los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales “favoreciendo a las personas la protección más amplia”, de donde no se sigue que el Estado esté legitimado a expedir leyes arbitrarias. Por otra parte, ese principio es aplicable para protección de todas las personas, y específicamente en el ámbito penal tanto para proteger a las víctimas como a los acusados. En el momento en que un servidor público es sometido a proceso enfrenta el poder del Estado que lo acusa, y su calidad de servidor público no le quita su calidad de persona.

e) Es cierto que la Organización de las Naciones Unidas ha recomendado a México que acoja la definición de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, pero es notable que no haya observado para sí misma esa recomendación, pues la propia Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes sigue conservando en la definición de tortura el adjetivo de “graves” para los dolores o sufrimientos infligidos a la víctima.

f) No podríamos creer, estimados colegas, que alguno de ustedes, si fuera juez penal, condenara como responsable del delito de tortura,

con la altísima pena que eso implicaría, a algún servidor público por haber infligido un dolor o sufrimiento leve y fugaz a una persona. Sería una monstruosa injusticia. El principio de proporcionalidad entre el delito y la pena quedaría aniquilado en esa sentencia. La dignidad y la justicia deben respetarse en beneficio de todas las personas, y, como ya apuntamos, los servidores públicos no dejan de serlo por tener esta calidad.

3) Nuestra observación

«Artículo 27. Las penas previstas para el delito de tortura se aumentarán hasta en una mitad cuando:

«I. La víctima sea niña, niño o adolescente;

«II. La víctima sea una mujer gestante;

«III. La víctima sea una persona con discapacidad;

«IV. La víctima sea persona adulta mayor;

«V. La víctima sea sometida a cualquier forma de violencia sexual;

«VI. La condición de persona migrante o afrodescendiente, la pertenencia a un pueblo o comunidad indígena de la Víctima, o cualquier otro equiparable, sea la motivación para cometer el delito;

«VII. La condición de periodista o de persona defensora de derechos humanos de la víctima sea la motivación para cometer el delito;

«VIII. La identidad de género o la orientación sexual de la víctima sea la motivación para cometer el delito, o

«IX. Los autores o partícipes cometan el delito de tortura, con el propósito de ocultar información o impedir que las autoridades competentes tengan conocimiento sobre los hechos que conduzcan a la investigación de otro delito.

Observación: «Las calificativas se justifican cuando, además del bien jurídico tutelado en el tipo genérico de tortura, entra en juego otro bien jurídico que resulta afectado por la conducta constitutiva de tortura.

«Son adecuadas las calificativas en los casos de las fracciones I y II porque entran en juego bienes jurídicos adicionales: el normal desarrollo psicoemocional de la niña, niño o adolescente (I) y la seguridad del feto (II), y porque la concreción de ambos supuestos supone saña o crueldad inaudita de parte del torturador. También son admisibles las de los casos de personas con discapacidad (III) y adultos mayores (IV), como se les denomina en la ley, porque unas y otros se encuentran en condiciones fisiológicas o biológicas de vulnerabilidad.

«No parece haber justificación suficiente, en cambio, para la calificativa consistente en que la tortura se cometa contra migrantes, afrodescendientes, o personas que pertenezcan “a un pueblo o comunidad indígena o cualquiera otra ‘equiparable’ (VI). Aunque históricamente dichos grupos han sufrido discriminación y abuso, debe prevalecer el principio de igualdad de todos ante la ley: tan reprobable es torturar a un migrante, un afrodescendiente o un indígena como torturar a una persona de diferente condición migratoria, de diferente ascendencia o de diferente origen étnico. No es función de la ley cobrar agravios históricos.

«Tampoco parecen justificarse las calificativas de la fracción VII, cuando la víctima sea periodista o defensor de derechos humanos y esa condición sea la motivación de la tortura, ni de la fracción VIII, cuando la tortura tenga como motivo la “identidad de género” o la “orientación sexual” de la víctima. Ese delito es tan condenable si se comete por esas motivaciones o por cualesquiera otras, por ejemplo, por las creencias religiosas, la ideología política, el oficio, la apariencia de la víctima, o porque ésta despierta celos o envidia.

«La calificativa de la fracción IX tampoco es procedente: las finalidades de “ocultar información” o “impedir que las autoridades competentes tengan conocimiento sobre los hechos que conduzcan a la

investigación de otro delito” no hacen entrar en juego bienes jurídicos adicionales. La tortura, además de los fines específicos que la caracterizan típicamente —“obtener información o una confesión, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medio de coacción, como medida preventiva, o por razones basadas en discriminación”—, puede tener “cualquier otro fin”, como lo señala expresamente el tipo legal, sin que haya que agravarla si no entran en juego claramente bienes jurídicos adicionales o factores que denoten extrema saña o crueldad.

«Además, parece excesivo que las calificativas aumenten hasta en una mitad las puniciones. Recordemos de nuevo lo que dice Beccaria, señalado arriba, acerca de las punibilidades excesivas. Acaso bastaría que el aumento fuera solamente de hasta un tercio.»

Comentario

(a)...*en ocasiones la norma aplicada o legislada, aparentemente neutra, puede tornarse indirectamente discriminatoria al agravar la existencia de ciertas condiciones que colocan a determinados grupos en una situación de vulnerabilidad o desventaja en el goce y el ejercicio de los derechos humanos... Por ello ha sido ampliamente reconocido que el principio de igualdad tiene otra dimensión, es decir, la igualdad "sustantiva" o de hecho, que de acuerdo con la Primera Sala de la*

Suprema Corte de Justicia de la Nación: "Radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos." ...Tanto el Comité de Derechos Humanos como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, todos de la ONU, han reconocido esta dimensión del principio de igualdad y han señalado que los tratados internacionales cuyo cumplimiento supervisan obligan a los Estados a garantizarla.— En otras palabras, las leyes, en sintonía con el principio de igualdad en su dimensión sustantiva, sí deben resolver y terminar con "agravios históricos" para efecto de garantizar que personas con cierta pertenencia grupal tengan acceso efectivo y con las mismas oportunidades a los derechos humanos. En este sentido se ha pronunciado también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "El sistema interamericano no sólo recoge una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad

*material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas especiales de equiparación. Ello implica la necesidad de trato diferenciado cuando, debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la igualdad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio, bien o el ejercicio de un derecho." — En su comentario al artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (igualdad ante la ley) Rodrigo Uprimny y Luz María Sánchez señalan, desde nuestro punto de vista de forma acertada, lo siguiente: "Es importante considerar que en algunas circunstancias las distinciones no sólo son admisibles a la luz del principio de no discriminación [ante la ley], sino que resultan imperiosas [...] La igual aplicación de la ley a personas y grupos que se encuentran en situaciones considerablemente diferentes puede conducir a una desigualdad en el goce de los derechos." — Conforme a lo anterior, no es suficiente garantizar un trato idéntico, sino que en determinadas circunstancias **es necesario asegurar que las diferencias sociales, culturales e incluso biológicas sean tomadas en cuenta. (b)** La inclusión de agravantes en el proyecto de Ley General contra la Tortura responde a la mayor vulnerabilidad de ciertas personas frente a la fuerza del Estado por su pertenencia a grupos persistentemente discriminados y/o las formas en las que la tortura les afecta de forma particular, como son migrantes, personas indígenas,*

mujeres, afrodescendientes. De acuerdo con uno de los informes de la Relatoría Especial sobre la Tortura, "los Estados tienen una obligación mayor de proteger a las personas vulnerables y marginadas de la tortura". — A través de la pena agravada se castigará, no solamente el acto de tortura por sí sólo, sino, cuando así ocurra, la comisión de un acto discriminatorio de carácter radical y extremadamente lesivo. Nos referimos a la tortura que, al ejecutarse, se constituya además en una expresión de discriminación. Refiriéndose en particular al caso de las mujeres y niñas, el Relator Especial contra la Tortura señala en uno de sus informes recientes que "[l]a discriminación ejercida contra mujeres, niñas y otras personas por motivos de sexo, género, orientación sexual real o aparente o identidad de género y características sexuales a menudo subyace en la tortura y los malos tratos cometidos contra ellas" (subrayado nuestro). — En otras palabras, y siguiendo el propio razonamiento del Programa Universitario de Derechos Humanos de nuestra Máxima Casa de Estudios, la imposición de una pena agravada se justifica en la medida en que se protegería no solamente el bien jurídico "integridad personal", sino otros bienes jurídicos que pueden llegar a ser igualmente afectados, como son el derecho a la igualdad, el derecho a la no discriminación y/o la dignidad de la persona. (c) Casos documentados por organizaciones de la sociedad civil dan cuenta de cómo ciertas personas han sido víctimas de torturas diferenciadas,

torturas que contienen además una carga de discriminación por la pertenencia de dichas personas a cierto grupo. En el año 2014 el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez (Centro Prodh) hizo pública su labor de defensa en el caso de un migrante hondureño afrodescendiente, Ángel Amílcar Colón Quevedo, que, tras ser detenido por policías en una casa a la que fue trasladado por un coyote en la ciudad de Tijuana, fue víctima de una tortura "diferenciada": tortura y tratos crueles cargados de discriminación racial... (d) Además de lo anterior, las personas migrantes detenidas en las estaciones del Instituto Nacional de Migración se encuentran más expuestas a ser víctima de tortura y otros tratos crueles... Diversos informes de organismos internacionales han recogido lo anterior y han confirmado la vulnerabilidad de las personas migrantes a sufrir tortura en su paso por México...

Respuesta

a) La igualdad "sustantiva" o de hecho, a la que se refiere la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia diciendo que: "Radica en alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva a que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra

índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos", claramente alude a los obstáculos —y abusos e injusticias— que miembros de grupos vulnerables han sufrido históricamente por no tener acceso a una vida digna, a la salud, a la educación, a la cultura y a la administración justicia. Tales obstáculos, abusos e injusticias se combaten mediante políticas públicas que los prevengan, los investiguen y los sancionen, pero no agravando injustificadamente las punibilidades de los delitos que contra ellos se cometan.

Efectivamente, las leyes deben "resolver y terminar con *agravios históricos* para efecto de garantizar que personas con cierta pertenencia grupal tengan acceso efectivo y con las mismas oportunidades a los derechos humanos", pero eso no se logra agravando punibilidades sino garantizando el acceso a dichas personas a los mismos satisfactores sociales disponibles para todos. Agravar punibilidades no es una "medida especial" de equiparación. Nuestra observación dice textualmente que no es función de la ley *cobrar* agravios históricos, pero no dudamos que la ley debe ayudar a resolverlos y terminar con ellos. Hay una diferencia conceptual clara y considerable entre cobrar agravios y resolverlos o terminar con ellos. Desde luego que es "necesario asegurar que las diferencias sociales, culturales e incluso biológicas sean tomadas en cuenta" cuando ello sea pertinente: hay que multiplicar e

intensificar los accesos de los integrantes de grupos vulnerables a los bienes sociales, de salud, económicos, educativos, culturales y ambientales en igualdad de condiciones que los demás. En muchas ocasiones, cuando ello sea pertinente para lograr esa igualdad de condiciones, habrá que dar un trato preferencial legítimo a integrantes de tales grupos. Pero esto nada tiene que ver con agravar las punibilidades de los delitos que contra ellos se cometan, sino, como ya se dijo, llevando con políticas públicas, adecuadas y suficientes.

b, c y d) Es verdad que hay personas más vulnerables que otras, sea que pertenezcan o no a los llamados "grupos vulnerables". Una persona débil, por constitución o por enfermedad, es más vulnerable físicamente que otra fuerte y sana. Una persona obesa o con algún defecto físico que no constituya discapacidad puede ser más propensa a burlas crueles. Pero no por ello hay que agravar la punibilidad de la tortura cuando alguna de ellas la sufre. Además, no todos los migrantes son vulnerables ni todos lo son en el mismo grado. Hay personas que migran a nuestro país, o que pasan por él migrando hacia otro, en condiciones óptimas porque vienen o pasan por aquí no acuciadas por la pobreza, la persecución u otras calamidades. También hay personas indígenas o afrodescendientes que tienen una vida digna y tienen perfectamente satisfechas sus necesidades personales, familiares y sociales y no sufren discriminación. Sin embargo, es un hecho que

algunas personas migrantes, indígenas o afrodescendientes pueden ser objeto de tortura especialmente cruel o sañuda por razón de esa condición. En estos casos, el juez, en ejercicio de su arbitrio judicial, deberá tomar en cuenta esa circunstancia y, dentro del intervalo de punibilidad, determinará la punición que corresponda. En suma, no hay necesidad de agravar artificialmente la punibilidad porque hay medios legales de tomar en cuenta la mayor gravedad de la tortura que se cometa, o que sea más cruel o sañuda, por la condición de migrante, indígena o afrodescendiente de la víctima. Aquí hay que recordar de nuevo a Beccaria: "No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas...".

Por otra parte, es de llamar la atención que si bien ustedes califican acertadamente al conjunto de las mujeres como grupo vulnerable, no han objetado que en el proyecto de ley no se incluya la calificativa de que la víctima sea una mujer de cualquier condición sino tan sólo que sea niña o mujer embarazada.

Si se justificara una calificativa para cada grupo vulnerable, habría que ampliar considerablemente el catálogo para que la tortura también sea calificada si, por ejemplo, el agraviado es pobre, enfermo crónico, desempleado, preso o detenido. En nuestro país la mayor cantidad de actos de tortura es la que se perpetra contra los detenidos antes de ser

puestos a disposición del Ministerio Público. Esos detenidos, específicamente respecto de la tortura, son el sector más vulnerable, y no hay en el proyecto calificativa alguna que agrave la punibilidad cuando alguno de ellos es la víctima.

Ahora bien, reconocemos que una especial condición de vulnerabilidad de la víctima amerita que el delito sea calificado. Para evitar una enumeración casuística interminable, en lugar de las calificativas que se enumeran en las fracciones VI y VIII del artículo 27, se podría prever esa especial condición de vulnerabilidad de la víctima por sus características biopsicosociales como una calificativa que comprendería todos los casos de ese supuesto, lo que permitiría al juez analizar caso por caso para decidir si es aplicable.

4) Nuestra observación

Artículo 50 primer párrafo

«Artículo 50. Serán excluidas o declaradas nulas, por carecer de valor probatorio, todas las pruebas obtenidas directamente a través de actos de tortura y de cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales, así como las pruebas obtenidas por medios legales pero derivadas de dichos actos, excepto en los casos en los que el

descubrimiento de dicha prueba fuera inevitable, se hubiere obtenido de fuente independiente o el vínculo de su ilicitud estuviere atenuado.

«...

Observación. «Es bien sabido que es un error tirar el agua sucia de la tina con el niño adentro. Y esto es lo que se hace cuando se desechan algunas pruebas obtenidas directa o derivadamente de “actos de tortura y de cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales”.

«La única prueba que deber desecharse si es obtenida mediante tortura —o a través de otros medios ilícitos— es la declaración del torturado. Siempre será inadmisibles que se violente con el tormento la voluntad de cualquier ser humano, aunque sea el autor del más atroz de los crímenes.

«Pero no se puede ignorar la existencia de pruebas que puedan considerarse derivadas indirectamente de un acto de tortura u otro violatorio de derechos. La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU (art. 15) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 10) prohíben que se utilicen como prueba las declaraciones obtenidas mediante tortura, pero nada dicen acerca de otra clase de pruebas.

«Si, por ejemplo, la identidad de coautores o cómplices, la ubicación de víctimas o de lugares utilizados para cometer delitos o en los que se encuentren otras evidencias, se comprueba plenamente, sería absurdo e injusto —para las víctimas y la sociedad— que esas evidencias objetivas se desecharan en razón de que se hubiese torturado a un detenido que con su declaración dio una pista para el hallazgo probatorio. Como es evidente, habrá que procesar sin excepción a los presuntos torturadores y aplicárseles la punición que corresponda si se les encuentra culpables, pero no “desaparecer” del mundo real las pruebas materiales objetivas de delitos.

«Lo que desalentará los actos de tortura será el hecho de que se castiguen en una proporción aceptable, y no que se desechen las pruebas distintas de la declaración del torturado.

«No parece que las resoluciones judiciales famosas que han determinado la libertad de procesados o condenados porque han sido víctimas de tortura hayan tenido un efecto inhibitor en la práctica de ésta. Y es razonable suponer que es la altísima impunidad de la tortura el factor principal para que ésta siga practicándose frecuentemente en México.

«Dentro de las cifras oficiales sobre tortura, ésta se oculta incluyéndola dentro de denominaciones genéricas como “delitos contra

la integridad de las personas” u otras similares. Sin embargo, la Procuraduría General de la República, en respuesta (1 de julio de 2014) a la solicitud de información que le formuló el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, AC, señaló que de 2006 a 2013 se iniciaron en todo el país 1,319 averiguaciones previas por tortura, de las cuales fueron consignadas solamente 12. Y el Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Juan E. Méndez, Adición, Misión a México, 29 de diciembre de 2014, a/hrc/28/68/Add.3, párr. 32), señala que, de 2004 a 2014, solamente hubo 8 sentencias condenatorias por tortura en todo el país.»

Comentario

Es cierto que existe una prohibición expresa de la exclusión de declaraciones obtenidas bajo tortura tanto en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, así como en la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura. Diversos organismos internacionales se han pronunciado a favor de esta prohibición... Sin embargo, también debemos aclarar que, dentro de la regla de exclusión de pruebas obtenidas por tortura, la declaración o confesión es sólo una de las pruebas que deben ser excluidas dentro de los procedimientos, en aras de velar por el adecuado cumplimiento del principio de prohibición general y absoluta

de la tortura.— Este principio “tiene una fundamentación múltiple e incluye el objetivo de la política pública de eliminar todo incentivo para recurrir a la tortura en cualquier parte del mundo, desalentando el empleo por parte de los organismos del orden público” (subrayado nuestro). Es por ello que **la regla de exclusión implica un mayor número de pruebas con el fin de desalentar el uso de la tortura bajo cualquier circunstancia, en consecuencia, esta regla “no solo se aplica a confesiones y otras declaraciones obtenidas bajo tortura, sino que también a otras pruebas que se obtengan posteriormente por medios legales, pero que se originasen en actos de tortura.** En algunas jurisdicciones, este enfoque se conoce como la **doctrina del “fruto del árbol envenenado”**.— Si la voluntad del Congreso es aprobar una ley que tenga los elementos necesarios para verdaderamente erradicar la tortura en México, es fundamental que la regla de exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura u otros tratos o penas crueles **sea aplicable también a las pruebas obtenidas indirectamente a través de dicha práctica.**— Al referirse específicamente a México la Relatoría Especial contra la Tortura recomendó que “fiscales y jueces [**deben**] **de excluir de oficio cualquier prueba o declaración respecto de la cual existan razones para creer que ha sido obtenida bajo tortura o malos tratos o en violación de garantías fundamentales**” (subrayado

nuestro). De forma similar el Grupo Interdisciplinario de Expertos Independientes indicó que **"las declaraciones y otras pruebas obtenidas por tortura, malos tratos u otras formas de coacción no deben admitirse en ningún procedimiento"** (subrayado nuestro).— En la sentencia *Cabrera García y Montiel Flores*, de obligatorio cumplimiento para México, la Corte Interamericana sostuvo lo siguiente:... "...166. En este sentido, la Corte ha sostenido que la **anulación de los actos procesales derivados de la tortura o tratos crueles** constituye una medida efectiva para hacer cesar las consecuencias de una violación a las garantías judiciales. Además, el Tribunal considera necesario recalcar que **la regla de exclusión no se aplica sólo a casos en los cuales se haya cometido tortura o tratos crueles**. ...el carácter absoluto de la regla de exclusión se ve reflejado en la prohibición de otorgarle valor probatorio no sólo a la prueba obtenida directamente mediante coacción, sino también a la evidencia que se desprende de dicha acción. En consecuencia, la Corte considera que **excluir la prueba que haya sido encontrada o derivada de la información obtenida mediante coacción, garantiza de manera adecuada la regla de exclusión.**"— Entonces podemos apreciar que la correcta aplicación de la regla de exclusión de la prueba implica mucho más que como lo plantea el Programa Universitario de Derechos Humanos de la Máxima Casa de Estudios.

*Para efecto de que la Ley General contra la Tortura sea acorde con el bloque de constitucionalidad y con lo ordenado a México por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **el articulado debe prever la aplicación de la regla de exclusión a todas aquellas pruebas obtenidas mediante coacción, ya sea de manera directa o indirecta.***

Respuesta

Si se lee con atención nuestra observación, se verá que no reprueba el contenido del primer párrafo del artículo 50 del proyecto, sino que sólo expresa una aclaración pertinente. Dicho párrafo admite expresamente una prueba derivada indirectamente de tortura, de cualquier otra violación a derechos humanos o de otros medios ilegales cuando (1) el descubrimiento de dicha prueba fuera inevitable, (2) se hubiere obtenido de fuente independiente o (3) el vínculo de su ilicitud estuviere atenuado.

Es probable que la fórmula empleada por los legisladores haya estado inspirada en la tesis aislada «2010354, 1a. CCCXXVI/2015 (10a.) de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia¹, titulada "PRUEBA ILÍCITA. LÍMITES DE SU EXCLUSIÓN", en la que se señala que:

¹ El texto de la tesis se encuentra en:
<<http://200.38.163.178/sjfsist/Documentos/Tesis/2010/2010354.pdf>>

La exclusión de la prueba ilícita aplica tanto a la prueba obtenida como resultado directo de una violación constitucional, como a la prueba indirectamente derivada de dicha violación; sin embargo, **existen límites sobre hasta cuándo se sigue la ilicitud de las pruebas** de conformidad con la cadena de eventos de la violación inicial que harían posible que no se excluyera la prueba. Dichos supuestos son, en principio, y de manera enunciativa y no limitativa, los siguientes: a) **si la contaminación de la prueba se atenúa**; b) **si hay una fuente independiente para la prueba**; y c) **si la prueba hubiera sido descubierta inevitablemente**. Sobre el primer supuesto, a saber, la atenuación de la contaminación de la prueba, se podrían tomar, entre otros, los siguientes factores para determinar si el vicio surgido de una violación constitucional ha sido difuminado: a) cuanto más deliberada y flagrante sea la violación constitucional, mayor razón para que el juzgador suprima toda evidencia que pueda ser vinculada con la ilegalidad. Así, si la violación es no intencionada y menor, la necesidad de disuadir futuras faltas es menos irresistible; b) **entre más vínculos (o peculiaridades) existan en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria, más atenuada la conexión**; y c) **entre más distancia temporal exista entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria, es decir, que entre más tiempo pase, es más probable la atenuación de la prueba**. En relación con el segundo supuesto **es necesario determinar si hay una fuente independiente para la prueba**. Finalmente, el tercer punto para no excluir la prueba consistiría en **determinar si ésta hubiera sido descubierta inevitablemente en el proceso**. Dicho supuesto se refiere, en general, a elementos que constituyan prueba

del delito que hubieran sido encontrados independientemente de la violación inicial. La aplicación del anterior estándar debe hacerse en cada caso concreto.

Primero hay que aclarar que si hay "una fuente independiente" o si la prueba se descubre "inevitablemente", dicha prueba ya no deriva de la tortura u otro acto ilícito: la prueba ya no es resultado de ellos, no estará "contaminada", y será plenamente admisible. Lo que aquí interesa es el supuesto de la tesis —acogido por el proyecto con la fórmula "vínculo de ilicitud atenuado"— de que "la contaminación de la prueba se atenúa" conforme haya "más vínculos (o peculiaridades) ... en la cadena entre la ilegalidad inicial y la prueba secundaria", y según exista "más distancia temporal... entre la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria".

Es decir, se admiten —en la tesis y en el proyecto— las pruebas indirectas, entendiendo por "indirectas" que estén más o menos alejadas en la sucesión de causas y efectos disparada por la tortura o el acto ilícito. Por ejemplo, la tortura a un presunto secuestrador produce la declaración de éste de que en determinado lugar está el secuestrado; el cateo en dicho lugar permite el rescate de la víctima y la captura de un cómplice; la declaración del cómplice, ya no obtenida mediante tortura ni otro acto ilícito, permite la captura de otro cómplice; la declaración de este último, sin tortura ni acto ilícito, hace posible la detención de otro

cómplice... y así sucesivamente. En este ejemplo no valdrá como prueba la declaración del primer secuestrador, obtenida bajo tortura, pero parece legal, ético y razonable que las declaraciones de los cómplices sí se acepten como pruebas porque su "contaminación" está "atenuada" al no derivar ellas directamente del medio ilícito original de la tortura.

El otro supuesto de la tesis, la "atenuación" de la "contaminación" por la "distancia temporal" entre "la ilegalidad inicial y la adquisición de una prueba secundaria", resulta extraño. ¿Cuánto tiempo tendría que pasar para que opere la atenuación y se vuelva totalmente admisible una prueba? ¿Bastarían unos pocos días? ¿O serían necesarias varias semanas o meses? Parece innecesario el supuesto del distanciamiento temporal y suficiente el del "alejamiento" en la cadena causal.

En síntesis, el proyecto, así sea con un lenguaje poco preciso, coincide con nuestra tesis de que no hay que desechar las pruebas surgidas indirectamente de un acto de tortura o de otro acto ilícito, sino solamente las que consistan en declaraciones obtenidas directamente mediante tales actos.

Pero la postura extrema, apoyada en la doctrina del "fruto envenenado", desechamiento general y absoluto de todas las pruebas derivadas de actos ilícitos, por más indirecto que sea su vínculo con éstos, nos parece discutible y resulta preciso abundar sobre el tema.

La tortura es uno de los delitos más atroces que pueden cometerse. Es preciso prevenirlo, perseguirlo y sancionarlo con toda la eficacia posible, pero también dentro de los límites de la ley, la justicia y la razón, y, desde luego, dentro del respeto estricto a los derechos humanos... del acusado, de la víctima y de todos los miembros de la sociedad.

Cuando el artículo 1º de la Constitución establece que: *...Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...* se refiere a los derechos humanos de todas las personas implicadas en el asunto de que se trate. Y en cuanto a la fracción IX del apartado 'A' del artículo 20 constitucional, señala que: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula...*, debe interpretarse a la luz de lo que señala el artículo 1º. Nótese que dicha disposición sobre las pruebas se encuentra, no en el apartado 'B', donde se enlistan los derechos del imputado, ni el en 'C', en el que se enumeran los derechos de la víctima, sino en el 'A' que corresponde a "los principios generales". Para favorecer la "protección más amplia" deberá desecharse la declaración obtenida bajo tortura pero no otras pruebas que, aun derivando indirectamente de aquella, permitan proteger los derechos humanos de la víctima y de la sociedad.

Como lo expresamos en nuestra observación: "Lo que desalentará los actos de tortura será el hecho de que se castiguen en una proporción aceptable, y no que se desechen las pruebas distintas de la declaración del torturado". Esta última, la declaración del torturado, es la única inadmisibles, si se obtuvo mediante tortura, como lo señalan la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU (art. 15) y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (art. 10), pero sin prohibir que se utilicen otra clase de pruebas.

Como también lo dijimos en nuestra observación, cuando se desechan pruebas distintas de la declaración de quien es víctima de "actos de tortura y de cualquier otra violación a derechos humanos o fundamentales", pero derivadas de dicha declaración, se incurre en un exceso equivalente al de tirar el agua sucia de la tina con el niño adentro. En un procedimiento penal están en juego no solamente los derechos humanos del imputado, sino también los de la víctima, y, además, los del conjunto de los integrantes de la sociedad a que se haga justicia tanto al imputado como a la víctima. Si bajo tortura un secuestrador señala el lugar donde se encuentra su víctima, y ésta es rescatada y al mismo tiempo se recogen pruebas del lugar relativas al secuestro, éstas podrán utilizarse legítimamente contra el secuestrador y sus cómplices. Esas pruebas están en el universo fáctico, son

preexistentes a la tortura y no fueron producidas por ésta: existían antes y con independencia de la tortura, a diferencia de las declaraciones arrancadas torturando al declarante, declaraciones que no se hubieran formulado sin que se emplease la tortura.

Nos preguntamos si puede invocarse algún principio ético o jurídico para fingir que no existen. Y, además, como ya insistimos, están los derechos humanos de la víctima y del conjunto de la sociedad a que se haga justicia.

Los derechos del imputado se garantizan, cuando es víctima de tortura, quitando validez probatoria a su declaración y a las declaraciones de los testigos que bajo tortura hayan declarado en su contra, exclusivamente, y procesando y sancionando a quienes los hayan torturado. Pero si la invalidación se amplía a otras pruebas, se estarían violando los derechos humanos de la víctima y de la sociedad, mediante una extraña evasión de la realidad.

Reconocemos que todo este asunto es de enorme importancia y merece mayor reflexión.

5) Nuestra observación

«Artículo 24 fracciones II y III

«Artículo 24. Comete el delito de tortura el servidor público que, con el fin de obtener información o una confesión, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medio de coacción, como medida preventiva, o por razones basadas en discriminación, o con cualquier otro fin:

«...

«II. Cometa una conducta que sea tendente o capaz de disminuir o anular la personalidad de la Víctima o su capacidad física o psicológica, aunque no le cause dolor o sufrimiento, o

«III. Realice procedimientos médicos o científicos en una persona sin su consentimiento o sin el consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo.

Observación. «No puede ser tortura cualquier "conducta... tendente a, o capaz de, disminuir o anular la personalidad de la víctima o su capacidad física o psicológica, aunque no le cause dolor o sufrimiento" (II) o los "procedimientos médicos o científicos en una persona sin su consentimiento o sin el consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo (III)" si se realizan en beneficio del destinatario.

«El primer supuesto es muy similar al de una de las definiciones de la Convención Interamericana, pero eso no lo hace plausible.

Piénsese, por ejemplo, en un detenido con una intensa alteración emocional, condición que por sí misma lo pusiera en peligro, o que lo convirtiera en peligro de agresión para él mismo, y, por tanto, requiriera algún calmante —que probablemente disminuiría de manera transitoria su capacidad física— para conjurar el peligro. En el segundo supuesto, pensemos en un detenido que se encuentre gravemente lesionado e inconsciente —condición esta última que le impediría prestar su consentimiento— y, en consecuencia, requiera algún medicamento analgésico o anestésico, o una intervención quirúrgica, para calmar su sufrimiento o incluso salvar su vida. En ninguno de estos casos podría administrarse al detenido el calmante o medicamento, o practicársele la intervención quirúrgica, "aunque no se le cause dolor o sufrimiento" (II) o "sin su consentimiento o sin el consentimiento de quien legalmente pudiera otorgarlo" (III) por temor a incurrir en un acto —legalmente previsto— de tortura.

«Hay que revisar estas fracciones II y III para modificarlas adecuadamente o suprimirlas.»

Comentario

El sentido de las disposiciones que pretende eliminar el PUDH-UNAM es evitar que la Ley General se interprete en el sentido de avalar el tratamiento forzoso o la realización de experimentos científicos en

personas con alguna discapacidad, ya que dichas conductas pueden constituir tortura y en todo caso resultan violatorias de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad.— Esta Convención establece en su art. 12 que "las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida." En su artículo 25(d) exige que la atención médica se brinde siempre "sobre la base de un consentimiento libre e informado".— El Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad ha establecido que "si bien los Estados deben contemplar medidas para apoyar a las personas para la toma de decisiones en caso de ser necesario, dichas medidas no pueden invocarse como justificación para negar el derecho al consentimiento a las personas con discapacidad (f). Asimismo explica que: "El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25) incluye el derecho a la atención de la salud sobre la base del consentimiento libre e informado. Los Estados partes tienen la obligación de exigir a todos los profesionales de la salud y la medicina (incluidos los profesionales de la psiquiatría) que obtengan el consentimiento libre e informado de las personas con discapacidad antes de cualquier tratamiento. En relación con el derecho a la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas, los Estados partes tienen la obligación de no permitir que el consentimiento sea otorgado por personas que sustituyan a las personas con discapacidad

en la adopción de decisiones, en nombre de ellas." En este sentido el mismo Comité instó al Estado mexicano en sus observaciones finales sobre el informe inicial de México a: "asegurar el consentimiento informado para cualquier tratamiento médico por las personas con discapacidad —incluida la posibilidad de voluntad anticipada—, así como una adecuada provisión de servicios comunitarios de salud para personas con discapacidad basados en el derecho al consentimiento libre e informado [...]". Tratándose de cualquier persona adulta, el consentimiento siempre debe ser directo. Por ello sugerimos no derogar las fracciones propuestas, sino especificar en la fracción segunda que únicamente en el caso de personas menores de 18 años el consentimiento deba de hacerse por medio de representante legal.— Cualquier disposición para excluir de la definición de tortura la práctica de una intervención médica de urgencia a fin de salvaguardar la vida de una persona mayor de edad que esté impedida de otorgar el consentimiento por razones propias de la enfermedad (por ejemplo, pérdida de la conciencia), habrá de ser claramente acotada.

Respuesta

No lo dijimos expresamente en nuestra observación, pero un "tratamiento forzoso" que no esté encaminado a proteger la salud o salvar la vida, o un "experimento científico", "tendente o capaz de

disminuir o anular la personalidad de la víctima o su capacidad física o psicológica" (fracción II), practicados a una persona con discapacidad (sin su consentimiento o sin el de la persona que legalmente deba darlo), cuando no causan dolor o sufrimiento, deben estar tipificados como delitos, incluso como delitos graves con una punibilidad adecuada que refleje esa gravedad, pero no tienen por qué ser considerados como tortura, simplemente porque no lo son. El atributo esencial de la tortura es que produzca dolores o sufrimientos graves. Si éstos no se dan, la conducta podrá ser lo que sea, incluso algo más atroz que la tortura, pero no será tortura.

El problema de la fracción II, como se desprende de nuestra observación, es que podría impedir salvar la integridad física o incluso la vida de una persona con discapacidad que, padeciendo de una intensa alteración emocional, que por sí misma lo pusiera en peligro o lo convirtiera en peligro de agresión para él mismo, requiriera de manera indispensable la administración por un médico de algún calmante que remitiera la alteración. El agente de la autoridad que, por temor a incurrir en tortura, no procurara dicha atención, o el médico que por el mismo temor no la diera, incurrirían en el delito de abandono de persona u omisión de auxilio. Insistimos en que habría que redactar el contenido de esa fracción de otra manera.

Problema similar es el de la fracción III. La realización de procedimientos médicos o científicos en una persona —no se dice si produciendo o no dolores o sufrimientos, graves o no graves— sin su consentimiento o sin el de quien en su lugar pueda legalmente darlo también deben estar tipificados como delitos, y asimismo como delitos graves con la punibilidad adecuada que refleje esa gravedad, pero tampoco tienen por qué ser considerados como tortura, igualmente porque no lo son. Repetimos que el atributo esencial de la tortura es que produzca dolores o sufrimientos graves.

Tal como está redactada la fracción III, y como lo señalamos en nuestra observación, a un detenido que se encuentre gravemente lesionado —o ahogándose, o con un infarto o un ataque cerebral, o en cualquier otra condición que requiera atención inmediata para impedir que sufra daños graves o la muerte, condición que le impediría prestar su anuencia—, si no está en condiciones de otorgar su consentimiento y no se encuentra presente quien pueda darlo legalmente en su lugar, deberá dejársele sin atención, para no incurrir en "tortura", aunque se agrave o muera.

Por otra parte, reconocemos que hay conductas atroces como, por ejemplo, dejar sin alimentos y sin líquidos a una persona, pero sedándola o anestesiándola, con lo que su salud podrá verse afectada

seriamente y su vida ponerse en grave peligro, sin que ella, mientras dure el efecto del sedante o anestésico, experimente dolor o sufrimiento alguno. Esto podrá ser un trato cruel, extremadamente cruel, muy lesivo y perverso, y deberá estar tipificado como delito y conminado con una punibilidad alta adecuada a esas características. Pero llamarle tortura no trae ningún beneficio a nadie y crea confusiones.

Sin embargo, así como existe en los códigos penales la 'violación equiparada', que tipifica conductas contra la libertad sexual que no incluyen ni violencia física ni violencia moral, pero de gravedad similar a la de la violación auténtica, podrían establecerse, en artículos distintos a aquellos en que se tipifique la tortura "propriadamente dicha", tipos penales que describan conductas que, aunque no produzcan dolores o sufrimientos graves, excedan en gravedad, por su alta lesividad o atrocidad, a los "otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes" y sean equivalentes a la tortura.

Es indispensable aclarar que no pretendemos que esos supuestos se eliminen, como equivocadamente dice su comentario, sino que se redacten adecuadamente: los equívocos y las redacciones confusas en los textos legislativos pueden tener efectos nocivos en las resoluciones judiciales, los cuales se pueden evitar con una buena técnica legislativa

y una adecuada redacción. Como lo expresamos en nuestras observaciones, todo el proyecto amerita una cuidadosa corrección sintáctica. estamos seguros de que en esto coinciden con nosotros.



Celebramos y agradecemos que nuestras observaciones hayan sido dignas de su atención y que hayan dado inicio a un diálogo académico constructivo que pueda contribuir a llevar el proyecto a la mejor calidad posible. Advertimos que ustedes objetan cinco de nuestras observaciones, lo que nos hace pensar que —aunque no lo dicen en su documento— coinciden con las demás. No los invitamos a que necesariamente reformulen sus comentarios sino a que reflexionemos juntos para alcanzar ese objetivo. Esa, la reflexión, es una de las tareas esenciales del académico.

No creemos que toda norma convencional sea inobjetable y deba, por tanto, blindarse contra cualquier crítica, ni que sea fructífero académica e intelectualmente suscribir de manera dogmática e incondicional las posturas de determinadas instituciones u organizaciones públicas, privadas o sociales, nacionales o internacionales, por más loables que sean sus propósitos y por más reconocida que sea su legitimidad. El mejor apoyo que podemos dar a quienes defienden los derechos humanos desde cualquier ámbito es

someter sus expresiones y argumentos a análisis riguroso basado en el conocimiento científico, la lógica, la razón, el sentido común, los principios humanitarios e ilustrados del derecho, y la ética, para apoyarlos o discutirlos.

Con nuestros mejores deseos, les enviamos un cordial saludo.

Atentamente.

Dr. Luis de la Barreda Solórzano,

Coordinador

Programa Universitario de Derechos Humanos

Universidad Nacional Autónoma de México