

Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 10 • Agosto 2016





## **Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional. Algunas puntualizaciones para contribuir al debate de la nueva Iniciativa Legislativa**



**Jorge Arturo Ulloa Cordero**  
**María José Araya Álvarez**

*Universidad de Costa Rica*  
*Universidad de Costa Rica*

**RESUMEN:** *En el presente escrito, los autores exponen una aproximación crítica al concepto de tortura, el cual no es unívoco. Por ello, realizan una exposición de este concepto desde las ciencias sociales y las interpretaciones del Derecho internacional, tanto escrito como consuetudinario. Finalizan con un análisis de la situación actual en México, la cual generó que el Ejecutivo presentara una propuesta de reforma legal, en diciembre de 2015. Las principales conclusiones son que la propuesta es un avance pero necesita mejoras, así como que el tipo de otros tratos inhumanos debe desaparecer por su ambigüedad.*

**PALABRAS CLAVE:** *Tortura, delito internacional, Derecho internacional de los derechos humanos, Derecho penal internacional, concepto indeterminado, multívoco, imprescriptibilidad.*

**ABSTRACT:** *In this paper, the authors present a critical approach to the concept of torture, which is not unique. Therefore, they make an exhibition of this concept from the social sciences and interpretations from the scope of International Law, both written and customary. They finalize with an analysis of the current situation in Mexico, which generated the Executive presented a proposal for legal reform in December, 2015. The main conclusions are that the legal proposal is a step forward but needs improvement, also the type of inhuman treatment must disappear because of its ambiguity.*

**KEY WORDS:** *Torture, international crime, International Human Rights Law, International Criminal Law, indeterminate concept, multivocal, imprescriptibility.*

**SUMARIO:** *Introducción. 1. Aspectos preliminares. 2. La tortura como fenómeno psicosocial. 3. La tortura en el Derecho internacional público. 4. Análisis del caso mexicano. 5. Principales conclusiones*

## Introducción

La comisión generalizada y sistemática de la tortura es un hecho constatado en nuestra región. México no es la excepción, inclusive se ha determinado que la práctica es común entre las agencias estatales de investigación, la policía y el Ejército. Producto de ello, recientemente el gobierno de Peña Nieto ha puesto en la corriente legislativa una iniciativa de ley para reformar la normativa federal existente y cumplir con diversas recomendaciones que organismos internacionales han realizado.<sup>1</sup>

Nuestro cometido en esta monografía es traer a colación algunas puntualizaciones básicas de la tortura, vista tanto como fenómeno social, psicológico, histórico, político y jurídico, principalmente desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos, el Derecho penal internacional y el Derecho internacional humanitario. Intentaremos dar algunos puntos de vista —a modo de *outsiders*— para contribuir con el debate que se aproxima, tanto de la normativa existente como de la propuesta presentada.

Para ello realizaremos un análisis crítico del tipo de tortura. Como punto de partida, expondremos la tortura como un fenómeno real que trasciende el Derecho, ante el cual las ciencias sociales tienen mucho que aportar. Continuaremos con la exposición de algunas de las líneas interpretativas más importantes en el Derecho internacional consuetudinario, entre las que se encuentran las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (de seguido, Corte IDH), la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI), el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (de seguido, TPIY) y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante, TPIR). Esta batería teórica nos permitirá realizar el análisis crítico del tipo penal de

tortura mexicano, tanto el vigente como el que se ha propuesto. Ahora bien, si el lector considera que tiene interés en sólo alguno de estos puntos, puede ir directamente a la sección de su interés, sin que existan mayores distorsiones para comprender lo expuesto.

Como advertencia *a limine* debe aclararse que esta investigación está delimitada al acto de tortura como violencia y tipo penal, se omiten análisis sobre las maneras de comisión, la violencia sexual, el derecho de las víctimas, las consecuencias en éstas y los aspectos administrativos de la prevención. Pese a lo anterior, al final se exponen algunas líneas heurísticas que pueden deducirse del análisis socio-jurídico expuesto.

## 1. Aspectos preliminares

El concepto “tortura”<sup>2</sup> no es unívoco, basta con leer algunas investigaciones serias en la materia para denotar su polisemia. Por ello, para instrumentalizar dicho concepto es necesario definirlo convencionalmente de forma previa, para entender —con una pretensión intersubjetiva— qué cabe en dicho “cajón”, pero —lo más importante— qué *no* cabe en éste, conforme a la investigación planteada.

No pretenderemos exponer *la* definición que venga a zanjar para siempre la discusión (netamente de palabras) sobre este aspecto de la tortura. Ahora bien, tampoco caeremos en la trampa de creer (con fe ciega) que el Derecho por sí mismo nos dará una definición suficiente para aproximarnos al fenómeno de estudio.

Por ello, expondremos algunas ideas básicas a partir de la sociología, la psicología, la historia y el Derecho, con una pretensión interdisciplinaria que nos permitirá llegar a algunas conclusiones de interés.<sup>3</sup> Ello enriquecerá la investigación con visiones diferentes de las que nos da el Derecho por sí solo.<sup>4</sup> Ade-

<sup>1</sup> Ver: Presidencia de la República, *Combatir frontalmente la desaparición forzada y la tortura es una condición básica para lograr la plena vigencia del Estado de Derecho*: EPN, 10 de diciembre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/combater-frontalmente-la-desaparicion-forzada-y-la-tortura-es-una-condicion-basica-para-lograr-la-plena-vigencia-del-estado-de-derecho-epn> (consultada el 8 de enero de 2016); y Presidencia de la República, *Visita del alto comisionado de la ONU para los derechos humanos*, 8 de octubre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/visita-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos> (consultada el 8 de enero de 2016).

<sup>2</sup> Como dato de interés, la etimología de la palabra “tortura” proviene del latín *torquere*, que significa “torcer”, que refiere a una técnica antigua. Ver: Paul D. Kenny, “The Meaning of Torture”, *Polity*, vol. 42, núm. 2, abril de 2010, doi: 10.1057/pol.2009.21, p. 146.

<sup>3</sup> Al respecto expone Einolf: “*In the past, human rights advocates have concentrated on promulgating treaties that proscribe human rights violations, including torture. These efforts have had some effect in establishing international norms and regimes prohibiting torture, but the establishment of norms and regimes has not been enough to stop torture in actual practice. Knowledge of the patterns described here could help advocates focus their efforts*”. Christopher Einolf, “The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical Analysis”, *Sociological Theory*, vol. 25, núm 1, junio de 2007, doi: 10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x, p. 118.

<sup>4</sup> Esto en contraposición de las ideas del Derecho como un “sistema jurídico cerrado (*geschlossenes Rechtssystem*)” defendida princi-

más, de éstas se pueden obtener algunas líneas heurísticas que no deben pasarse por alto si se pretende una formulación normativa que responda a lo que Albert denominó “jurisprudencia social-tecnológica”.<sup>5</sup>

## 1.1. Una definición estipulativa-instrumental

Es menester poner en relieve que este tipo de conceptos multívocos implican que el intérprete tome partido, pues las palabras por sí mismas *no significan nada*, son instrumentos para comunicar ideas.<sup>6</sup> Por ello, existen tantas definiciones e interpretaciones como autores hay.

A grandes rasgos, se pueden exponer —cuanto menos— cinco líneas generales seguidas por las definiciones existentes: (1) aquellas que gradúan el nivel de dolor o sufrimiento; (2) aquellas que implican sólo la comisión por agentes estatales; (3) aquellas que implican algún motivo para la comisión; (4) aquellas que se restringen a unos cuantos motivos predeterminados, y (5) aquellas que excluyen la tortura cuando es producto de un hecho legítimo. Cada una de estas acepciones tiene su correspondiente negación y pueden entremezclarse.

Por el interés de esta investigación, hemos escogido la siguiente definición estipulativa-instrumental: *tortura es la imposición mediata, sistemática y deliberada de dolor o sufrimiento<sup>7</sup> a una persona sobre*

*la cual uno o varios sujetos tienen sobre la primera el control físico (poder),<sup>8</sup> con algún fin determinado (o determinable).<sup>9</sup>*

Esta definición involucra tres ámbitos: el político (relación de los sujetos con el ejercicio del poder), el social (relación del humano con los universos simbólicos creados por éste)<sup>10</sup> y el psicológico-psiquiátrico (patrones de comportamiento y lo subjetivo de la persona). Esta definición estipulativa-instrumental toma como base la definición elaborada por la Asociación Médica Mundial en la *Declaración de Tokio de Normas Directivas para Médicos con respecto a la tortura y otros tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, impuestos sobre personas detenidas o encarceladas*,<sup>11</sup> así como los apuntes de Miguel A. Pichardo,<sup>12</sup> Christopher Einolf<sup>13</sup> y Paul D. Kenny,<sup>14</sup> con la aclaración de que esta interpretación es más amplia de las ahí recogidas, pero con la intención pragmática de mantener los límites necesarios para no confundir la tortura con otros fenómenos.

## 2. La tortura como fenómeno psicosocial

### 2.1. Análisis psicosocial de la tortura como acto de violencia

El investigador Miguel A. Pichardo propone un análisis psicosocial para comprender los patrones en los

palmente por Günther Teubner, quien se basa en la teoría social de la *autopoiesis* de Luhmann. Para una descripción y atinada crítica, ver Minor E. Salas, *Yo me engaño, tú te engañas, él se...* Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales, Isolma, San José, 2011, pp. 148-153.

<sup>5</sup> Hans Albert, *La ciencia del derecho como ciencia real*, trad. Minor E. Salas, Fontamara, México, 2007.

<sup>6</sup> Cita de Ogden y Richards en Enrique Pedro Haba, *Metodología (realista) del Derecho*, t. I, UCR, San José, 2012, p. 52. **Nota:** claro que hay que partir de significados básicos de aquellos términos que por lo general no son controvertidos; aunque todo concepto implica una interpretación, la tarea es hacerla más o menos intersubjetiva.

<sup>7</sup> Al respecto debe recordarse una explicación realizada por Kenny, de acuerdo con la cual esa diferenciación entre dolor y sufrimiento es producto de la idea utilitarista (falsa) sobre la posibilidad de cuantificarlos gradualmente. Evidentemente éstas son experiencias psicológicas personales que son difícilmente cuantificables. Ver: Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 149.

<sup>8</sup> Sobre control, se debe aclarar que: “Control, in this context, means to have physical power or command over another person’s body. Control is meant here in a time-specific rather than a generic sense. [...] Of course, the physical control to which I am referring may also entail a kind of psychological captivity, but this additional element is neither necessary nor sufficient. The victim of torture has no freedom to leave. [...] For torture to occur, escape must be impossible, not just impractical”. Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 153.

<sup>9</sup> Se abandona la idea de especificar cada uno de los motivos, pues habrán tantos como sujetos que comenten sobre la tortura, consideramos que debe existir un motivo, pero no uno específico. En el mismo sentido, Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 139.

<sup>10</sup> Peter Berger y Thomas Luckmann, *La construcción social de la realidad*, trad. Silvia Zuleta, Icalma, Buenos Aires, 2001, pp. 125-129.

<sup>11</sup> Declaración de principios éticos Adoptada por la 29ª Asamblea Médica Mundial en Tokio, Japón, octubre de 1975, revisada en su redacción por la 170ª Sesión del Consejo Divonne-les-Bains, mayo de 2005, y por la 173ª Sesión del Consejo, Divonne-les-Bains, Francia, mayo de 2006, en: Asociación Médica Mundial, extraída de: <http://www.wma.net/es/30publications/10policies/c18/index.html> (consultada el 30 de julio de 2015).

<sup>12</sup> Miguel A. Pichardo, *Perspectiva histórico-psicosocial de la tortura*, extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26105.pdf> (consultada el 27 de julio de 2015).

<sup>13</sup> Cfr. Christopher Einolf, “The Fall...”, *op. cit.*

<sup>14</sup> Cfr. Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

que sucede la tortura.<sup>15</sup> Los aspectos constitutivos de este acto violento, según dicha propuesta, son: a) la estructura formal del acto, b) el perfil cultural, c) el contexto posibilitador, y d) el trasfondo ideológico del acto.<sup>16</sup> A continuación expondremos cada uno de ellos, con algunas precisiones.

## 2.1.1. Estructura formal de acto de tortura

Este aspecto constitutivo refiere al acto violento en su completitud. Se intenta responder la pregunta de *qué es esto*. Aquí es fundamental la diferenciación realizada por Martín-Baró entre violencia instrumental y terminal: “*un acto de violencia instrumental es aquél realizado como medio para lograr un objetivo diferente, mientras que el acto de violencia final es aquél realizado por sí mismo, es decir, el acto buscado como fin*”.<sup>17</sup> De tal manera, la violencia instrumental es mediata y la terminal es inmediata, con respecto a los fines. La segunda se agota por el mismo hecho de ocurrir, la primera es tan sólo un medio para conseguir un fin.

Por ello, de acuerdo con la definición expuesta *supra*, la tortura se agrupa en el sentido de violencia instrumental, esto se denota con la expresión “*la imposición mediata...*” de la definición expuesta *supra*. Sobre este aspecto se ha determinado que ésta es *instrumentalizada* para fines como: la obtención de información o confesiones, mecanismo de readaptación social de determinados sujetos, sembrar desconfianza en un grupo opositor al poder, provocar la invalidez

psicosocial (“sacarlos del juego”) de opositores,<sup>18</sup> entre muchos otros.

Esta violencia instrumental mediatiza al sujeto y violenta su noción de “sí mismo”, sea la *construcción psicosocial del yo*.<sup>19</sup> Dicha afectación es tanto psicológica como física,<sup>20</sup> no importa cuál sea el medio de comisión. Por ello, no se debería hablar de tortura física o psicológica, sino de métodos físicos (afección físico-corporal) o psíquicos (estrés mental) para la comisión de ésta.<sup>21</sup>

La tortura también impacta “*en las esferas psicológicas, corporales, físicas, interaccionales, redes sociales, ideológicas, acciones sociales, situación política, participación social, estado legal, relaciones internacionales, etcétera*”.<sup>22</sup> Ergo, esta no se agota en la interacción dual torturador-víctima, sino que incide en una parte (más o menos amplia) del dinamismo social del momento histórico en general.<sup>23</sup>

## 2.1.2. El perfil cultural de la tortura

Este aspecto, de acuerdo con Pichardo, caracteriza cuál es el perfil cultural que incide sobre el sujeto para que cometa tortura.<sup>24</sup> Esto, en la línea de las investigaciones que establecen que en lugar de buscar elementos psicopatológicos del “torturador” (como símbolo antonomástico) se debe buscar aquello que incide sobre los sujetos “normales” para que cometan actos violentos como la tortura.

Para entender lo anterior, son de importancia cardinal los experimentos psicosociales sobre la obe-

<sup>15</sup> Es claro, como todo análisis de la realidad, que éste responde a una división meramente académica-explicativa, pues realmente es muy difícil separar dichos aspectos del acto total.

<sup>16</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 10.

<sup>17</sup> Ronald Ling Ching Céspedes, *Psicología forense: principios fundamentales*, Euned, San José, 2005, pp. 261 y 262.

<sup>18</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 11. Cfr. Einolf, “The Fall and Rise...”, op. cit., p. 104.

<sup>19</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 11.

<sup>20</sup> Metin Basoglu, Maria Livanou y Cvetana Crnobaric, “Torture vs Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?”, *Archives of General Psychiatry*, vol. 64, núm. 3, 2007, doi: 10.1001/archpsyc.64.3.277, p. 283.

<sup>21</sup> La ONU la califica como una diferenciación artificial. Vid. ONU, *Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, HR/P/PT/8/Rev.1, Ginebra y Nueva York, 9 de agosto de 1999 (rev. 2004), p. 55. Para ver la lista de formas de comisión, ver: ONU, *Protocolo de Estambul*, pp. 55-57. Para más ejemplificaciones de métodos de tortura, ver: Einolf, “The Fall”, op. cit., pp. 103 y 104.

<sup>22</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 12.

<sup>23</sup> Al respecto la ONU apunta: “*La tortura suscita profunda inquietud en la comunidad mundial. Su objetivo consiste en destruir deliberadamente no sólo el bienestar físico y emocional de la persona sino también, en ciertos casos, la dignidad y la voluntad de comunidades enteras. Es algo que concierne a todos los miembros de la familia humana porque ataca a la misma base de nuestra existencia y de nuestras esperanzas de un futuro mejor*”. En ONU, *Protocolo de Estambul*, op. cit., p. 1.

<sup>24</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 14. Cfr. International Committee of the Red Cross, *Tackling Torture: Who are the torturers?* Extraído de: <https://www.icrc.org/en/document/lutter-contre-la-torture-qui-sont-les-tortionnaires> (consultado el 3 de marzo de 2016).

diencia de Stanley Milgram,<sup>25</sup> los cuales buscaban determinar si los individuos “normales” infligirían dolor en una tercera persona inocente, bajo las órdenes de otro sujeto cómplice en el experimento. Las principales conclusiones fueron: 1) que existe una “sociedad de la obediencia”<sup>26</sup> donde no hay modelos adecuados para la desobediencia y se toma *a priori* la verdad de la autoridad sin cuestionarla; 2) que si por un lado la conformidad con el grupo<sup>27</sup> (tendencia a seguir mayorías) aumenta la obediencia, por otro lado la cercanía psicológica con la víctima disminuye el seguimiento de órdenes dañinas para con ésta; 3) la obediencia a la autoridad es una poderosa arma social definida por la aparente legitimidad, la aceptación de responsabilidad por la autoridad, la facilidad de seguir la orden dada y la dificultad de oponerse.<sup>28</sup> Barra Almagiá agrega lo que se denomina efecto *pie-en-la-puerta*, según el cual una vez iniciada una conducta se hace más fácil continuar obedeciendo e ir incrementado el actuar.<sup>29</sup>

No obstante lo anterior, también se ha concluido que existen factores que contrarrestan la obediencia, como: 1) hacerles saber a los sujetos que tanto ellos como la autoridad son responsables de lo ocurrido; 2) exponerlos a otros sujetos que no siguen ciegamente la autoridad para romper la conformidad de grupo; 3) incitar a los sujetos a ser críticos de las motivaciones, juicios valorativos y capacidad de las

autoridades; 4) hacer conscientes a los individuos, por medio de la difusión de los hallazgos científicos, del poder social con el que cuentan las autoridades y cómo influyen en su conducta.<sup>30</sup> Estos factores serán trascendentales para cualquier propuesta para legislar lo atinente a la tortura.

### 2.1.3. El contexto posibilitador de la tortura

Este elemento del acto de tortura refiere al ambiente criminógeno que lo desencadena o potencia. Para que ésta suceda deben confluír una serie de variables, tanto en el momento inicial (desencadenamiento) como en la realización misma (ejecución del acto). Se distinguen: el contexto social amplio (mediato) y el contexto social situacional (inmediato).<sup>31</sup>

El contexto social amplio involucra los sistemas axiológicos, sociales y político-jurídicos que resultan propicios.<sup>32</sup> Las investigaciones apuntan que en los llamados Estados democráticos liberales existe una tendencia menor a tolerar o justificar actos de tortura, sea por su prohibición u ocultación.<sup>33</sup> Según Einolf,<sup>34</sup> en estos contextos ésta se dirige contra aquellos considerados como *not full members of a society*, sea *no-ciudadanos*, como los extranjeros, ciertas etnias, ciertos cultos, entre otros, o *ciudadanos-no-pletos*, como los prisioneros, los delincuentes, grupos sociales marginalizados, entre otros.<sup>35</sup>

<sup>25</sup> Stanley Milgram, “Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority”, *Human Relations*, vol. 18, núm. 57, febrero de 1965, doi: 10.1177/001872676501800105, pp. 57-76.

<sup>26</sup> Enrique Barra Almagiá, *Psicología social*, Universidad de Concepción, Concepción, 1998, extraído de: [http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC\\_Psicologia\\_Social.pdf](http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC_Psicologia_Social.pdf) (consultado el 30 de julio de 2015), p. 271.

<sup>27</sup> En cuanto a la *conformidad* son clásicos los estudios de Solomon Asch, en los cuales se determinan como factores que la afectan: tamaño del grupo, cohesión y la unanimidad. Lo contrario a la conformidad puede ser la independencia (tomar la propia decisión sin importar las normas del grupo) o la anticonformidad (oponerse a la mayoría, como una dependencia negativa), en Barra Almagiá, *Psicología social*, *op. cit.*, pp. 227-238. Cfr. Solomon Asch, *Psicología social*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1964.

<sup>28</sup> De acuerdo con Smith y Mackie, citados en Barra Almagiá, *Psicología social*, *op. cit.*, pp. 279 y 280.

<sup>29</sup> *Ibidem*, pp. 281 y 282.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 282 y 283.

<sup>31</sup> Ling Ching Céspedes, *Psicología forense...*, *op. cit.*, p. 261.

<sup>32</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>33</sup> Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, pp. 109-111. Pese a ello, la ONU afirma rotundamente que la tortura se practica en más de la mitad de los países del mundo; ver: ONU, *Protocolo de Estambul*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>34</sup> Es importante resaltar que dicho investigador refuta la exposición idealista –muy cercana al *wishful thinking*– de la “decaída y abolición de la tortura” propuesta por Langbein, Silverman, Foucault, entre otros. Einolf expone que dicha abolición es meramente formal (*law in books*) y declamatoria, pues en la realidad constatable la tortura está muy lejos de haber sido abolida en la práctica. Ver: Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, p. 110.

<sup>35</sup> Einolf, “The Fall and Rise...”, *op. cit.*, pp. 102 y 106. Este fenómeno fue denominado por los psicólogos sociales Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic como *Equality Hypocrisy* (igualdad hipócrita), según el cual las personas están de acuerdo en admitir una igualdad de derechos humanos cuanto más indeterminado es el grupo referido, pero cuando se especifica (como, por ejemplo: extranjeros, etnias minoritarias, minorías religiosas, etc.) no se admite tal asimilación de derechos y se ven como los “otros” que amenazan “lo nacional”; ver: Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic, “Equality Hypocrisy, Inconsistency, and Prejudice: The Unequal Application of the Universal Human Right to Equality”, *Peace and Conflict. Journal of Peace Psychology*, vol. 21, núm. 1, febrero de 2015, <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000084>, pp. 28-46.

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

En el contexto social situacional de la tortura se pueden nombrar algunos elementos potenciadores: (i) escenarios y estímulos ambientales, por ejemplo las prisiones y campos de concentración; (ii) situaciones de poder y la oportunidad de realizar tortura; y (iii) presión grupal.<sup>36</sup>

Gracias a las investigaciones de Philip Zimbardo<sup>37</sup> se comprobó que cualquier sujeto “normal”, en ciertas condiciones ambientales, puede espontáneamente cometer actos como la tortura, aspecto que —a diferencia de las conclusiones de Milgram— no implican necesariamente el seguimiento de órdenes. Esto se denominó como “poder situacional” y “juego de roles”, es decir, hay ciertas situaciones en las cuales unos sujetos tienen más poder que otros, o bien, que unos sujetos se encuentren en alguna circunstancia de vulnerabilidad que es aprovechada por los victimarios. En dichos momentos, los sujetos asumen roles que han sido socialmente determinados y construidos, papeles que son cumplidos por los sujetos, generalmente sin mayor reflexión.<sup>38</sup>

## 2.1.4. Transfondo ideológico del acto de tortura

Esta característica remite a las justificaciones y fundamentos del acto violento de tortura.<sup>39</sup> Sería un tanto ingenuo considerar que todos los actos de violencia

tengan alguna justificación o motivo, pero, restringiéndonos a nuestra definición de tortura (como un acto violento mediato-instrumental), dicha violencia sí tendrá un componente ideológico.

La tortura se justifica dentro de un determinado sistema social axiológico, en el cual el perpetrador se siente con la suficiente legitimidad para torturar, en contra de un sujeto que ve “deshumanizado” (un *otro*)<sup>40</sup> o en una posición vulnerable. De acuerdo con el pensar del actor, la víctima merece dicho acto violento, para alcanzar un fin determinado.<sup>41</sup> Esta autojustificación se realiza generalmente con fórmulas retórico-emotivizantes como “interés de la nación”, “seguridad nacional”, “darles su merecido”, “mantener la paz social”, entre muchísimas otras.<sup>42</sup> Lo anterior es generado por una disonancia cognitiva del sujeto, sea una separación psicológica entre el sujeto que tortura y el sujeto de “siempre”, quien eufemísticamente justificará (ante sí y ante los otros) su acto violento de tortura, aunque éste sea contrario a su forma de actuar habitual y sus valores.<sup>43</sup>

## 2.2. Caracteres de diferenciación de la tortura

A partir de la definición se pueden apuntalar algunos usos lingüísticos comúnmente aceptados por la generalidad de sus locutores,<sup>44</sup> dentro de los círculos

<sup>36</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., pp. 15 y 16.

<sup>37</sup> Philip Zimbardo, *El efecto Lucifer: el porqué de la maldad*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008. Para observar el video de una entrevista a Phillip Zimbardo, ver: <http://www.redesparalaciencia.com/2559/redes/2010/redes-54-la-pendiente-resbaladiza-de-la-maldad> (consultada el 30 de julio de 2015).

<sup>38</sup> Esta idea puede relacionarse con: “[...] *el universo simbólico ordena y por ende legitima los ‘roles’ cotidianos, las prioridades y los procedimientos operativos colocándolos sub specie universi, vale decir, en el contexto de marco de referencia más general que pueda concebirse*”. Berger y Luckmann, *La construcción social...*, op. cit., p. 129. Un ejemplo muy reciente de este fenómeno de seguimiento de patrones y cumplimiento de roles puede observarse en los profesionales de la salud que contribuyeron en la realización de actos de tortura en Guantánamo, llamados el Equipo de Consulta sobre Ciencias de la Conducta (*Behavioral Science Consultation Team*), quienes tuvieron papeles tanto pasivos (observaban y daban primeros auxilios) hasta activos (infligieron actos de tortura y utilizaron la prisión como un “laboratorio de batalla para nuevas técnicas de interrogatorio”), aspectos que violentan tajantemente los principios éticos de la profesión y lo establecido en el Protocolo de Estambul. Al respecto, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe: Hacia el cierre de Guantánamo*, Washington, 2015, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> (consultado el 4 de enero de 2016), pp. 52-54.

<sup>39</sup> Ling Ching Céspedes, *Psicología forense...*, op. cit., pp. 261 y 262.

<sup>40</sup> Sobre la construcción sociológica de los “otros” diferentes al “nosotros”, son de referencia obligatoria los trabajos del sociólogo argentino Daniel Feierstein, enfocados en el fenómeno genocidio; ver Daniel Feierstein, “Igualdad, autonomía, identidad. Las formas sociales de construcción de ‘los otros’”, en Hamurabi Noufour (comp.), *Tinieblas del crisol de razas*, Cálamo, Buenos Aires, 1999, pp. 39-70, y Daniel Feierstein, *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

<sup>41</sup> ONU, *Protocolo de Estambul*, op. cit., p. 86.

<sup>42</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, op. cit., p. 17. Cfr. ICRC, *Tackling Torture...*, op. cit.

<sup>43</sup> Esto aplicará para aquellos sujetos que se consideran normales, es decir, que siguen el sistema normativo y logran diferenciar aspectos básicos del bien y del mal. Es claro que existirán sujetos inmorales que abiertamente aceptarán que realizaron dichos actos perversos, pero estos escapan de esa categorización de normalidad que se ha seguido en este estudio.

<sup>44</sup> Enrique Pedro Haba, *Tratado Básico de Derechos Humanos con especial referencia al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho internacional. Examen realista crítico*, t. I, Editorial Juricentro, San José, 1986, p. 438.

discursivos de las ciencias sociales, que diferencian la tortura de otros fenómenos. De manera general son:

- La tortura es un acto violento de carácter netamente mediato que no se agota en sí mismo, pues es un instrumento para fines ulteriores.<sup>45</sup> Esto implica un carácter sistemático, causal, motivacional, técnico y —hasta cierto punto— racional.<sup>46</sup>

- El agente que comete la tortura no es —necesariamente— un sujeto con problemas psicopatológicos, pues podría ser cualquier sujeto “normal”.<sup>47</sup> Esta idea común del torturador como sujeto con alguna psicopatología (una especie diferente a la normalidad que se excluye del “nosotros”) es una respuesta infantilista (función ideológica tranquilizadora) para entender algo tan complejo como la tortura y la existencia de individuos que la ejecutan.<sup>48</sup>

- Por más cruel y degradante que resulte un acto violento, si no cumple con estas características estipulativas, por motivos pragmáticos no puede ser denominada tortura, pues caeríamos en una equiparación con el sadismo y la crueldad.<sup>49</sup> Lo anterior no implica que estos no puedan ser parte de un acto de tortura.

### 3. La tortura en el Derecho internacional público

A continuación realizaremos una conceptualización panorámica sobre la tortura en el Derecho internacio-

nal en general y, específicamente, en el Derecho internacional de los derechos humanos y el Derecho penal internacional. Lo anterior, a partir de las interpretaciones realizadas por el TEDH, la Corte IDH, la CPI y algunos tribunales penales internacionales *ad hoc*.

#### 3.1. La tortura como práctica prohibida por el Derecho internacional

La práctica de la tortura está prohibida por la dogmática del Derecho internacional, que la constituyó como una norma de *ius cogens*.<sup>50</sup> A nivel universal se acordó, en 1984, la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes<sup>51</sup> (de seguido, “Convención contra la tortura”), la cual vino a desarrollar la prohibición existente en el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)<sup>52</sup> y el artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles (1966).<sup>53</sup> La definición contenida en dicho instrumento<sup>54</sup> implica la gravedad del hecho, la intencionalidad del autor (con una enumeración de *numerus apertus*),<sup>55</sup> la realización por parte de un funcionario público (delito funcional) y excluye resultados gravosos de sanciones legítimas.

Adicionalmente, dicho instrumento preceptúa una serie de obligaciones para los Estados Parte de prevenir y sancionar la práctica de la tortura (artículos 2º y

<sup>45</sup> Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 142; y Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

<sup>46</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 12. Por racional, debe entenderse que no es producto de un impulso irracional psicopatológico.

<sup>47</sup> Milgram, “Some Conditions...”, *op. cit.*, pp. 74 y 75. Cfr. ICRC, *Tackling Torture...*

<sup>48</sup> Pichardo, *Perspectiva histórico-social...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>49</sup> Kenny, “The Meaning...”, *op. cit.*, p. 142.

<sup>50</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Informe sobre terrorismo y derechos humanos*, Washington, 2002, extraído de: <http://www.cidh.org/Terrorism/Span/indice.htm> (consultado el 4 de enero de 2016), párr. 155. Cfr. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, *op. cit.*, p. 56. Sobre dicho concepto, ver: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, artículo 53; y Rafael Nieto-Navia, “International Peremptory Norms (Ius Cogens) and International Humanitarian Law”, en Lal Chand Vohrah *et al.* (comps.), *Man’s Inhumanity to Man*, Kluwer International Law, La Haya, 2003, pp. 595-640.

<sup>51</sup> Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la ONU en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

<sup>52</sup> Establece: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

<sup>53</sup> Estatuye: “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”.

<sup>54</sup> El artículo 1.1. reza: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflijan intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de 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”.

<sup>55</sup> En cuanto a dicha enumeración no podemos obviar que al respecto existe una larga y añeja controversia, que será abordada *infra*; baste por el momento decir que —en nuestra opinión— la definición incluye la cláusula “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”, la cual permite que se incluyan finalidades análogas a las ahí expuestas.

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

12), por medio de la incorporación del tipo penal en las legislaciones internas (artículo 4º) y de la educación (artículo 10º). Resulta interesante que, en atención a los principios del Derecho penal internacional consuetudinario, se instaurara la obligación de los Estados de investigar aunque los hechos no ocurrieran en su territorio (artículos del 5º al 9º), producto del principio de justicia universal.

A nivel regional se ha establecido una serie de instrumentos y mecanismos en cuanto a la problemática de la tortura. Empero, las definiciones que se han delineado difieren significativamente, sea a nivel normativo o jurisprudencial. Ello evidencia la multivocidad del concepto en las diversas interpretaciones efectuadas en la práctica internacional. En razón de ello esbozaremos las líneas hermenéuticas generales del TEDH y de la Corte IDH.

### 3.1.1. Línea hermenéutica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) estipula la prohibición de la tortura en su artículo 3, el cual señala: “*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*”.

El TEDH, como máximo intérprete autorizado del Convenio Europeo,<sup>56</sup> ha considerado que el artículo mencionado contempla uno de los valores fundamentales de la sociedad democrática<sup>57</sup> que no admite derogación ni ninguna excepción,<sup>58</sup> es decir, es una norma de *ius cogens*.

De acuerdo con este Tribunal, en ese artículo se realiza una distinción entre la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Por ello, para determinar si un hecho responde a una u otra figura debe tomarse en consideración la “gravedad del sufrimiento”, pues la figura de “*la tortura acarrea un estigma especial para ocasionar un tratamiento inhumano que derive en muy graves y serios sufrimientos*”,<sup>59</sup> superiores a los producidos en la segunda figura. A su vez, los tratos inhumanos o degradantes deben alcanzar un nivel mínimo de gravedad, el cual debe ser evaluado según las circunstancias concretas del caso, por ejemplo: la duración del acto, sus efectos psíquicos o mentales, el sexo, la edad y estado de salud de la víctima, entre muchos otros.<sup>60</sup>

Asimismo, ha interpretado que el artículo 3 del CEDH debe conjugarse con el artículo 1º de la Convención contra la tortura, en cuanto al requisito de la existencia de un propósito en el agente activo, que implica la finalidad de obtener información, infligir castigo o intimidar.<sup>61</sup> Se puede aseverar que la definición realizada por el TEDH es restringida, pues establece como elemento constitutivo de la tortura la existencia de alguno de los propósitos prohibidos descritos *supra*. Igualmente, no se puede pasar por alto la utilización reiterada de fórmulas retóricas, tales como “la existencia de ciertos valores supremos” que son “fundamentales” dentro de una “sociedad democrática”, que tienen poco o ningún significado concreto. Asimismo, dichas frases aluden a un fuerte contenido emotivo, característica propia del discurso de los derechos humanos.<sup>62</sup>

<sup>56</sup> Artículos 19 y 32, Convenio Europeo de Derechos Humanos, 4 de noviembre de 1950.

<sup>57</sup> TEDH, *Caso Bataliny c. Rusia*, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 81. Cfr. TEDH, *Caso Serikov c. Ucrania*, No. 42164/09, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 56; TEDH, *Caso Andonocki c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 24312/10, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 95; TEDH, *Caso Mironovas y otros c. Lituania*, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

<sup>58</sup> TEDH, *Caso Mironovas y otros c. Lituania*, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

<sup>59</sup> TEDH, *Caso Bataliny c. Rusia*, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 83; TEDH, *Caso Reino Unido c. Irlanda*, Serie A No. 25, Sentencia de Juicio, 18 de enero de 1987, párr. 167; TEDH, *Caso Hajrulahu c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 37537/07, Sentencia de Juicio, 29 de octubre de 2015, párr. 98.

<sup>60</sup> TEDH, *Caso Lyapin c. Rusia*, No. 46956/09, Sentencia de Juicio, 24 de junio de 2014, párr. 110; TEDH, *Caso Reino Unido c. Irlanda*, Serie A No. 25, Sentencia de Juicio, 18 de enero de 1987, párr. 162; TEDH, *Caso Mironovas y otros c. Lituania*, No. 40828/12, 29292/12, 69598/12, 40163/13, 66281/13, 70048/13 y 70065/13, Sentencia de Juicio, 8 de diciembre de 2015, párr. 115.

<sup>61</sup> TEDH, *Caso Bataliny c. Rusia*, No. 10060/70, Sentencia de Juicio, 23 de julio de 2015, párr. 84; TEDH, *Caso Selmouni c. Francia*, No. 25803/94, Sentencia de Apelación, 28 de julio de 1999, párr. 97; TEDH, *Caso Hajrulahu c. La Antigua República Yugoslava de Macedonia*, No. 37537/07, Sentencia de Juicio, 29 de octubre de 2015, párr. 98.

<sup>62</sup> Cfr. Enrique Pedro Haba, “Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán ‘derechos humanos’”, *Revista Telématica de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, extraído de: <http://www.rtfid.es/n16.html> (consultado el 25 de julio de 2015), pp. 7 y 8.

Sumado a la anterior, consideramos que la distinción entre tortura y otros tratos inhumanos, según un criterio de “severidad y seriedad del sufrimiento”, resulta ser una *válvula abierta* que es interpretada caso por caso de acuerdo con el libre sentir y pensar de los juzgadores. Esto debe explicitarse para no caer en la trampa de considerar que existen criterios objetivos, pues en la realidad lo que hay son algunos argumentos razonables de los intérpretes autorizados, que en el caso específico distinguen entre una figura y la otra.

### 3.1.2. Línea interpretativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La *Convención Americana de Derechos Humanos* (de seguido, CADH) establece en el inciso 2) del numeral 5º: “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*”.

La Corte IDH, máximo intérprete autorizado de la CADH,<sup>63</sup> ha manifestado de forma reiterada que entre los elementos constitutivos de la tortura se encuentra el infligir de manera intencional sufrimientos físicos, mentales o morales agudos a una persona con cualquier fin, tales como obtener información de ella, castigarla, intimidarla, o incluso anular su personalidad para que se declare culpable de un determinado hecho delictivo,<sup>64</sup> entre otros posibles propósitos. Así,

los elementos de la tortura son: (i) la intencionalidad del acto, (ii) la severidad del sufrimiento y (iii) la finalidad del trato.<sup>65</sup>

De estos, cobra especial relevancia “la severidad del sufrimiento”, en virtud de que la Corte IDH, en la misma línea del TEDH, ha señalado que la integridad personal puede ser violentada o vulnerada en diversos grados, lo cual puede abarcar —de menos a más— desde otros tratos crueles, inhumanos o degradantes hasta la tortura.<sup>66</sup> Igualmente, ha expuesto que las secuelas (físicas y psíquicas) de estos actos dependen de ciertos factores endógenos y exógenos, por ejemplo duración de los tratos, edad, sexo, salud, vulnerabilidad, los cuales serán evaluados e interpretados a partir de un análisis casuístico.<sup>67</sup> Se debe destacar el amplio margen de discrecionalidad con el que cuentan los jueces para evaluar estos elementos, esto derrumba cualquier pretensión de “establecer” o “encontrar” supuestos parámetros objetivos para dicho cometido.

La Corte IDH ha determinado que la tortura es una norma imperativa de Derecho internacional general, convirtiéndola en una norma *ius cogens*, conclusión similar a la arribada por el TEDH. Ello implica un régimen de prohibición absoluta de todas las formas de tortura en la región, lo cual —en principio— no admitiría ninguna excepción.<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Artículos 33 y 62, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.

<sup>64</sup> Corte IDH, *Caso Rodríguez Vera y otros c. Colombia*, Serie C No. 287, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 14 de noviembre de 2014, párr. 420. Cfr. Corte IDH, *Caso J. c. Perú*, Serie C No. 275, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2013, párr. 364; Corte IDH, *Caso Bueno Alves c. Argentina*, Serie C No. 164, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 79; Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri c. Perú*, Serie C No. 110, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 8 de julio de 2004, párr. 115; Corte IDH, *Caso Tibi c. Ecuador*, Serie C No. 114, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 7 de setiembre de 2004, párr. 149; Corte IDH, *Caso Maritzia Urrutia c. Guatemala*, Serie C No. 103, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 27 de noviembre de 2003, párr. 91; Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C No. 69, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párr. 100.

<sup>65</sup> Corte IDH, *Caso Bueno Alves c. Argentina*, Serie C No. 164, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de mayo de 2007, párr. 79. Cfr. Corte IDH, *Caso Caesar c. Trinidad y Tobago*, Serie C No. 123, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 11 de marzo de 2005, párrs. 72 y 73; Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros c. El Salvador*, Serie C No. 303, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 121. Cfr. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., p. 56.

<sup>66</sup> La CIDH ha dispuesto: “*Ni la Declaración Americana ni la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura establecen lo que debe entenderse por ‘tratos crueles, inhumanos o degradantes’ o cómo éstos se diferencian de la tortura [...] El criterio esencial que permite distinguir entre ‘tortura’ y ‘trato inhumano o degradante’ deriva principalmente de la intensidad del sufrimiento infligido*”. CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., pp. 64-65.

<sup>67</sup> Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México*, Serie C No. 220, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, párr. 133. Cfr. Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles c. Perú*, Serie C No. 289, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 184; Corte IDH, *Caso Familia Barrios c. Venezuela*, Serie C No. 237, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 52.

<sup>68</sup> Corte IDH, *Caso Espinoza Gonzáles c. Perú*, Serie C No. 289, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20 de noviembre de 2014, párr. 141. Cfr. Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños c. El Salvador*, Serie C No. 252, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 25 de octubre de 2012, párr. 147; Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides c. Perú*, Serie C No. 69, Sentencia de Fondo, 18 de agosto de 2000, párr. 95; Corte IDH, *Caso Familia Barrios c. Venezuela*, Serie C No. 237, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2011, párr. 50; Corte IDH, *Caso Ruano Torres y otros c. El Salvador*, Serie C No. 303, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de octubre de 2015, párr. 120.

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

## 3.2. La tortura como delito internacional

Por las características antes expuestas, en especial su prohibición de *ius cogens*, la tortura ha sido configurada como un delito internacional, tanto en un contexto de guerra o de lesa humanidad.<sup>69</sup> Ello implica una serie de consecuencias que deben ser tomadas en cuenta a la hora de tipificar dicha figura en los ordenamientos internos. Estos serán expuestos brevemente a continuación.

## 3.2.1. Aspectos básicos de los delitos internacionales

De acuerdo con Werle, los delitos internacionales, también llamados crímenes fundamentales (*core crimes*), son actos ofensivos a los intereses fundamentales de la comunidad internacional,<sup>70</sup> establecidos convencionalmente en un determinado momento histórico. Esta idea nutre la doctrina de la *macrocriminalidad*, la cual —según Kai Ambos— comprende “*comportamientos conforme al sistema [socio-político] y adecuados a la situación dentro de una estructura de organización, aparato de poder u otro contexto de acción colectiva*”;<sup>71</sup> es decir, un “macro-acontecimiento” relevante para el Derecho internacional y, por lo tanto, diferente a las formas “normales” o “tradicionales” de criminalidad.<sup>72</sup> El TPIY, en el caso de Drazen Erdemovic, expuso que estos delitos son de una violencia muy seria, que daña

lo más “esencial” de los seres humanos, es decir, su vida, libertad, bienestar físico, salud y dignidad. Estos hechos ilícitos trascienden a la víctima puntual, pues el ataque afecta a la humanidad entera, la cual aparece como víctima mediata.<sup>73</sup>

Una de las características, *inter alia*, de estos hechos ilícitos internacionales es su imprescriptibilidad, consagrada en la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968).<sup>74</sup> Dicha característica fue reafirmada en el Estatuto de Roma de la CPI, específicamente en el artículo 29, el cual reza: “*los crímenes de la competencia de la Corte no prescribirán*”.

Otra característica de interés de estos ilícitos es la forma especial de responsabilidad del superior jerárquico, introducida por la dogmática del Derecho penal internacional.<sup>75</sup> El artículo 28 del Estatuto de Roma establece este modo de responsabilidad, que es del tipo de omisión propia que “*sólo surge cuando existe una obligación legal para actuar*”,<sup>76</sup> en la cual el jefe militar o quien actúe como tal<sup>77</sup> es responsable por los crímenes cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo o su autoridad y control efectivo,<sup>78</sup> en tanto hubiere sabido o hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;<sup>79</sup> o en tanto haya incumplido con su deber de prevenir (*a priori*) o castigar (*a posteriori*) el actuar ilícito de sus subordinados.<sup>80</sup>

<sup>69</sup> Aunque alguna parte de la jurisprudencia y la doctrina también incluyen la tortura en el crimen de genocidio, debemos acotar que dicha inclusión en el artículo 6(b) del Estatuto de Roma no es meramente tortura, sino una de las formas de comisión del genocidio, por ello no lo incluiremos en este análisis.

<sup>70</sup> Gerhard Werle, *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 78-81.

<sup>71</sup> Kai Ambos, *Derecho y proceso penal internacional*, Fontamara, México, 2008, p. 26.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> TPIY, *Fiscalía c. Drazen Erdemovic*, IT-96-22-T, Sentencia de Juicio, 29 de noviembre de 1996, párr. 28. **Nota:** en esta cita predomina el lenguaje retórico, sin embargo, ése es el juego del lenguaje de estos actores y hay que tomarlo tal cual.

<sup>74</sup> Resolución 2391 (XXIII) AGNU, 1968. Se puede decir que el referente normativo, de *soft law* anterior son los “Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg”, extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1950-ihl-nuremberg-5tdmhe.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).

<sup>75</sup> Kai Ambos, *La parte general del Derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005, pp. 295-333; y Héctor Olásolo, *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 766-831.

<sup>76</sup> CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párr. 405. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Mucic et al.*, Sentencia de juicio, IT-04-83-T, 16 de noviembre de 1998, párr. 334; TPIR, *Fiscalía c. André Ntagerura*, Sentencia de apelación, ICTR-99-46-A, 7 de julio de 2006, párr. 334.

<sup>77</sup> Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 180-190.

<sup>78</sup> Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 180-190.

<sup>79</sup> Artículo 28 (a), Estatuto de Roma, A/CONF.183/9, 17 de julio de 1998; CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 191-196.

<sup>80</sup> CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Decisión de Confirmación de Cargos, ICC-01/05-01/08, 15 de junio de 2009, párrs. 405 y 479. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Milorad Krnojelac*, Sentencia de apelación, ICTY-97-25-A, 17 de septiembre de 2003, párr. 171; TPIR, *Fiscalía c. Ferdinand Nahimana et al.*, Sentencia de apelación, ICTR-99-52-A, SA, 28 de noviembre de 2007, párrs. 152-154 y 190-192.

El “*control efectivo*”, exigido por el Estatuto e interpretado por la CPI *in extenso* en la Sentencia de Juicio del caso Bemba-Gombo, requiere que el comandante tenga la capacidad material para prevenir o reprimir la comisión de los crímenes, o para someter el asunto a la competencia de las autoridades. Cualquier grado menor de control, como la capacidad para ejercer una influencia —aun una influencia sustancial— sobre las fuerzas que cometieron los crímenes, sería insuficiente para establecer la responsabilidad del superior jerárquico. El “*control efectivo*” es generalmente una manifestación de una relación de superior-subordinado entre el jefe militar y los subordinados en una relación jerárquica (cadena de mando) de *jure* o de *facto*. De forma tal que el superior debe tener algún tipo de jerarquía formal o informal de los que perpetran directa y materialmente los elementos del tipo.<sup>81</sup>

La CPI señaló una serie de factores que podrían indicar la existencia de un “*control efectivo*”, tales como: (i) la posición oficial de comandante dentro de la estructura militar y las tareas que realiza; (ii) la facultad de emitir órdenes, incluyendo su capacidad de ordenar a fuerzas o unidades bajo su comando, sea bajo su comando inmediato o en niveles inferiores, de participar en hostilidades; (iii) la capacidad para asegurar el cumplimiento de órdenes, incluida la consideración de si las órdenes fueron efectivamente cumplidas; (iv) la capacidad para re-subordinar unidades o realizar cambios en la estructura de comando; (v) el poder para promover, sustituir, eliminar o disciplinar a cualquier miembro de las fuerzas, y de iniciar investigaciones; (vi) la autoridad para enviar fuerzas a donde se llevan a cabo las hostilidades y retirarlas en cualquier momento dado; (vii) el acceso independiente a, y el control sobre, los medios para hacer la guerra, tales como equipos de comunicación y armas; (viii) el control de las finanzas; (ix) la capacidad de represen-

tar a las fuerzas en negociaciones o de interactuar con organismos o individuos externos, en representación del grupo; y (x) si representa la ideología del movimiento al que se adhieren los subordinados y posee un cierto nivel de perfil, que se manifiesta por medio de apariciones públicas y declaraciones.<sup>82</sup> En un sentido similar, el TPIY ha interpretado el “*control efectivo*” como aquellas facultades de control e influencia sobre la conducta y las acciones de la persona subordinada por parte del superior.<sup>83</sup>

### 3.2.2. Bien jurídico tutelado

Como se ha expuesto, la tortura es tanto crimen de lesa humanidad como de guerra. La diferencia entre uno y otro radica en su ligamen a un determinado ataque ilegítimo dado en un contexto específico, pero en ambos casos comparten el mismo bien jurídico tutelado, es decir, la ley penal internacional tiene como cometido cumplir un fin axiológico determinado por medio de la protección de un valor y la sanción a su inobservancia (desvalor), sea en uno u otro contexto.

De acuerdo con Javier Dondé, dicho propósito es castigar el irrespeto del bien jurídico “dignidad humana”,<sup>84</sup> lo anterior con base en los Preámbulos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues estos se refieren a las “*pautas mínimas que deben regir las relaciones entre individuos y entre estos y los Estados, para conseguir su desarrollo personal y colectivo que se identifica con la frase ‘ideal del ser humano’*”. De tal forma, la prohibición de la tortura busca proteger la dignidad humana, como “pauta mínima” o estándar, contenida en dichos instrumentos internacionales.<sup>85</sup> Aunado a lo anterior, también se ha determinado que la prohibición de la tortura es un aspecto preponderante del derecho a la seguridad personal.<sup>86</sup>

<sup>81</sup> CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párrs. 183 y 184.

<sup>82</sup> CPI, *Fiscalía c. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Sentencia de Juicio, ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188.

<sup>83</sup> TPIY, *Fiscalía c. Vidoje Blagojevic y Dragan Jokic*, Sentencia de apelación, IT-02-60-A, 9 mayo 2007, párr. 302. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Zlatko Aleksovski*, Sentencia de juicio, IT-95-14/1-T, 25 junio 1999, párrs. 73, 74 y 76.

<sup>84</sup> Javier Dondé, *Tipos penales en el ámbito internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012, pp. 100-101. Cfr. Michael Bothe, “War Crimes”, en Antonio Cassese (comp.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, vol. I, Oxford University Press, Nueva York, 2002, p. 392; y Jean Pictet, *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, International Committee of the Red Cross, extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, op. cit., p. 56.

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

## 3.2.3. Tortura como crimen de guerra

En el Derecho internacional humanitario, la práctica de tortura está estrictamente prohibida<sup>87</sup> en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949<sup>88</sup> y en dos de sus protocolos.<sup>89</sup> Ésta se considera como una infracción grave a las reglas durante los conflictos, de acuerdo con el artículo 3° común.<sup>90</sup> Pese a esta amplia normativización, la tortura no se encuentra definida en dichos instrumentos humanitarios.

Gracias a la labor de los tribunales internacionales *ad hoc*, basados en sus respectivos estatutos, se dio cierto contenido a la figura.<sup>91</sup> Estos instrumentos y la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* sirvieron como base para la conceptualización de la tortura como crimen de guerra en el Estatuto de Roma.<sup>92</sup>

La tortura como crimen de guerra es uno de los tipos más específicos y se clasifica dentro de los tipos penales de maltrato (*officenses of mistreatment*).<sup>93</sup> Para que se considere como crimen de guerra, debe estar ligada funcionalmente a un contexto de conflicto armado, sea internacional<sup>94</sup> o interno,<sup>95</sup> cuando sea parte de una comisión ilegítima a gran escala.<sup>96</sup> Esto constituye el elemento contextual de guerra.

En cuanto a los elementos específicos del crimen de guerra, aunque existe una diferenciación en cuanto al conflicto de tipo interno o internacional, no existe a nivel regulatorio mayor discrepancia.<sup>97</sup> El elemento objetivo (*actus reus*) dispone: (i) causar grandes dolores o sufrimientos físicos o mentales a una o más personas, (ii) que la víctima sea un sujeto protegido por los Convenios de Ginebra (crimen de guerra in-

<sup>87</sup> La CIDH ha expuesto: “Quizá no haya campo donde exista mayor convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que en lo atinente a las normas de trato humano”. En: *Ibidem*, p. 51.

<sup>88</sup> Vid.: en el *I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña*, 12 de agosto de 1949, el artículo 12 (protección, trato y asistencia de heridos y enfermos) y el artículo 50 (II. Infracciones graves) del Capítulo IX (Represión de los abusos y de las infracciones). En el *II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar*, 12 de agosto de 1949, el artículo 12 (Protección, trato y asistencia, de heridos, náufragos y enfermos) y el artículo 51 (II. Infracciones graves) del Capítulo VII (Represión de los abusos y de las infracciones). En el *III Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra*, de 12 de agosto de 1949, el artículo 17 (Interrogatorio del prisionero) de la Sección I (Comienzo del cautiverio) del Título III (Cautiverio), el artículo 87 (Castigos) del Capítulo II (Representantes de los prisioneros de guerra) de la Sección VI (Relaciones de los prisioneros de guerra con las autoridades) y el artículo 130 (II. Infracciones graves) del Título VI (Aplicación del convenio). En el *IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra*, 12 de agosto de 1949, en el artículo 32 (Prohibición de castigos corporales, de tortura, etc.) de la Sección I (Disposiciones comunes a los territorios de las Partes en conflicto y a los territorios ocupados) del Título III (Estatuto y trato de las personas protegidas) y el artículo 147 (II. Infracciones graves) del Título IV (Aplicación del convenio).

<sup>89</sup> Vid.: *Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales*, 8 de junio de 1977, en el artículo 75.2(a) (ii) (Garantías fundamentales) del Capítulo I (Ámbito de aplicación y protección de las personas y de los bienes) de la Sección III (Trato a las personas en poder de una Parte en conflicto). En el *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, 8 de junio de 1977, en el artículo 4.2(a) (Garantías fundamentales) del Título II (Trato humano).

<sup>90</sup> En lo que interesa dicho artículo estatuye: [...] *A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas [no combatientes]: a) los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios; [...]*. Al respecto, de acuerdo con la CICR, dicho artículo, aunque se refiere directamente a los conflictos no internacionales, éste debe ser aplicado en cualquier tipo de disturbio interno, aunque no califique como conflicto armado, pues el Estado y todos aquellos involucrados no pueden violentar una norma internacional de *ius cogens* como la prohibición de la tortura. Ver: Jean Pictet, *Comentario del artículo 3 común...*, *op. cit.*

<sup>91</sup> Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), *La tortura en el Derecho internacional, guía de jurisprudencia*, CEJIL, Buenos Aires, 2009, pp. 147-170.

<sup>92</sup> *Ibidem*, 177.

<sup>93</sup> Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 605.

<sup>94</sup> El crimen de guerra de tortura en conflictos armados internacionales se encuentra regulado en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2(a) (ii), como primera alternativa, y en el artículo 8.2) a) ii)-1 de los Elementos de los Crímenes.

<sup>95</sup> El crimen de guerra de tortura en conflictos armados no internacionales se tipifica en el Estatuto de Roma en el artículo 8.2(c) (i), como última alternativa, y en el artículo 8.2) c) i)-4 de los Elementos de los Crímenes.

<sup>96</sup> Artículo 8, Estatuto de Roma. Cfr. Kai Ambos, *Los crímenes más graves en el Derecho penal internacional*, Inacipe, México, 2005, pp. 71-89; Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 574-594.

<sup>97</sup> La diferenciación se encuentra en los Elementos de los Crímenes, específicamente en el inciso 3) del artículo 8.2) a) ii)-1 (conflicto armado internacional) y el mismo inciso del artículo 8.2) c) i)-4, esto por cuanto en el primero se exige que la víctima sea una persona protegida por los Convenios de Ginebra y el segundo estipula que la víctima no haya tomado parte activa de las hostilidades. Igualmente, el inciso 5) difiere en cuanto a que el primero exige que sea un conflicto armado internacional y el segundo un conflicto armado no internacional.

ternacional) o que no haya tomado parte activa de las hostilidades (crimen de guerra interno). Se omitió de forma deliberada como requisito que la víctima esté bajo control o custodia del autor.<sup>98</sup>

El elemento subjetivo (*mens rea*) establece: (i) que el autor haya cometido la tortura con la finalidad de obtener información o una confesión, castigar a la víctima, intimidarla o ejercer coacción sobre ella o por cualquier otra razón basada en discriminación de cualquier tipo, y (ii) que el autor haya conocido la condición de protección de las víctimas. Aunque existe discrepancia jurisprudencial en cuanto a si las finalidades descriptas son exhaustivas, consideramos que la formulación de “tal como” (*such as*) de los Elementos de los Crímenes, le da un carácter de *numerus apertus*.<sup>99</sup>

Por último, debemos acotar que, de acuerdo con la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, la cual probablemente será seguida por la CPI, existe una especie de graduación de numerosos crímenes de guerra de acuerdo con la gravedad y severidad de los dolores o sufrimientos infringidos.<sup>100</sup> En tal inteligencia, la tortura es el más grave de todos ellos, y los “menos gravosos” son: tratos inhumanos,<sup>101</sup> causar deliberadamente grandes sufrimientos o atentar gravemente contra la integridad física o la salud<sup>102</sup> y cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.<sup>103</sup> En síntesis, los caracteres diferenciadores de la tortura como crimen

de guerra son: la finalidad ilegítima y la “gravedad” de las ofensas.<sup>104</sup>

### 3.2.4. Tortura como crimen de lesa humanidad

Los elementos contextuales del crimen de lesa humanidad de tortura exigen que dicho delito forme parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil de conformidad con la política de un Estado u organización y con conocimiento de dicho ataque.<sup>105</sup>

La línea jurisprudencial de la CPI y de los Tribunales *ad hoc* —en términos generales— ha sido considerar como elemento objetivo (*actus reus*) de la tortura el infligir a un sujeto, por acto u omisión, severo dolor o sufrimiento, físico o mental.<sup>106</sup> No obstante, cabe señalar que el artículo 7(1) (f) de los Elementos de los Crímenes establece que el autor debe tener bajo su custodia o control a la víctima. Ahora bien, a diferencia de la Convención contra la tortura, el Estatuto de Roma no exige que el autor sea funcionario público, por tanto, perdió su calidad de delito funcional.<sup>107</sup> Ello debe interpretarse bajo el elemento contextual de que los sujetos que pueden cometer delitos de lesa humanidad son aquellos que pertenezcan a una organización política, sea estatal o con características similares a esta.<sup>108</sup>

De acuerdo con dicho cuerpo normativo, no es tortura el dolor o sufrimiento que sólo provenga, sea in-

<sup>98</sup> Ver nota al pie núm. 35 de los Elementos de los Crímenes.

<sup>99</sup> Con una conclusión similar vid.: Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 606 y 607.

<sup>100</sup> La CEJIL concluye: “La ‘tortura’ constituye el delito más grave y exige la presencia del elemento motivacional. El delito que le sigue en términos de gravedad es el de ‘causar intencionalmente un sufrimiento o lesión grave contra la integridad física o la salud de una persona’. Los actos que causan un sufrimiento menos grave, o daños a la dignidad, pueden etiquetarse como ‘trato inhumano’, ‘trato cruel’ u ‘otros actos inhumanos’, en función de las circunstancias de cada caso. Por último, si un acto no es lo suficientemente grave como para calificar como trato inhumano puede considerarse como trato humillante o degradante en tanto delito de ultrajes contra la dignidad de la persona”. CEJIL, *La tortura en...*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>101</sup> Como crimen de guerra internacional, artículo 8.2 (a) (ii)-2 del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes, como crimen de guerra no internacional, 8.2 (c)(i)-3 *ejusdem*.

<sup>102</sup> Artículo 8.2 (a) (iii) del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes.

<sup>103</sup> Artículo 8.2 (b) (xxi) del Estatuto de Roma y de los Elementos de los Crímenes.

<sup>104</sup> Michael Bothe, “War Crimes”, *op. cit.*, p. 392.

<sup>105</sup> Artículo 7, Estatuto de Roma; Artículo 5, Estatuto del TPIY; Artículo 3, Estatuto del TPIR. Cfr. Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 39-53; Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 356 y 357.

<sup>106</sup> Artículo 7(2) (e), Estatuto de Roma; Artículo 7 (1) (f), Elementos de los Crímenes. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac*, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 497; TPIY, *Fiscalía c. Delalic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párrs. 468; TPIY, *Fiscalía c. Anto Furundzija*, Caso No. IT-95-17/1-T, Sentencia de Juicio, 10 de diciembre de 1998, párr. 162; TPIR, *Fiscalía c. Jean Paul Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio, 2 de septiembre de 1998, párr. 594; TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

<sup>107</sup> Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, pp. 505-510; y Kai Ambos, *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2004, pp. 199-205.

<sup>108</sup> Antonio Cassese, “Crimes against Humanity”, en Cassese, Antonio (comp.), *The Rome...*, *op. cit.*, p. 374.

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

herente o incidental de sanciones lícitas realizadas.<sup>109</sup> Consideramos que dicha disposición resulta innecesaria si se analiza el tipo objetivo del delito como una duplicidad de funciones, entre sistemática y conglobante,<sup>110</sup> ya que esta última excluiría aquello autorizado por otras normas de los ordenamientos jurídicos implicados.

En cuanto al elemento subjetivo (*mens rea*), de conformidad con la interpretación que ha realizado la CPI, no resulta necesaria la existencia de algún elemento de intencionalidad o propósito adicional a la mera causación de dolor o sufrimiento. Nótese el pie de página número 14 del artículo 7(1) (f) de los Elementos de los Crímenes: “*Se entiende que no es preciso probar ninguna intención específica en relación con este crimen*”. Es decir, el elemento de finalidad fue excluido del Estatuto de Roma de manera deliberada.<sup>111</sup>

Es menester precisar que la CPI no se ha referido *in extenso* sobre la tortura. No obstante, traemos a colación el voto disidente de la jueza Sanji Mmasenono Monageng en la Decisión sobre la confirmación de cargos del caso de Callixte Mbarushimana:

[L]os elementos de la tortura como un crimen de lesa humanidad y la tortura como un crimen de guerra son significativamente diferentes, de acuerdo a los Elementos de los Crímenes. En particular, la tortura como crimen de guerra requiere que se demuestre un propósito específico (“requisito de propósito específico”), mientras que la tortura como crimen de lesa humanidad no contiene este requisito. Sin embargo, la tortura como un crimen contra la humanidad incluye el requisito de que “la persona o personas hayan estado en la custodia o

bajo el control del perpetrador”, algo que no se requiere para la tortura como crimen de guerra.<sup>112</sup>

Pese a dicha interpretación,<sup>113</sup> consideramos que la tortura como delito de lesa humanidad sí implica una intencionalidad general no específica. No puede olvidarse que para que exista un delito concreto de lesa humanidad deben concurrir los elementos contextuales, pues estos hechos de macrocriminalidad (Ambos) se engloban en un contexto generalizado (Werle) que implica, entre otros requisitos, una política para la comisión sistemática o generalizada de los tipos del artículo 7 del Estatuto de Roma.

Interpretamos que ese elemento subjetivo diferente del dolo debe ser la finalidad de cumplir con una política de realización de actos de lesa humanidad. En caso contrario, no existiría un nexo de causalidad entre el hecho global y el acto específico de tortura, situación que lo convertiría en un hecho aislado o inconexo del ataque general que se juzga. Lo anterior explicaría por qué sí se exige un fin en la tortura como crimen de guerra, ya que en estos casos no existe necesariamente una política, sino que el contexto lo determina el nexo con un conflicto armado determinado.

En todo caso compartimos lo dicho por Werle, sobre que esta nueva definición de la tortura implica una ampliación de los motivos o finalidades, que de por sí ya habían sido interpretados de forma muy amplia por los tribunales *ad hoc*.<sup>114</sup> Estos han exigido un elemento adicional al dolo al señalar que la acción típica debe realizarse con algún propósito, tal como obtener información o una confesión, con el motivo de castigar, intimidar o coaccionar al torturado o a un tercero, o por motivos discriminatorios contra la víctima o un tercero.<sup>115</sup> Ambos tribunales *ad hoc* han

<sup>109</sup> Artículo 7(2) (e), Estatuto de Roma. De acuerdo con CEJIL esto tiene un fin pragmático, pues es: “una disposición práctica para distinguir el trato que inevitablemente es parte de un sistema penal, en especial el sufrimiento inherente a la privación de la libertad. En todo caso, dichas sanciones legítimas no pueden contradecir el principio de la absoluta prohibición de la tortura”. En: CEJIL, *La tortura en...*, p. 178.

<sup>110</sup> Vid.: Eugenio Zaffaroni, *Manual de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2005, pp. 351-363.

<sup>111</sup> Como parte de los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma, se señaló que algunas delegaciones (como las de Canadá y Alemania) solicitaron incluir un elemento de finalidad “por razones de coherencia con el artículo 8”, pero al final no se incluyó expresamente; ver: Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes, *Propuesta presentada por Canadá y Alemania respecto del artículo 7*, ONU, Nueva York, 23 de noviembre de 1999, p. 4.

<sup>112</sup> CPI, *Fiscalía c. Callixte Mbarushimana*, Caso No. ICC-01/04-01/10, Voto disidente en la Decisión de confirmación de cargos, 16 de diciembre de 2011, párr. 29 [traducción libre de los autores].

<sup>113</sup> La opinión de la jueza es compartida por la mayoría de la doctrina, ver *inter alia*: Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 506 y pp. 509-510; CEJIL, *La tortura...*, *op. cit.*, p. 178; y Kai Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 199-205.

<sup>114</sup> Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 510.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 509. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac*, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 497; TPIY, *Fiscalía c. Delalic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr., 470-472; TPIY, *Fiscalía c. Milorad Krnojelac*, Caso No. IT-97-25-T, Sentencia de Juicio, 15 de marzo de 2002, párr. 179; TPIR, *Fiscalía c. Jean*

señalado, en una no muy clara línea jurisprudencial, que dicha lista no es exhaustiva, sino que es *numerus apertus*.<sup>116</sup> También han interpretado que el delito de tortura no requiere que se ejecute exclusivamente por un propósito prohibido, como fin principal, sino que éste puede ser parte solamente de la motivación.<sup>117</sup>

## 4. Análisis del caso mexicano

### 4.1. Antecedentes

En México, a nivel constitucional, la prohibición de la tortura se encuentra explícitamente estipulada en el artículo 20.b.II (principios del proceso penal acusatorio y oral) y en el párrafo segundo del numeral 29 (derechos indisponibles durante el estado de excepción por parte del Presidente y del Congreso), y además se encuentra implícitamente dispuesta en la conjugación del artículos 1º (aplicabilidad del Derecho internacional de los derechos humanos y el principio *pro personae*), el numeral 19 *in fine* (detenciones policíacas) y el artículo 22 (prohibición de tormentos como pena).<sup>118</sup>

Actualmente se encuentra vigente la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura de diciembre de 1991. Dicho cuerpo normativo tiene aplicación en el fuero federal y en el Distrito Federal como fuero común (artículo 1º) y se dirige principalmente para las autoridades y funcionarios públicos (artículo 2º).

Por las características propias del sistema político-administrativo mexicano, este cuerpo normativo tiene alcance federal, lo cual genera que la tipificación de la tortura pueda diferir en las entidades federales, circunstancia que genera que en algunos estados no se cumpla con los estándares universales y regionales, principalmente en Guerrero.<sup>119</sup>

El artículo 3º (reformado) tipifica el delito federal de tortura conforme al estándar de la Convención contra la tortura,<sup>120</sup> pues caracteriza la tortura como un delito funcional y requiere de un propósito específico, pero en este caso resulta ser *numerus clausus* (obtención de información, confesión, castigo o coacción) al omitirse la fórmula “o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación”.<sup>121</sup> Además, en el párrafo final se dispone que las consecuencias gravosas de las sanciones legítimas no constituyen tortura.

En cuanto a la pena, determina un rango de entre tres a 12 años de prisión, pena de 200 a 500 días multa e inhabilitación para el ejercicio del cargo por hasta dos tantos de la pena de prisión impuesta (artículo 4º). También son punibles las formas de participación como autor, cómplice e instigador, y en caso de que el partícipe no sea funcionario público existe una comunicabilidad de las circunstancias (numeral 5º). Resulta interesante que ese artículo establece una forma de responsabilidad que se podría asemejar a la del “superior jerárquico”, aunque no incluye la res-

*Paul Akayesu*, Caso No. ICTR-96-4-T, Sentencia de Juicio, 2 de setiembre de 1998, párr. 594; TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

<sup>116</sup> Así dicho en las resoluciones: TPIY, *Fiscalía c. Mucic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470; TPIY, *Fiscalía c. Delalic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470. **Nota:** en la resolución TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-20-A, Sentencia de Apelación, 20 de mayo de 2005, párr. 320, dicha cámara expone: “*Torture requires a specific, enumerated purpose: in this case, to obtain information or a confession*”, lo cual evidencia que no es una cuestión zanjada a escala jurisprudencial. En igual sentido, ver el análisis realizado en: Ambos, *Los crímenes...*, *op. cit.*, pp. 201-204.

<sup>117</sup> TPIY, *Fiscalía c. Mucic y otros*, Caso No. IT-96-21-T, Sentencia de Juicio, 16 de noviembre de 1998, párr. 470. Cfr. TPIY, *Fiscalía c. Dragoljub Kunarac*, Caso No. IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Sentencia de Juicio, 22 de febrero de 2001, párr. 486; TPIR, *Fiscalía c. Laurent Semanza*, Caso No. ICTR-97-2, Sentencia de Juicio, 15 de mayo de 2003, párr. 343.

<sup>118</sup> También debe exponerse que el numeral 73.XXI.a) dispone, como facultad exclusiva del Congreso de la Unión, la expedición de los marcos normativos mínimos referentes al tipo penal de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Dicha norma fue reformada mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de julio de 2015.

<sup>119</sup> Ver el punto 11 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 8 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los Informes Periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En la misma línea, ver el punto 13 de las Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.

<sup>120</sup> Dispone, en lo de interés: “*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*”.

<sup>121</sup> Esto también ha sido denotado en la recomendación a) del punto 8 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

ponsabilidad por la omisión de sancionar.<sup>122</sup> Pese a lo anterior, tipifica —como delito de omisión propia— si un funcionario público no denuncia un hecho de tortura que haya conocido de ejercicio de sus funciones (artículo 11).

Se excluyen como causales de justificación y de exclusión de la culpabilidad la apelación a situaciones de inestabilidad política, urgencia en las investigaciones y el seguimiento de órdenes (artículo 6°). Igualmente, declara la improcedencia de invocar pruebas (confesiones e informaciones) como producto de actos de tortura (artículo 8°), aunque es una práctica común de las autoridades judiciales —pese a la reciente reforma procesal— darles relevancia probatoria pese a la prohibición vigente,<sup>123</sup> lo cual va contra el artículo 15 de la Convención contra la tortura. En este sentido, en el año de 2012 el Comité contra la tortura de Naciones Unidas —y reiterado en el 2014 por el relator especial Juan Méndez— determinó que ha existido una repetida utilización de actos de tortura en interrogatorios y procesos relativos al crimen organizado, por parte de las autoridades militares y policiales.<sup>124</sup>

Resalta que es una práctica común en este país que se apliquen tipos diferentes a la tortura, considerados como menos graves por la penalidad que conllevan, como por ejemplo el “abuso de autoridad” (artículo 215.XIII del Código Penal federal mexicano) y “delitos contra la administración de justicia” (225.XII *ejúsdem*), para sancionar acciones que serían típicas de ésta,<sup>125</sup> situación que se repite en la mayoría de los países de la región.<sup>126</sup> En esta línea, salta a la vista que —pese a la enorme cantidad de denuncias y de ser una práctica generalizada—,<sup>127</sup> al mes de abril de 2015 solamente existían 15 sentencias por tortura,<sup>128</sup> en contraposición de una cantidad bastante mayor de casos de abuso de autoridad, ejercicio abusivo de las funciones y uso indebido de atribuciones. Lo anterior denota una especial y preocupante impunidad respecto de los responsables de cometer actos de tortura.

Además, se ha determinado que existe evidencia de colusión entre autoridades del Ministerio Público y de la fuerza policial en casos de tortura, así como la indiferencia de las autoridades judiciales para investigar casos de esta guisa.<sup>129</sup> Otra de las circuns-

<sup>122</sup> Textualmente, dicho artículo estipula, en lo de interés: “*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*”.

<sup>123</sup> Ver el punto 22 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 15 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

<sup>124</sup> Ver el punto 10 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En el mismo sentido, ver el informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 25. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, párr. 214.

<sup>125</sup> Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007; reiterado en el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012; también ver informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 24. **Nota:** desde el punto de vista técnico-penal lo que sucede es un concurso aparente de normas (“concurso ficticio” o “falso”), es decir, que los tipos son muy parecidos y la acción puede ser realmente subsumida en todos, en tal caso debería aplicarse el tipo especial, o bien se debe aplicar el tipo que abarca enteramente la conducta, transformando el otro tipo en accesorio o parte de la comisión. De forma tal —consideramos— que el delito de tortura resulta especial frente al de abuso de autoridad y los otros, pues las acciones de los últimos se comprenden en las acciones del primero. Es claro que si se considera la tortura como un tipo funcional, el autor cometerá desviación de poder, pues los actos constitutivos de tortura le están estrictamente prohibidos, pero ello es absorbido por el tipo especial “tortura”.

<sup>126</sup> Por ejemplo, en Costa Rica ha sido una práctica detectada por un Tribunal de Casación Penal, por lo que llamó la atención a la fiscalía, ver: Araya y Ulloa, “¡Tortura en...”, *op. cit.*, p. 71. Igualmente, en el caso de EUA y Guantánamo, la CIDH detectó que no se ha procesado penalmente a nadie por los casos de tortura, ver: CIDH, *Informe: Hacia el cierre...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>127</sup> Al mes de abril de 2015 existían 2 420 denuncias de tortura, ver: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 212. Catalogada como “práctica generalizada” por el relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014 en su Informe A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 23. Cfr. Amnistía Internacional, *Informe Anual 2015/16: La situación de los derechos humanos en el mundo*, Londres, en Amnistía Internacional, 2016, extraído de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> (consultado el 3 de marzo de 2016), pp. 302-307.

<sup>128</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párr. 212. Cfr. Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 32.

<sup>129</sup> Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012. En la misma línea, ver el punto 13 de las Observaciones del Comité de Derechos

tancias que ha denotado el Comité contra la tortura es que el delito sea prescriptible, por la aplicación común del Código Penal Federal mexicano, pese a que es un delito de lesa humanidad.<sup>130</sup>

## 4.2. Propuesta más reciente de reforma legal

El gobierno del Presidente Enrique Peña Nieto envió, el pasado 10 de diciembre de 2015, a los legisladores la iniciativa de decreto por el que se expide la *Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes* y otras reformas y derogaciones<sup>131</sup> (en adelante, “la Iniciativa” o “el Proyecto”). Esto, como parte de la Meta Nacional “México en Paz” del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, que alude al cumplimiento de las recomendaciones dadas por organismos internacionales,<sup>132</sup> expuestas *supra*.

Destaca que para la redacción de esta iniciativa se contó con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en México y la Delegación Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja, así como de la sociedad civil.<sup>133</sup> De aprobarse, según el transitorio segundo, se derogará la actual ley federal.

Propiamente en el texto de la Iniciativa se establece su observancia y la prohibición del empleo de la tortura en todo el territorio mexicano (artículos 1º, 2º y 3º), de forma tal que no existan diferenciaciones en

la regulación en los estados, como actualmente. Establece como principios rectores en la materia, los de: 1) dignidad humana, 2) debida diligencia, 3) enfoque diferencial, 4) no revictimización, 5) perspectiva de género y 6) transparencia y acceso a la información pública (artículo 6º).

El delito de tortura se tipifica en el artículo 21 del Proyecto,<sup>134</sup> el cual no difiere significativamente del tipo vigente, pues dispone que será un delito funcional<sup>135</sup> y establece que se debe cometer con alguna finalidad, enumerando cuatro razones específicas, a saber: obtener información o confesión, coacción, intimidación o castigo y como medida preventiva. A diferencia del tipo actual, se incluye como motivo por las razones discriminatorias y deja la cláusula abierta de “o cualquier otro fin determinado”, por lo que afirmamos que es *numerus apertus*. Otra diferencia es que se establece que será posible la comisión por parte de un particular, pero éste debe actuar bajo la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, situación que técnicamente se denomina como comunicabilidad de las circunstancias personales y está prevista en la actual ley (ver *supra*).

Una última divergencia es que el nuevo tipo no incluye la palabra “graves” para graduar los sufrimientos o dolores infligidos. Esta posición se refuerza en el artículo 17, según el cual la intensidad de las penas, dolores o sufrimientos tienen efecto para la individualización de la pena por imponer (juicio de reproche),<sup>136</sup> mas no para subsumirlas en el tipo penal de tortura.

Humanos sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010; Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Juan E. Méndez, en su misión en México del 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014, párr. 27.

<sup>130</sup> Ver el punto 16 de las Observaciones del Comité Contra la Tortura sobre el Cuarto informe periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007. Reiterado en el punto 8(d) de las Observaciones del Comité Contra La Tortura sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.

<sup>131</sup> Presidencia de la República de los Estados Unidos Mexicanos, *Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, 2015, extraído de: [http://www.senado.gob.mx/srgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic\\_EJEC\\_LEY\\_TORTURA\\_PENAS\\_CRUELES.pdf](http://www.senado.gob.mx/srgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic_EJEC_LEY_TORTURA_PENAS_CRUELES.pdf) (consultado el 2 de enero de 2016), p. 1.

<sup>132</sup> Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., pp. 4-5. Dicha obligación se reafirma en la Recomendación 14 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, p. 233.

<sup>133</sup> Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>134</sup> Textualmente estipula: “Comete el delito de tortura el servidor público o el particular que con la autorización, el apoyo o la aquiescencia de un servidor público, mediante acto u omisión inflija dolosamente penas, dolores o sufrimientos físicos o psicológicos a una persona, con el fin de obtener de la persona torturada o de un tercero información o una confesión; coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada; como medio intimidatorio o castigo personas por un acto que haya cometido o se sospeche haya cometido; como una medida preventiva o por razones basadas en discriminación o cualquier otro fin determinado”.

<sup>135</sup> En el artículo 5, fracción XVI se encuentra la definición de “funcionario público”.

<sup>136</sup> Dicho artículo es una pretensión de crear una especie de baremo objetivo para cuantificar dicha intensidad, al disponer que se analizará la frecuencia, la duración y las secuelas físicas y psicológicas, la vulnerabilidad de la víctima, entre otras. Esto constituye un límite a la futura

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

El artículo 22 requiere un análisis especial. La fracción I dispone sanción para aquel sujeto que realice todos los actos constitutivos de tortura, aunque no se produzca resultado, llamada “tortura equiparada”.<sup>137</sup> Con ello se transforma el delito de tortura en un tipo de peligro concreto, pues penaliza el sólo buscar poner en riesgo el bien jurídico tutelado “dignidad humana” aunque no exista resultado, es decir, una “seudo-ofensa”. Lo anterior debe ser tratado con sumo cuidado, ya que con la evolución del Derecho penal se ha buscado castigar aquellas conductas materialmente exteriorizadas y que no impliquen una mera reprobabilidad moral, por ello, doctrinalmente, se ha puesto entredicho la viabilidad de los tipos de peligro.<sup>138</sup>

En otro supuesto hipotético, cabe la pregunta de qué sucede si el sujeto cumple con los elementos subjetivos y cree cumplir con los elementos objetivos, pero utiliza un medio inidóneo para causar dolor o sufrimiento en la víctima (tentativa inidónea), parece ser —por la redacción del tipo contenido en el artículo 22.I— que sería punible, creando una antinomia con el artículo 12 del Código Penal federal, específicamente con la frase: “que deberían producir resultado”. Ambos casos (el peligro concreto y la tentativa inidónea) son muestras claras de una ampliación del *ius puniendi* y de un retroceso al Derecho penal de autor, pues en el fondo lo que se busca penalizar es al sujeto “torturador”, que —aunque no haya causado un resultado (lesión real a la “dignidad humana”) o utilice medios ineficaces— tiene el *animus* de torturar, por ello —de acuerdo con tal inteligencia— debe y merece ser encarcelado por resultar un peligro.

Por otro lado, la fracción II del artículo 22 establece la responsabilidad del superior jerárquico por la omisión de haber tomado las medidas necesarias para prevenir o impedir que sus subordinados inmediatos y bajo su control efectivo cometieran el delito de tortura. Aquí se intenta adecuar la figura del Derecho pe-

nal internacional (artículo 28 del Estatuto de Roma), aunque no se incluye la omisión de sancionar cuando los hechos ya han ocurrido. Debe tenerse especial cuidado, pues —siguiendo a Kai Ambos— esta figura es una contradicción en sí misma, al constituir una comisión culposa (imprudente) en un delito esencialmente doloso, lo cual es difícil de adecuar con la dogmática del Derecho penal interno.<sup>139</sup>

En cuanto a las penas, el artículo 23 dispone prisión de 10 a 20 años (un aumento de dos terceras partes de la pena mayor vigente) y de 550 a 1 000 días multa al servidor público que cometa el tipo de resultado de tortura; la pena será de ocho a 16 años de prisión y de 250 a 500 días multa al servidor público que cometa el tipo de peligro de tortura, así como la destitución e inhabilitación para cargos públicos hasta por el mismo tiempo impuesto de prisión, que empieza a correr una vez que se encuentre en libertad. Si el responsable es un particular, las penas serán de seis a 12 años de prisión y de 300 a 600 días multa para ambos casos (de resultado y de peligro).

Las agravantes del tipo se incluyen en el artículo 24 de la Iniciativa, las cuales son: I) la muerte preterintencionada o pérdida de material o funcional de los órganos o miembros de la víctima; II) si la víctima está embarazada, es menor de edad o persona mayor de 60 años, persona indígena, migrante o con discapacidad; III) la utilización de violencia sexual, y IV) si el propósito es ocultar o impedir la investigación de otro delito (*conexidad* entre delitos). En tales casos, la pena puede aumentarse hasta en un medio, 30 años de prisión en el caso más grave.

La única atenuante del delito de tortura (reducción del extremo mínimo de la pena hasta en una tercera parte) sería que el sujeto ayudare en la investigación, con información relevante o elementos de convicción para esclarecer los hechos o identificar a los otros responsables, mientras el imputado no sea reincidente y repare integralmente a la víctima. En este caso, por

---

interpretación judicial, para determinar la pena, durante el juicio de reproche. Ahora bien, resulta interesante que se pone una limitación al daño psicológico, pues este sólo se puede acreditar si existe alguna consecuencia física o existe anulación de la personalidad, ello en claro beneficio de los futuros imputados, al establecer algunas demarcaciones en las cuales se deberán mover las interpretaciones judiciales.

<sup>137</sup> Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., p. 9.

<sup>138</sup> Para ver una crítica incisiva al respecto: Zaffaroni, *Manual...*, op. cit., pp. 370-372. Para un detallado análisis de las posturas dogmáticas al respecto, ver: Claus Roxin, *Derecho penal. Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 60-62. Sobre ello, debe puntualizarse que dicho autor sí admite los delitos de peligro concreto al existir referencia directa a la tutela de un bien jurídico determinado.

<sup>139</sup> Dicho autor expone: “La contradicción dogmática que se encuentra en la responsabilidad del superior de una comisión imprudente de un delito doloso no se puede solucionar, sino solamente explicar”. En: Ambos, *La Parte General...*, op. cit., p. 333. Son esas “fricciones” de las que habló Roxin, que ni con una gran sagacidad dogmática se pueden solucionar.

lo omisivo de la redacción, puede ser la cooperación en la investigación de cualquier delito. Consideramos, por lo gravoso del tipo de tortura, que debería especificarse en cuáles delitos resulta procedente la aplicación de la atenuante, especialmente para delitos de la misma gravedad.<sup>140</sup>

En cuanto a las causas de exclusión de la antijuridicidad y de exculpación, se determina que no puede invocarse la obediencia debida, circunstancias especiales, como guerras, invasión, peligro inminente,<sup>141</sup> suspensión de derechos constitucionales<sup>142</sup> ni perturbación de la paz pública (artículos 9º y 10º). Esto, en concordancia con el artículo 2 de la Convención contra la tortura. Asimismo, se estatuye que los responsables no pueden gozar de inmunidades, indultos, amnistías ni otras figuras (artículo 16), por aplicación del principio de justicia universal.<sup>143</sup>

El Proyecto tipifica el delito de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el artículo 26.<sup>144</sup> Éste resultaría como una especie de delito residual,<sup>145</sup> pues el tipo objetivo es idéntico al de tortura, solamente difiere en el tipo subjetivo al no requerir ningún elemento diferente al dolo, es decir, no requiere de ningún propósito determinado. Ello resulta en una modificación de lo que internacionalmente se ha dispuesto, ya que al ser el tipo de tortura propuesto no gradual (al omitirse la frase “graves”), la única diferenciación se encuentra en la existencia o no de un propósito;

además de que este segundo tipo es un delito funcional específico, pues solamente lo pueden cometer servidores públicos miembros de las instituciones de seguridad pública.<sup>146</sup> En este punto es menester realizar una puntualización, consideramos que la tipificación propuesta, al incluir la frase “sin propósito determinado”, incluiría actos violentos terminales.

La pena para este delito será de uno a nueve años de prisión y de 250 a 500 días multa, así como la inhabilitación y destitución de cargos públicos hasta por el mismo tiempo de prisión, que corre una vez que se encuentre en libertad (artículo 26). Si fuese cometido por un particular, con la autorización, apoyo o aquiescencia de un servidor público miembro de las instituciones de seguridad pública, la pena por imponer será de tres a cinco años de prisión y de 100 a 300 días multa. Esto último es un contrasentido, pues —de acuerdo con la lógica del Proyecto— cuando el delito es cometido por un particular se considera como menos grave; por tanto, no tiene lógica que el extremo menor del *quantum* (tres años) sea mayor que el extremo menor (un año) cuando lo comete un servidor público.

Igualmente, se aplicarán las agravantes y atenuantes del delito de tortura, lo cual resulta problemático en varios sentidos. Véase un caso hipotético: si se tiene un caso que se subsume en el delito de tratos y penas crueles, al no existir *prima facie* un propósito,

<sup>140</sup> Aunque se aclara que en la motivación que realiza el Ejecutivo al presentar la Iniciativa expone que es: “una eficaz colaboración con la persecución de dichos delitos”, ver: Exposición de motivos, *Iniciativa de Ley General de tortura*, op. cit., p. 10. Ello no es óbice de que la formulación lingüística es sumamente omisiva y sujeta a interpretaciones muy amplias.

<sup>141</sup> Esto por cuanto existen algunas teorías que dicen que los derechos fundamentales ceden ante peligros eminentes de la mayoría de la población. Esto podría denominarse como “bushismo”, en referencia al expresidente estadounidense George W. Bush, quien autorizó y promovió el uso de la tortura y la privación de otros derechos humanos por el peligro del terrorismo, tesis que resurgen actualmente ante la llamada “amenaza yihadista”. Sobre la improcedencia de estas teorías en un Estado respetuoso de los derechos humanos, se recomienda ampliamente: Gustavo Chan-Mora, “Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales”, *Revista de Ciencias Penales*, núm. 20, vol. 25, 2008, pp. 109-113.

<sup>142</sup> Artículo 29, párrafo segundo.

<sup>143</sup> CorteIDH, *Caso Barrios Altos c. Perú*, Serie C No. 75, Sentencia de Fondo, 14 de marzo de 2001, párrs. 41-44; CorteIDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) c. Brasil*, Serie C. No. 219, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24 de noviembre de 2010, párr. 147; CorteIDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, Serie C No. 221, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero de 2011, párr. 195.

<sup>144</sup> Textualmente dispone, en lo de interés: “Al Servidor Público miembro de las Instituciones de Seguridad Pública que inflija a una persona tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de manera dolosa y sin propósito determinado [...] Por tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, se entenderán las agresiones que causen angustia, miedo o sentimiento de inferioridad fundados, y provoquen el menoscabo de la integridad personal de la Víctima”.

<sup>145</sup> CECC, Fiscalía c. Kaing Guek Eav alias Duch, Caso 001, Sentencia de Juicio, 26 de julio de 2010, párr. 367; TPIY, Fiscalía c. Cerkez y Kordic, Caso No. 95-14/2, Sentencia de Apelación, 17 de diciembre de 2004, párr. 1042; TPIY, Fiscalía c. Beara, Caso No. IT-02-57, Sentencia de Juicio, 10 de junio de 2010, párr. 888; TPIR, Fiscalía c. Musema, Caso No. 96-13, Sentencia de Juicio, 27 de enero de 2000, párrs. 230-233; CBH, Fiscalía c. Rasevic y Todovic, Sentencia de Juicio, 28 de febrero de 2008, p. 50; CBH, Fiscalía c. Damjanovic et al., Sentencia de Juicio, 15 de diciembre de 2006, p. 23.

<sup>146</sup> Estas son Instituciones de Procuraduría de Justicia, Policiales, del Sistema Penitenciario y dependencia encargadas de la Seguridad Pública, sean federales, locales o municipales (fracción VII del artículo 5 de la Iniciativa).

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

pero se considera que debe agravarse por la fracción IV del artículo 24, por existir el motivo de ocultación o impedimento de investigación de otro delito, resultaría en un concurso aparente de normas con la tortura y la fórmula abierta “o cualquier otro fin determinado”, y al ser un fin que agrava la pena, sería una tortura agravada. Esto no es *peccata minuta*, pues es común que las instituciones represivas busquen la manera de evadir la imputación del delito de tortura,<sup>147</sup> y esta contradicción puede ser utilizada como medio para no aplicar el tipo correctamente.

También se crean otros dos tipos penales (delitos vinculados). El primero se refiere al servidor público que injustificadamente se abstuviere de denunciar los delitos *supra* descritos, en tal caso se impone pena de prisión de seis meses a tres años y de 250 a 500 días multa, además de la destitución e inhabilitación para cargos públicos. El segundo sanciona a quien impida el acceso a los lugares de privación de libertad para que se realicen las inspecciones en cuanto a la materia de la Iniciativa; por no indicarse expresamente, éste no sería un delito funcional. Ambos tipos son una forma de combatir la connivencia e impunidad que hay en estos casos.

En cuanto al ejercicio de la acción penal, se dispone que la investigación se realizará de oficio o por instancia de parte (artículo 7º) y que es imprescriptible (artículo 8º). Esto último debe tomarse con sumo cuidado, pues la prescripción es resultado de la aplicación de los principios liberales del Derecho penal, donde el sujeto represor (el Estado) se encuentra en una amplia ventaja frente al sujeto que sufrirá la sanción penal.<sup>148</sup> Por lo anterior, la desaplicación de un principio general (capítulo VI, artículo 100 y siguientes del Código Penal federal) no debe tomarse a la ligera.

Corresponde aclarar que la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad y de guerra se fundamenta en el hecho de que en estos casos, generalmente, las autoridades represivas y judiciales no pueden o no pretenden investigar tales hechos, por las circunstancias excepcionales en que suceden (guerras, conmociones internas, periodos dictatoriales o de supresión de garantías y del Estado de Derecho, etc.); ante ello —con el fin de no generar impunidad—, se estableció su imprescriptibilidad.<sup>149</sup> Por lo anterior, pese a las recomendaciones de diversos organismos internacionales, es que consideramos que solamente cuando un hecho pueda calificarse como de lesa humanidad o de guerra, en el sentido estricto del Estatuto de Roma (principalmente en cuanto a la existencia de los elementos contextuales), es que debe aplicarse tal característica, pues en caso contrario sería atentar contra la seguridad jurídica y los derechos del imputado, al someterlo *ad perpetuam* a investigaciones criminales o la amenaza constante de éstas.<sup>150</sup>

El Proyecto contiene especificaciones en cuanto a la investigación de estos delitos (ver artículo 32 y siguientes). Es de interés que se crean unidades especializadas para tal propósito (artículo 49 y siguientes), así como la obligación de llevar las investigaciones de forma independiente de los “delitos comunes” (artículo 33). Esto resalta la pretensión de caracterizar la tortura y los tratos crueles e inhumanos como “delitos especiales”, aspecto de relevancia a la hora de resolver un posible concurso aparente de normas. Asimismo, se reafirman los principios del Protocolo de Estambul en cuanto a la investigación médico-forense (artículos 34 a 45).

La Iniciativa contempla la creación de un registro nacional, el cual contendrá las estadísticas sobre los hechos denunciados y su investigación (artículo 68).

<sup>147</sup> Ver: notas 124 y 125, *supra*.

<sup>148</sup> En este punto, siguiendo las ideas de Zaffaroni, una imprescriptibilidad de la acción puede aumentar la problemática latinoamericana de los presos sin condena o los eternamente perseguidos, pues la prescripción resulta ser un límite del poder punitivo estatal a un ejercicio racionalizado en el tiempo. Ver: Zaffaroni, *Manual...*, *op. cit.*, pp. 687-689. Con una posición diferente, dice Roxin: “*En cambio, es lícito prolongar o suprimir plazos de prescripción que aún no hayan transcurrido totalmente, como se ha hecho en el asesinato (§211) respecto de los delitos de sangre nacionalsocialistas; pues en este caso no entra en juego la idea básica del principio de legalidad: el ciudadano tiene derecho a saber si puede ser castigado y, en su caso, en qué medida, pero el sentido del principio de legalidad no es el de decirle por cuánto tiempo se tendrá que ocultar tras la comisión del hecho, para luego poder reaparecer a salvo. La protección de dicho cálculo no se puede deducir de las raíces del principio de legalidad (núm. 18 ss.), máxime teniendo en cuenta que al margen de ello ya la institución de la interrupción de la prescripción le impide al delincuente la expectativa de un tiempo de prescripción fijado de antemano*”. Roxin, *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 165.

<sup>149</sup> Al respecto, ver la excelente exposición de Christine van den Wyngaert y John Dugard, “Non-applicability of statute of limitations”, en Cassese, *The Rome Statute...*, *op. cit.*, pp. 873-888.

<sup>150</sup> Inclusive a nivel doctrinario no se tiene certeza sobre que dicha característica deba ser adoptada por el Derecho interno, al respecto ver: *Ibidem*, 873-888, y Werle, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 402.

Éste incluirá, como mínimo, el lugar, la fecha, las circunstancias, técnicas utilizadas, los supuestos responsables, el estado de las investigaciones, la información de la víctima, como su situación jurídica, edad, sexo y otras relevantes (artículo 69). Dicho registro estará a cargo de la Procuraduría, órgano fiscal de la República (artículo 70). Esto es resultado de las recomendaciones dadas al Estado mexicano<sup>151</sup> y —de aprobarse— conformará una herramienta importantísima para investigadores y para la confección de los informes estatales ante los organismos internacionales.

Por último, de interés de esta investigación, se rogarían aquellos tipos del Código Penal federal que pueden entrar en concurso aparente de normas con el delito de tortura, como la fracción XIII del artículo 215 (abuso de autoridad) y la fracción XII del artículo 225 (delitos contra la administración de justicia).

## 5. Principales conclusiones

A partir de esta batería teórica podemos afirmar que las recientes modificaciones a la Constitución Política mexicana son un claro avance para cumplir con sus obligaciones internacionales. Estas reformas plasman a nivel jurídico el compromiso de adecuar el Derecho interno, de manera tal que la comisión de la tortura sea proscrita como práctica estatal, sea por acción u omisión, al no investigar o tolerar dichos actos. Asimismo, la transformación del proceso penal mexicano a los estándares de los derechos humanos, con la incorporación del sistema acusatorio, es una forma de observancia de dicha obligación, al excluir y catalogar, como absolutamente nula, cualquier prueba derivada de actos de tortura.<sup>152</sup>

En términos generales se puede concluir que la Iniciativa cumple con los estándares internacionales y las recomendaciones de los organismos observadores de los derechos humanos. Destaca la pretensión de que sea una norma uniforme para todo el territorio mexicano; la inclusión de pautas de interpretación, por medio de principios generales y estándares para ponderar los sufrimientos de la víctima a fin de imponer la pena; la incorporación de la responsabilidad del superior; así como la creación de todo un

sistema institucional-estatal para la prevención, vigilancia e investigación de actos de este tipo.

Sobre lo anterior, deben tenerse en cuenta las aportaciones de las ciencias sociales, en búsqueda de una formulación normativa que responda a una “jurisprudencia social-tecnológica”, en términos de Albert. Al respecto, deben atacarse aquellos factores que inciden sobre la tortura como acto violento, en especial sobre lo que se denominó como sociedad de la obediencia y el ataque a los sujetos vulnerabilizados. Por ello es importante que los sujetos que se encuentren con poderes situacionales (como investigadores, policías, militares) sepan que serán responsables, tanto ellos como sus superiores, por los actos que cometan; fomentar en los sujetos que realicen juicios críticos para que respeten los derechos humanos como máximas de comportamiento y, en especial, hacer del conocimiento público las sanciones y medidas tomadas contra quienes realicen actos contrarios a la dignidad humana. Sobre estos aspectos, cobra importancia el sistema-institucional de prevención de la tortura como forma de educación en derechos humanos, y el registro de acceso público, a manera de disuasión general (tanto como fin de prevención general negativa y positiva).

Un realce especial, en nuestra opinión, merece la exclusión de la graduación del sufrimiento como uno de los elementos del tipo objetivo del delito de tortura; con ello se evita una averiguación de difícil constatación intersubjetiva, que afecta el principio de adecuada tipificación del acto delictivo.

Ahora bien, esto no implica que la Iniciativa sea perfecta —como cualquier obra humana—, pues deben revisarse varios puntos propuestos y ponderarse adecuadamente los derechos e intereses que se verán afectados. En primer lugar, aunque así lo dispone la Convención contra la tortura, la inclusión de una cláusula abierta en el tipo subjetivo de “cualquier otro fin” es una autorización encubierta al uso de la analogía *in malam partem* al momento de subsumir el hecho en el tipo.

En segundo lugar, la inclusión de la “tortura equiparada”, con unas penas no muy diferentes de la tortura “común”, es una evidente ampliación del *ius*

<sup>151</sup> Ver recomendaciones 16 y 19 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 de diciembre de 2015, p. 234.

<sup>152</sup> Ver recomendación 15 del Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los derechos humanos en México*, *op. cit.*, p. 233.

*puniendi* (del mero finalismo al Derecho penal de riesgo) al incluirse un tipo de riesgo y una posible penalización de tentativas inidóneas, pues en tales casos el bien jurídico tutelado no sufre afectación. En este punto, pareciera que el Derecho penal de autor reaparece, al buscarse penalizar al “torturador”, a ese sujeto que se atreve a torturar, sin importar si hay afectación o no. Sobre ello, consideramos que la regla general de las tentativas incluida en el Código Penal (artículo 12) es apta para resolver situaciones donde el autor tiene como fin la comisión del tipo, pero por razones externas a él no logra su cometido. Por tanto, debería considerarse eliminar la “tortura equiparada” del Proyecto.

En tercer lugar, deben revisarse todas aquellos “agujeros” que permitirían eludir la aplicación de la figura de la tortura. Debería establecerse explícitamente que la atenuación es para la cooperación en investigaciones de delitos de igual gravedad que el de tortura y adecuar el tipo de otros tratos inhumanos para que no quepa un posible concurso aparente de normas. Otro aspecto por considerar es el de la imprescriptibilidad aplicada de modo general, pensamos que debería enmarcarse solamente para aquellos casos en que concurren circunstancias excepcionales (elementos contextuales) que los transforman de delitos comunes a internacionales.

Un quinto punto, vinculado al anterior, es que las conceptualizaciones más recientes de la tortura la consideran como un delito que puede ser cometido por cualquier sujeto, siempre que éste tenga la suficiente capacidad de tener bajo su control a la víctima, de forma similar a como lo haría el Estado, pero donde no sea necesaria la participación (sea en cualquier nivel) de funcionarios públicos. Esto supera la circunscripción de la tortura como delito eminentemente funcional y sería una forma de sancionar la tortura “extraestatal”, como aquella cometida por grupos criminales.

Como punto final, el cual consideramos como el más controversial, proponemos la supresión de las categorías residuales cuando se habla de estos te-

mas. Es decir, si ya se decidió eliminar la graduación de los sufrimientos de la víctima como elemento del tipo, debería eliminarse el delito de “otros tratos inhumanos”, que es residual e inespecífico. La lógica de su existencia anterior se daba por ese elemento de graduación; así, —antes— cuando un acto no era “suficientemente” doloroso se tipificaba como ese tipo residual. Al dejar de existir tal elemento indemostrable intersubjetivamente, parece que lo idóneo sería utilizarlo como parte de la culpabilidad, en el juicio de reproche, aplicando el artículo 17 de la Iniciativa. De tal manera, se eliminan de una vez por todas esas posibilidades de concursos aparentes de normas, que en el fondo son maneras de evadir la aplicación del delito de tortura.<sup>153</sup>

Empero, estas reformas —las ya realizadas y las propuestas— no serán la panacea para el problema político y social de la tortura en México, no debemos caer en ese *wishful thinking*. Por más que se agraven las penas, que se declare su imprescriptibilidad, se amplíen los tipos, se cree más burocracia, nada sucederá si no existe un verdadero compromiso de todos los sujetos para eliminar estas prácticas. La confianza no debe estar enteramente en las normas escritas (*law in books*), se debe invertir en el cambio de mentalidad, por medio de la educación y el compromiso permanente sin claudicar.

## Referencias

- Abrams, Houston, Van de Vyver y Vasiljevic, “Equality Hypocrisy, Inconsistency, and Prejudice: The Unequal Application of the Universal Human Right to Equality”, *Peace and Conflict: Journal of Peace Psychology*, vol. 21, núm. 1, febrero de 2015, <http://dx.doi.org/10.1037/pac0000084>, pp. 28-46.
- Albert, H., *La ciencia del derecho como ciencia real*, trad. Minor E. Salas, Fontamara, México, 2007.
- Ambos, K., *Los crímenes del nuevo Derecho penal internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C., Bogotá, 2004.

<sup>153</sup> Desde una posición científica ver: “[...] these findings do not support the distinction between torture and other cruel, inhuman, and degrading treatment made by the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment. Although both types of acts are prohibited by this convention, such a distinction nevertheless reinforces the misconception that cruel, inhuman, and degrading treatment causes less harm and might therefore be permissible under exceptional circumstances”. En: Metin Basoglu, Maria Livanou, y Cvetana Crnobaric, “Torture...”, op. cit., p. 284.

- \_\_\_\_\_, *La parte general del Derecho penal internacional*, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Los crímenes más graves en el Derecho penal internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2005.
- \_\_\_\_\_, *Derecho y proceso penal internacional*, Fontamara, México, 2008.
- Amnistía Internacional, *Informe Anual 2015/16: La situación de los derechos humanos en el Mundo*, Londres, Kai Ambos, 2016, extraído de: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/informe-anual/> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Araya, M. J., y Ulloa, J.A., “¡Tortura en Costa Rica! Algunas reflexiones hermenéuticas en torno a la sentencia núm. 2014-007274 de la Sala Constitucional”, *Revista Costarricense de Derecho Internacional*, Edición Especial Derecho Penal Internacional, diciembre de 2015, pp. 58-75, extraído de: <http://www.acodicr.org/images/Revista/ediciondpi> (consultado el 9 de enero de 2016).
- Barra Almagiá, E., *Psicología social*, Universidad de Concepción, Concepción, 1998, extraído de: [http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC\\_Psicologia\\_Social.pdf](http://www.sibudec.cl/ebook/UDEC_Psicologia_Social.pdf) (consultado el 30 de julio de 2015).
- Basoglu, M., Livanou, M., y Crnobaric, C., “Torture vs Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?”, *Archives of General Psychiatry*, vol. 64, núm. 3, 2007, doi: 10.1001/archpsyc.64.3.277, pp. 277-285.
- Berger, P., y Luckmann, T., *La construcción social de la realidad*, trad. Silvia Zuleta, Icalma, Buenos Aires, 2001.
- Cassese, A. (com.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A commentary*, vol. I, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *La tortura en el derecho internacional, guía de jurisprudencia*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, 2009.
- Chan-Mora, G., “Escenario de la bomba de tiempo a punto de explotar y otros artilugios para la supresión de los derechos fundamentales”, *Revista de Ciencias Penales*, vol. 20, núm. 25, 2008.
- Chand Vohrah, L., et al. (comps.), *Man's Inhumanity to Man*, Kluwer International Law, La Haya, 2003.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos*, Washington, CIDH, 2002, extraído de: <http://www.cidh.org/Terrorism/Spain/indice.htm> (consultado el 4 de enero de 2016).
- \_\_\_\_\_, *Informe: Hacia el cierre de Guantánamo*, CIDH, Washington, 2015, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Hacia-cierre-Guantanamo.pdf> (consultado el 4 de enero de 2016).
- \_\_\_\_\_, *Situación de los derechos humanos en México*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, CIDH, Washington, 2016, extraído de: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf> (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Comisión Preparatoria de la Corte Penal Internacional, Grupo de Trabajo sobre los Elementos de los Crímenes, *Propuesta presentada por Canadá y Alemania respecto del artículo 7*, ONU, Nueva York, 23 de noviembre de 1999.
- Dondé, J., *Tipos penales en el ámbito internacional*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2012.
- Christopher Einolf, “The Fall and Rise of Torture: A Comparative and Historical Analysis”, *Sociological Theory*, vol. 25, núm 1, junio de 2007, doi: 10.1111/j.1467-9558.2007.00300.x, pp. 101-121.
- Feierstein, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
- Haba, E. P., *Tratado básico de derechos humanos con especial referencia al Derecho constitucional latinoamericano y al Derecho internacional. Examen realista crítico*, t. I, Editorial Juricentro, San José, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Metodología (realista) del Derecho*, t. I, UCR, San José, 2012.
- \_\_\_\_\_, “Puntualizaciones terrenales en torno a las formas de discursar sobre el talismán ‘derechos humanos’”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2013, pp. 3-81, extraído de: <http://www.rtdf.es/n16.html> (consultado el 25 de julio de 2015).
- Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de la ONU, Juan E. Méndez, en su misión en México, de 2014, A/HRC/28/68/Add.3, 29 de diciembre de 2014.
- International Committee of the Red Cross, *Tackling Torture: Who are the torturers?*, extraído de: <https://www.icrc.org/en/document/lutter-contre->

## Análisis crítico del tipo penal de tortura mexicano desde la óptica del Derecho internacional

- la-torture-qui-sont-les-tortionnaires (consultado el 3 de marzo de 2016).
- Paul D. Kenny, "The Meaning of Torture", *Polity*, vol. 42, núm. 2, abril de 2010, doi: 10.1057/pol.2009.21, pp. 131–155.
- Ling Ching Céspedes, R., *Psicología forense: principios fundamentales*, EUNED, San José, 205.
- Milgram, S., "Some Conditions of Obedience and Disobedience to Authority", *Human Relations*, vol. 18, núm. 57, 1965, pp. 57-76.
- Naciones Unidas, *Protocolo de Estambul: Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, HR/P/PT/8/Rev.1, Ginebra y Nueva York, 9 de agosto de 1999 (rev. 2004).
- Noufour, H. (comp.), *Tinieblas del crisol de razas*, Cálamo, Buenos Aires, 1999.
- Observaciones del Comité Contra La Tortura de Naciones Unidas sobre el cuarto Informe Periódico de México, CAT/C/MEX/CO/4, 6 de febrero de 2007.
- Observaciones del Comité Contra La Tortura de Naciones Unidas sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, CAT/C/MEX/CO/5-6, 11 de diciembre de 2012.
- Observaciones Finales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el quinto informe periódico de México, CCPR/C/MEX/CO/5, 7 de abril de 2010.
- Olásolo, H., *Tratado de autoría y participación en Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- Pichardo, M.A., *Perspectiva histórico-psicosocial de la tortura*, s.f., extraído de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26105.pdf> (consultado el 27 de julio de 2015).
- Pictet, J., *Comentario del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra y relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, International Committee of the Red Cross, s.f., extraído de: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmmu.htm> (consultado el 28 de diciembre de 2015).
- Presidencia de la República, *Combatir frontalmente la desaparición forzada y la tortura es una condición básica para lograr la plena vigencia del Estado de Derecho: EPN*, México, Presidencia de la República, 10 de diciembre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/prensa/combatir-frontalmente-la-desaparicion-forzada-y-la-tortura-es-una-condicion-basica-para-lograr-la-plena-vigencia-del-estado-de-derecho-epn> (consultada el 8 de enero de 2016).
- Presidencia de la República, *Visita del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos*, México, Presidencia de la República, 8 de octubre de 2015, extraído de: <http://www.gob.mx/presidencia/articulos/visita-del-alto-comisionado-de-la-onu-para-los-derechos-humanos> (consultada el 8 de enero de 2016).
- Presidencia de la República, *Iniciativa de decreto por el que se expide la Ley General para prevenir, investigar y sancionar los delitos de tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes*, México, Presidencia de la República, 2015, extraído de: [http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic\\_EJEC\\_LEY\\_TORTURA\\_PENAS\\_CRUELES.pdf](http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/1/2015-12-14-1/assets/documentos/Inic_EJEC_LEY_TORTURA_PENAS_CRUELES.pdf) (consultado el 2 de enero de 2016).
- Roxin, C., *Derecho penal. Parte General*, t. I, Civitas, Madrid, 1997.
- Salas, M.E., *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, Isolma, San José, 2011.
- Werle, G., *Tratado de Derecho penal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Zaffaroni, R.E., *Manual de Derecho penal*, Ediar, Buenos Aires, 2005.
- Zimbaro, P., *El efecto Lucifer: el porqué de la maldad*, Paidós Ibérica, 2008.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal