

PRUEBA CONFESIONAL Y TORTURA

Lic. Elssie NÚÑEZ CARPIZO *

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas más graves a que se enfrenta la impartición de justicia en nuestros días es la tortura, cuyos orígenes se remontan quizá al origen mismo de la Humanidad.

Con frecuencia se examina la tortura en los tiempos modernos poniendo especial énfasis en su carácter delictuoso, sus causas y efectos sociales y su historia, sin embargo no se ha tenido a la vista ningún estudio que se ocupe de ella a la luz de las reglas que rigen el proceso penal especialmente considerando las proposiciones deontológicas de la prueba.

En consideración a este punto me interesé en desarrollar el tema a partir de la doctrina que explica la teoría de la prueba en materia penal, para estar en aptitud de confrontar, de una parte la verdad que puede desprenderse del tormento de la verdad histórica de los hechos que es uno de los fines del proceso penal, de otra parte advertir los vicios de carácter jurídico que produce el ejercicio de la tortura tanto en la averiguación previa como en el proceso y en el cumplimiento mismo de la sentencia.

La pretensión de este trabajo es pues proponer un nuevo enfoque para el análisis de la tortura, bajo el amparo de las normas penales adjetivas, sin aspirar a ignorar desde luego la cuestión penal sustantiva que desde luego entraña el ejercicio de esta irregular conducta.

* Profesora de Sociología en la Facultad de Derecho de la UNAM.

I. LA PRUEBA

1. *Concepto*

Probar es la actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio, afirma Carnellutti, lo que se prueba es una afirmación.

De otra parte, Chiovenda sostiene que: probar significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o la no existencia de hechos de información en el proceso.¹

Ambos autores confluyen en la idea expresada por el primero, de que la prueba en sentido amplio es un equivalente sensible del hecho que hay que valorar. Con relación al Derecho, Alfonso Noriega considera que la prueba se refiere a un hecho que ha de valorizarse jurídicamente; en orden al proceso, esa valoración se hace en cuanto a la repercusión que pueda tener en el resultado del mismo.

Desde el punto de vista gramatical la Real Academia Española de la Lengua en su diccionario² establece que probar en primera acepción es hacer examen y experimento de las cualidades de personas o cosas; tercera acepción nos dice: probar es justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa con razones, instrumentos o testigos. Define también a la prueba en su séptima acepción como "La Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley."³

El procesalista penal Guillermo Colín Sánchez, al examinar el tema de la Teoría de la Prueba afirma que no es hiperbólico aducir que el Derecho penal sustantivo, para la realización de su objeto y fines, está condicionado en todo a la prueba.

En sentido estricto, el ilustre jurista mexiquense estima que Prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y personalidad del delincuente, para de esta manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva es fatal.⁴

¹ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *Lecciones de amparo*, Editorial Porrúa, 2a. ed., México, 1980, 629 pp. y ss.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*, Ed. Espasa Calpe, S. A., 19 ed., Madrid, 1970, 1067 pp.

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *ob. cit.*, 1077 pp.

⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Ed. Porrúa, 7a. ed., México, 299 pp. y ss.

Jaime Guasp, ameritado procesalista español refiere que la prueba es el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo.⁵

Carlos Arellano García define a la Prueba como el conjunto de elementos de conocimiento que se aportan en el proceso y que tienden a la demostración de los hechos o derechos aducidos por las partes, con sujeción a las normas jurídicas vigentes.⁶

De las definiciones antes expuestas se advierte que la prueba es un ejercicio de carácter intelectual y/o material, cuyos momentos de ejecución dependen del objeto a verificar y de los fines de tal verificación; así es plausible expresar que la prueba no es una institución jurídica exclusiva del derecho adjetivo, su utilidad en el derecho sustantivo resulta evidente al pretender por ejemplo emitir un juicio de valor respecto de cualquiera de los bienes jurídicamente tutelados, pues las razones que sustentan la valoración del bien a examinar no son otra cosa que las virtudes sugeridas por el mismo, que justifican la protección que el legislador le otorga, constituyéndose esas razones en pruebas que acreditan la pertinencia de su incorporación al orden jurídico y su defensa en mayor o menor grado.

Desde la perspectiva del Derecho procesal la prueba es, como ya se ha dicho, el pilar que sostiene la certeza del juez respecto de la decisión que ha de emitir restituyendo el derecho a quien le corresponde.

En suma, la prueba es esencial el medio de que se sirve el derecho para el conocimiento de la verdad y a partir de ella está en aptitud de hacer justicia.

2. Objeto de la prueba

El objeto sobre el cual debe versar la prueba es el "*thema probandum*" o "*thema decidendi*", es decir, los hechos y cuestiones que dieron origen a la relación jurídica-material, en cualquiera de las disciplinas del derecho, a saber: penal, civil, administrativa, laboral, etcétera, también se ha dicho que el objeto de las pruebas son los hechos dudosos o controvertidos.

En el ámbito del Derecho penal específicamente, son objeto de la prueba: la conducta o hecho, las personas (probable autor del delito),

⁵ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, 1a. ed., México, 1981, 135 pp.

⁶ ARELLANO GARCÍA, Carlos, *ob. cit.*, 136 pp.

las cosas (en tanto que en ellas recae el daño o fueron utilizadas para consumir el injusto) y los lugares; se puede decir en última instancia que la verdad histórica, el grado de responsabilidad del delincuente y su personalidad penden para su cabal determinación, de la suficiencia o insuficiencia de las pruebas que aporten las partes e incluso se allegue el juez dentro del proceso. De igual forma, son objeto de prueba, la jurisprudencia, la doctrina, la ley extranjera, el uso, la costumbre, etcétera.

El Derecho fundado en jurisprudencia está sujeto a prueba porque así lo determina la ley y diversas tesis de nuestro máximo tribunal; sin embargo, algunos autores estiman erróneo este criterio, por cuanto la jurisprudencia es Derecho Nacional, vigente y obligatorio para todos los tribunales tanto federales como locales, en consecuencia el juez que conoce de una causa tiene el deber ineludible de conocer no sólo el contenido de las leyes que aplica sino también su interpretación e integración de acuerdo con los criterios que han adquirido al rango de jurisprudencia.⁷

Distinto tratamiento merece el derecho extranjero en materia de prueba, en virtud de que el juzgador no está obligado a conocer ese derecho y mucho menos si está o no vigente, por esta razón, se equipara la ley extranjera a los hechos constitutivos de la acción y quien lo invoca está obligado a probar su existencia e incluso la pertinencia de su aplicación, así como las reglas exegéticas del país de procedencia.

La doctrina ha de ser también objeto de la prueba, pues no basta invocar determinado criterio científico o elaboración intelectual, es necesario para robustecer la argumentación señala el autor que lo propone y la obra donde se contiene, más aún cuando existen especialistas de todas las ramas del conocimiento o que por su notoriedad y producción de excelencia poseen autoridad moral y profesional indiscutible, que los hacen prácticamente detentadores de lo que en el antiguo derecho romano se conocía como el *ius publici respondendi*, consiste en la facultad que poseían ciertos jurisconsultos de emitir opiniones jurídicas sobre asuntos sometidos a su consideración, siendo obligatorio para los jueces y pretores atenderlas, y aplicarlas en las resoluciones que dictasen.

De igual modo que la jurisprudencia, el derecho extranjero y la doctrina, los usos y costumbres son objeto de prueba, porque así lo dispone la ley y porque esta peculiar fuente formal del Derecho, nace, se repro-

⁷ NORIEGA CANTÚ, Alfonso, *ob. cit.*, pp. 632-633.

duce y muere sin intervención de los órganos del Estado, situación que dificulta notablemente su control y conocimiento por parte del juzgador pero además, requiere de la existencia de ciertos elementos constitutivos, a saber: la *inveterata consuetudo* (la reiteración práctica de la conducta) y la *opinio iurisquo necessitatis* (la convicción generalizada de que esta reiteración práctica de la conducta es obligatoria); estos extremos habrán de ser, pues, acreditados en juicio, de lo contrario, no habrá lugar a darle valor probatorio alguno a la costumbre alegada.

3. Medios de prueba

“Medio de prueba es el instrumento que se puede legalmente utilizar como apto para producir la convicción del órgano que lo maneja”.⁸

En la legislación adjetiva penal se reconocen como medio de prueba: la confesión judicial, los documentos públicos y privados, los dictámenes de peritos, la inspección judicial, las declaraciones de testigos, las presunciones y de una manera general, todo aquello que se presente como tal, siempre que, a juicio del funcionario que practique la averiguación, pueda constituirla. . .”, como se desprende del artículo 135 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal.

De lo expresado se deduce que el medio de prueba es la forma bajo la cual se someten a la consideración del juzgador los “equivalentes sensibles de la realidad”, que le permitirán llegar a la convicción de que los hechos se produjeran de una determinada manera.

Es menester precisar en este punto que el legislador mexicano ha puesto buen cuidado en no amordazar a la verdad, sometiéndola a fórmulas de pruebas rígidas e inflexibles, de ahí que haya adoptado el sistema mixto respecto de medios y valoración de las pruebas frente a los sistemas extremos denominados “libre” y “tasado”.

Cada uno de los medios de prueba convencionales o nominados, debe reunir ciertos requisitos legales para que se les pueda atribuir pleno valor y eficacia jurídica; es decir, el acto probatorio, como cualquier otro acto jurídico para su validez requiere en primer término, de la ausencia de vicios del consentimiento, en segundo lugar, que los participantes como órganos de prueba sean capaces en términos de la ley, que el desahogo de la prueba se sujete a las formalidades de las disposiciones que lo prevén y que el objeto sea lícito posible, de donde

⁸ DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José, *Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, 14a. ed., México, 1981, 281 pp.

se concluye que el procedimiento probatorio está sujeto a una serie de principios y garantías que pretenden impedir que se desvirtúe su finalidad, el conocimiento de la verdad histórica.

4. Principio de la prueba

“La prueba penal señala Colín Sánchez, se rige por los principios denominados: Presunción del dolo, pertinencia y utilidad”.⁹

a) Presunción del dolo. La presunción *iuris lantun* de dolo ante al procedimiento penal, a pesar de estar contenido en el artículo 9 del Código Penal y no en la Ley adjetiva; esta disposición establece que: “La intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario. La presunción de que un delito es intencional no se destruirá, aunque el acusado prueba alguna de las siguientes circunstancias” ...de donde se colige que las partes están obligadas a identificar en la investigación y a probar en el proceso la existencia o no de dolo en la ejecución de los hechos.

b) Pertinencia. La prueba debe ser idónea para acreditar los hechos aducidos por quien la ofrece, es decir, se relacionará en forma lógica y natural con los hechos objeto de la misma, sólo de esta forma contribuirá a la realización de los fines del proceso.

c) Utilidad. La prueba ha de ofrecerse respecto de los hechos en controversia, tendrá a ser un elemento normador del criterio del juez que se referirá a las cuestiones de fondo.

Dice un viejo principio en materia procesal civil que el que afirma está obligado a probar. Este principio ha entrado en crisis en diversas materias, principalmente la penal y la laboral, por cuanto existe un interés particularismo del Estado en conocer la verdad de los hechos, que supera las pretensiones e intereses de las partes, de manera que el juez penal, ante la actividad probatoria de las partes, podrá dictar diligencias para mejor proveer que complementen los datos resultantes de tal actividad.

Merece este tema abundar en la cuestión relativa a la disposición del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que establece el deber del actor de probar los hechos constitutivos de su acción y al demandado los de sus excepciones, sin duda válida en materia penal para el Ministerio Público y para el defensor.

⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *ob. cit.*, 304 pp.

En torno a este deber jurídico de las partes surge la interrogante de ¿qué pasa con la verdad histórica cuando el defensor de la causa por impericia u otras razones no aporta todos los elementos de prueba que pudiera crear la convicción en el juez acerca de la inocencia del procesado? Frente a este eventual problema lo primero que ocurriría es un conflicto entre la verdad histórica y la verdad legal; es decir, de las constancias que obraran en el expediente, el juzgador habría de concluir, como sucede con cierta frecuencia, que el procesado es responsable del delito que se le imputa y por tanto sujeto a la pena que el derecho atribuye al ilícito, sin embargo, merced a deficiencias del defensor o a conductas jurídicamente reprobables como la tortura, la verdad histórica se habrá desvanecido para ser sustituida por una verdad legal que en un afán de seguridad jurídica propiciará una grave injusticia con imponderables consecuencias de tipo social; de aquí que resulte un ejercicio ético de primerísimo orden la actividad del juzgador en la obtención y desahogo y valoración de las pruebas, a fin de que la verdad histórica y la legal coincidan de tal manera, que se pueda afirmar que son una y la misma.

5. *Valoración de las pruebas*

La valoración de las pruebas es un acto procedimental en el análisis conjunto de todo lo aportado a la investigación, relacionado unas con otras, para así obtener un resultado en cuanto a la conducta o hecho (certeza o duda) y a la personalidad del delincuente.¹⁰

El concepto que nos ofrece el maestro Colín Sánchez habría que agregar que ese “análisis de conjunto”, supone una ponderación de los medios de prueba que confrontados unos con otros permitirá asignar a cada uno de ellos mayor o menor fuerza de convicción, de acuerdo con sus contenidos lógicos, contradicciones y coincidencias, en torno a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en que se produjeron los hechos.

Existen tres sistemas de valoración de las pruebas, libre, tasado y mixto, México ha adoptado este último según se desprende de la lectura de los artículos del 279 al 290 del Código Federal de Procesamientos Penales.

¹⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *ob. cit.*, 317 pp.

Examinemos brevemente las reglas antes citadas: El artículo 279 del Código Federal de Procedimientos Penales refiere que el valor de la confesión se determinará tomando en cuenta los requisitos previstos en esa ley, a saber:

I. Que sea hecha por persona no menor de 18 años, en su contra, con pleno conocimiento y sin *coacción*, ni violencia física o moral.

II. Que sea hecha ante el Ministerio Público o el Tribunal de la causa y en presencia del defensor o persona de su confianza, y que el inculcado esté debidamente enterado del procedimiento y del proceso.

III. Que sea hecho propio, y

IV. Que no existan datos que a juicio del juez la hagan inverosímil.

No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La policía judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace, éstas carecerán de todo valor probatorio.

Los jueces deberán exponer en sus resoluciones los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba.

Como se advierte de las reglas que anteceden, existen requisitos específicos e ineludibles para valorar la confesión, pero también juega en ella el prudente arbitrio del juez, de donde deviene el sistema mixto de valoración.

Asimismo, el legislador ha querido prevenir graves irregularidades en el procedimiento de desahogo de esta prueba, como el tormento, y para ello ha quitado todo valor probatorio a la confesión obtenida ante la policía judicial, quien por disposición expresa de la ley carece de competencia para diligencia aún en presencia del Ministerio Público o del juez; con el mismo propósito de prevención, ordena que el desahogo de la confesión se haga ante cualquier autoridad competente, pero con la presencia del defensor, lo que constituye un importante esfuerzo de protección al indiciado o procesado, según el momento que se produzca la confesión.

El código adjetivo establece la presunción *iuris tantum* de que los documentos públicos hacen prueba plena.

Los cateos e inspección harán prueba plena siempre que para su realización se hayan observado las formalidades que la ley señala:

Los dictámenes periciales serán apreciados según las circunstancias del caso.

En las declaraciones de testigos se considerará lo siguiente:

— Que el testigo por su edad y preparación tenga criterio suficiente para juzgar el acto.

- Que sea imparcial.
- Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos y que el testigo conozca los hechos por sí mismo y no de oídos.
- Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales.
- Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno.

Respecto del testigo, el legislador establece también con el propósito de prevención la carencia del valor probatorio al testamento rendido como resultado del ejercicio de la violencia física o moral; ¡no podría ser de otro modo, frecuentemente a lo largo de la historia de la humanidad tanto los acusados como los testigos han sido obligados a declarar en su contra mediante el uso de la fuerza, en franco detrimento de la verdad material.

Finalmente, el resultado de la valoración puede ser la certeza, en cuyo caso se actualiza la pretensión punitiva estatal; o la duda, que debe dar lugar a la aplicación del principio exegético *in dubio pro reo*, situación que no siempre se produce de esta manera, apareciendo el negro aspecto de la tortura cuyo execrable ejercicio no se limita a la investigación administrativa o a la judicial en la instrucción del proceso, sino que incluso después de dictada la sentencia, los reos son sometidos a la despiadada maquinaria de la “rehabilitación social”, donde la práctica de la tortura encuentra en no pocos casos campo propicio.

II. LA CONFESIÓN

1. Concepto

“Confesión es la relación de hechos propios, por medio de la cual el inculpado reconoce su participación en el delito”.¹¹

De la definición anterior, Sergio García Ramírez nos dice, se desprenden dos de sus elementos esenciales, de una parte, que el atestado debe versar necesariamente sobre hechos propios, pues si fueran ajenos, quizás estuviésemos en presencia de una prueba testifical, de otra parte, el ilustre jurista en cita nos precisa que los hechos propios, para

¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Editorial Porrúa, 5a. ed., México, 1989, 392 pp.

constituir la prueba confesional, deben importar la participación del procesado en la comisión del delito, aun cuando éste no entrañe el reconocimiento de la culpabilidad, toda vez que la misma declaración puede incorporar algún elemento negativo del delito, de ahí que se habla de reconocimiento de participación y no de culpabilidad.¹²

La Corte ha dicho que “no constituye confesión todo lo que declare el inculpado, sino sólo aquello cuyo contenido se resuelve en su contra por referirse a la admisión de su conducta delictuosa (Informe 1971, ADD. 5372/70 José Navarrete Torreblanca).

Francisco Carrara decía durante el siglo pasado que “se llama confesión del reo toda afirmación hecha por él en contra suya”,¹³ añade este autor que puede recaer sobre el delito o sobre alguna de sus circunstancias constitutivas o concomitantes, en cuyo caso el imputado puede confesar en parte o negar en parte.

Asevera el ilustre jurista italiano que la confesión no será legítima, si no va acompañada de las características siguientes:

— Debe ir precedida de la prueba de la parte material del delito, y éste aún en los delitos de hecho transeúnte y mucho más en los de hecho permanente.

— Debe ser judicial, es decir, hecha ante el juez competente.

— Debe ser hecha después de un interrogatorio, y no espontáneamente, porque esto haría sospechar que el reo tiene algún motivo secreto para fingirse culpable.

— Debe hacerla persona inteligente y libre.

— Debe ser hecha de manera principal, para que aparezca seria y advertida, no incidentalmente.

— Debe estar ausente de violencias físicas o morales y de artificios.

— Debe recaer sobre cosas posibles.

— Debe ser inequívoca.

— Debe ser constante, no revocada.¹⁴

— Debe ser expresa, no tácita.

— Debe ser verdadera y no presunta.

— Debe ser verdadera, no fingida.

— Debe ser circunstanciada no simple.

¹² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *ob. cit.*, 392 pp.

¹³ CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, parte general, vol. I, reimpresión inalterada, Editorial Temis, Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1986, 410 p.

¹⁴ CARRARA, Francisco, *ob. cit.*, 411 pp.

Es decimonónico el criterio de los juristas italianos en el sentido de que la prueba confesional “no sirve de prueba plena ni aunque sea jurada”, de igual modo, es ineficaz cuando se hace en forma incidental.

En la época en que la tortura tenía predominio en los procesos penales, valía la regla de que la confesión hecha bajo tormento no era atendible si no se confirmaba fuera de tortura, después de un tiempo.

Hubo en ciertos tiempos, la idea de que bien valía cualquier medio para obtener la confesión de un procesado, procurando ajustarla a los cánones antes citados a fin de que tuviere pleno valor probatorio; posteriormente esas reglas y la prueba misma cayeron en tal descrédito que fueron proclamados como lo más inútil de los medios probatorios, sin embargo, Carrara nos recuerda que en el medio está la virtud.

La confesión es a la luz de lo expresado un medio de prueba que puede ser un mero indicio o una prueba más que fortalezca o no la convicción del juez, dependiendo de su corroboración o no por las demás probanzas, de ahí que desde el siglo pasado también haya caído en descrédito ese viejo principio del Derecho romano que dice: *Adversas contentem datur iudex no rei iudicandae sed a estimandae* (contra el reo confeso se pone un juez, no para juzgar el asunto, sino para estimar su pena) o dicho a la usanza de nuestro país “a confesión expresa, relevo de pruebas”, pues es una regla del derecho civil que erróneamente se extendió al derecho penal, por cuanto expreso continuamente una verdad aparente, en tanto el alma humana es inefable y los motivos de la confesión pudieran no ser acordes con el fin del proceso, sino con necesidades, pretensiones u objetivos totalmente ajenos al mismo; a este respecto vale la pena considerar que en múltiples casos la confesión es una “coartada” para encubrir otros hechos delictuosos de mayor envergadura, a veces también o resultado de la ignorancia, el miedo, e incluso de estados psicológicos de perturbación por parte del absolvente, de ahí que haya perdido el carácter de prueba “reina” y hoy en día tenga un valor relativo en el contexto general del proceso, donde los demás medios de prueba, determinarán si es o no robustecida o desestimada por inverosímil.

En México, la confesión ha sido regulada por diversos dispositivos constitucionales, así la garantía de audiencia prevista en el artículo 14 de nuestro Código fundamental establece el principio de que las personas no serán privadas de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esen-

ciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho. . .

De donde deviene como una formalidad esencial del procedimiento el que los acusados depongan en su defensa todo cuanto conozcan acerca de los hechos que se les imputan, además de tener el derecho de aportar todos los elementos de prueba que consideren pertinentes en su defensa, lo que en el supuesto de no ser debidamente atendido por el juzgador, constituye una violación de garantías, reparable mediante el juicio de amparo.

El artículo 20, de nuestra norma de normas prohíbe la incomunicación del inculcado y el uso de medidas coercitivas para obtener su declaración.

Contra el tormento para obtener confesiones se ha promulgado en México la Ley Federal para prevenir y Sancionar la tortura, que la tipifica como delito en su artículo 1º, además de los tipos penales correspondientes al abuso de autoridad (artículo 215, fracción II del Código Penal y Delitos contra la administración de justicia, artículo 225 fracción XII del mismo ordenamiento).

Acerca del valor probatorio de la confesión y las reglas vigentes para asignárselo se ha escrito en páginas anteriores por lo que se cita únicamente que no sólo es objeto de valoración la efectuada ante el juez, sino también la vertida ante el Ministerio Público, que puede tener valor indiciario o pleno atendiendo al principio de espontaneidad de la declaración privilegiado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

2. *Divisibilidad de la confesión calificada*

Francesco Carrara define la confesión calificada como “aquella en que el reo, a la vez que confiesa haber cometido un delito, agrega sin embargo, alguna circunstancia excusante”.¹⁵

“Se discute si en estos casos el juez puede aceptar la confesión y basarse en ella en cuanto lo convence de la culpabilidad del reo, pero negándole fe en cuanto a la excusa, asunto que se extiende también a la divisibilidad de las declaraciones testimoniales. En materia criminal, este asunto se resuelve distinguiendo según la fórmula de Ellero, es decir, según se haya comprobado el hecho principal, o se haya repro-

¹⁵ CARRARA, Francesco, *ob. cit.*, vol. II, 416 pp.

bado la calificación por otra vía. Cuando no se obtiene por otro medio la comprobación del hecho principal (elementos objetivos del delito), ni es reputada la calificante (excluyentes de responsabilidad), la divisibilidad de la confesión sería un capricho cruel e ilógico”.¹⁶

En nuestro medio, Rivera Silva estima que la calificación debe enjuiciarse como objeto de prueba aparte, que puede ser apoyada o desvirtuada por otros medios probatorios. A esta opinión se adhiere Sergio García Ramírez.¹⁷

Como se aprecia, el criterio de Francesco Carrara es compartido por los autores mexicanos en cita y por nuestro máximo tribunal de acuerdo con diversas jurisprudencias existentes a este respecto, al efecto baste transcribir lo siguiente:

“La confesión calificada hará prueba plena siempre que sea verosímil y no aparezca contradicha con otros elementos probatorios, pues de lo contrario será divisible y tendrá valor probatorio pleno sólo en la parte que perjudica al reo. (Informe 1970, Colegiado del Sexto Circuito, A.D. 192/70 Cristóbal Olvera García).

III. LA TORTURA

1. Antecedentes históricos

Los antiguos griegos y en general todos los pueblos de la Europa Meridional, emplearon la tortura indistintamente. Los romanos la emplearon contra los esclavos, pues los consideraban cosas; pero bajo el “Imperio de Oriente”, esta distinción fue olvidada por completo, hasta que la hicieron cesar en todo el mundo romano las invasiones de los pueblos nórdicos, que aun cuando se les quiera llamar bárbaros respetan más la personalidad humana. Al excluirla las Leyes Sállica, Nipuarria y Bárbara y al ser prescrita por los carolingios, desapareció por algún tiempo; pero los procesos de herejía tuvieron necesidad de ella, irrumpiendo así de nueva cuenta en toda Europa, en donde durante varios siglos se abusa de ella horriblemente, por medio de tenazas, cuerdas, clavos, caballetes y muchos otros inventos de la curiosidad cruel. No solamente se torturó a los acusados sino también a los testigos.¹⁸

¹⁶ CARRARA, Francisco, *ob. cit.*, vol. II, 416 pp.

¹⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *ob. cit.*, 396 pp.

¹⁸ CARRARA, Francisco, *ob. cit.*, vol. II, 422 pp.

Se cree que la tortura se la empleó, desde sus comienzos, como medio de investigar la verdad de lo acontecido, lo que llevó a definirla como "*inquisitio veritatis per tormenta*".¹⁹

San Agustín desaprueba el uso de la tortura con estas palabras: "Mientras se investiga si un hombre es inocente, se le atormenta, y por un delito incierto se le impone ciertísimo dolor; no porque se sepa que es un delincuente el que lo sufre, sino porque no se sabe si lo es, con lo cual la ignorancia del juez viene a ser la calamidad del inocente".²⁰

A pesar de esto, el papa Inocencio IV dio autorización para aplicar el tormento a los tribunales de la inquisición, por bula "*Ad extirpanda*", recomendando de no poner en peligro la vida ni la integridad de los miembros de los torturados, esta autorización fue confirmada por bulas posteriores, como las de Alejandro IV del 20 de noviembre de 1259 y Clemente IV del 3 de noviembre de 1265.

En 1358 se escribió el "*Directorium inquisitorum*" (El Manual de los inquisidores) por el dominico Nicolás Eymerie, gran inquisidor del Reino de Aragón, en el capítulo V de esta obra, denominada "De las torturas" se aclara la finalidad que se perseguía con el sometimiento a ellas, que era la de hacer confesar al acusado su crimen contra la fe.

Desde el siglo XIII hasta el XVIII fue utilizada indiscriminadamente la tortura; más allá de los muros de la iglesia católica, las legislaciones laicas de la Europa Continental, la incluyeron en sus textos aunque limitando progresivamente su uso y normándola para "no poner en peligro la vida del inculpaado".

César Bonesana, marqués de Beccaria, publica en 1764 su obra: "De los delitos y de las Penas", en el capítulo 16 expresa: "una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones es la tortura del reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en que incurre, o para el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cuál metafísica e incomprensible purgación de la infamia o, finalmente, por otros delitos de que podía ser reo, pero de los cuales no es acusado".²¹

Este ilustre jurista rechaza que el dolor pueda convertirse en "crisol de la verdad como si el criterio de ella residiera en los músculos y en

¹⁹ REINALDI, Víctor Félix, *El delito de tortura*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, 4 pp.

²⁰ REINALDI, Víctor Félix, *ob. cit.*, 14 pp.

²¹ CARRILLO PRIETO, Ignacio, *Arcana Imperii*. Apuntes sobre la tortura, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1987, 61 pp.

los nervios de un desgraciado” se muestra convencido de que la persona sensible, aunque inocente, se declara culpable si cree hacer cesar con ello el tormento, de su suerte que toda diferencia entre un inocente y un culpable desaparece por el mismo medio que se pretende emplear para encontrarla.

Montesquieu combatió la tortura también, Pietro Verri en el siglo XVIII sostiene que si el delito es solamente probable, es una injusticia exponer a un suplicio seguro y a un cruelísimo tormento a un hombre quizá inocente y el someter a un inocente a desgarramientos y miserias es tanto más injusto, cuanto que se hace mediante el propio poder público confiando a los jueces para defender de los ultrajes al inocente.²²

La tortura ha sido y es expresión de la sinrazón; cuando el hombre no tiene recursos, argumentos, explicaciones y justificaciones, y pretende socializar su conducta, sin ostentar un poder legítimo (aunque sea legal), recurre a la tortura como paradigma del efecto de la desobediencia; vence, no convence, busca la verdad de espaldas a la luz, cierra los ojos, complace al oído y desprecia los valores universales, es fraccionario, pugna en favor de una parte y no de toda la humanidad, su sentido del amor, el bien, la belleza, la tolerancia, y la verdad es gregario no universal; de ahí que la violencia sea el principio y el fin de la “justicia” para esta clase de seres humanos, lo mismo sirve para arrancar una confesión que para sancionar una falta.

El tristemente célebre expediente de la tortura, de *facto*, quizá nunca desaparezca, tiene su fuente en las pasiones más brutales y perversas de la humanidad, como la envidia, el abuso, la perfidia, la ambición de poder y riqueza material, la inseguridad, el odio; en fin. Los mismos guardianes de la fe, los llamados por la divinidad, los buenos por autonomasia instauraron los “Juicios de Dios”, la inquisición como una fórmula aberrante de tutelar los más bienes espirituales y religiosos; flaco favor hiciera a la iglesia.

2. La abolición formal de la tortura

En 1740, en Prusia, Federico II la abolió tres días después de subir al trono; Gustavo III hizo lo propio en Suecia hacia 1792.

María Teresa decretó la abolición de la tortura en Viena el 2 de enero de 1776, José la hizo desaparecer en Milán el año de 1784; Pedro Leopoldo la suprimió en el Gran Ducado de Florencia en 1786, Luis

²² REINALDI, Víctor Félix, *ob. cit.*, 36 pp.

XVI la proscribió en 1788 para los franceses, la Asamblea Constituyente de este país lo hizo en 1789.

En España, las Cortes Generales y Extraordinarias la declararon abolida para siempre por decreto del 22 de abril de 1811, la Constitución de Cádiz de 1812 disponía que “no se usará nunca del tormento ni de los apremios”.²³

También en épocas posteriores, la tortura fue repudiada por la Iglesia, así, Nicolás I, gran Papa del primer milenio la desestimó por inhumana, Paulo VI en su Constitución Pastoral *Gaudium et spes*, dijo que la tortura degrada a la civilización humana y deshonra más a sus autores que a sus víctimas.

El artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 dispuso que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Dos años después, el 4 de noviembre de 1950 se celebra en Europa la “Convención Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”, suscrita por varios países de ese continente que reitera la prohibición de someter a torturas a las personas, hechas por la ONU en 1948.

Diversos convenios, pactos y resoluciones de la ONU insisten en proscribir la tortura de 1950 a 1975.

Precisamente el 9 de diciembre de 1975, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por aclamación de todos sus miembros la Declaración sobre Protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, que en su artículo 1º define a la tortura como todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sea 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 a esa persona o a otras.²⁴

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o pacto de San José que se suscribió en la capital de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 establece que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida, su integridad física, psíquica y moral. Nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

²³ REINALDI, Víctor Félix, *ob. cit.*, 37 y 38 pp.

²⁴ REINALDI, Víctor Félix, *ob. cit.*, 43 pp.

El catálogo de disposiciones emitidas por organismos internacionales para la supresión de la tortura es enorme, cosa natural si se considera que esta deleznable conducta ha sido calificada como la enfermedad sociopolítica más grave de este siglo XX, cuyas proporciones, durante décadas pasadas; han sido francamente apocalípticas en países que suponemos del primer mundo por su desarrollo económico y cultural.

3. *Supresión de la tortura en México*

Consumada la independencia en México todos los textos constitucionales de la primera mitad del siglo XIX otorgaron la debida protección a los derechos humanos y prohibieron la tortura como *quaestio* procesal:

El Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, del 15 de mayo de 1856 dispone en su artículo 54: "a nadie se formará juramento sobre hecho propio en materia criminal, ni podrá emplearse género alguno de apremio para que el reo se confiese delincuente, quedando en todo caso prohibido el tormento".²⁵

La Constitución de 1857 prohíbe expresamente el empleo del tormento como pena, aunque es omisa en cuanto a su uso para obtener confesiones; sin embargo, consideramos que si bien el principio de *stricta* aplicación de la ley penal impide al juez en los juicios de orden criminal la aplicación de penas atendiendo a criterios de analogía de mayoría de razón, este impedimento no existe cuando el dispositivo jurídico benefició al inculpado; en consecuencia, estimamos que si el tormento es prohibido como pena, en la constitución de 1857, también lo es por extensión como medio para obtener aclaraciones.

De manera que la omisión del constituyente en cita se resuelve con una adecuada interpretación de la norma fundamental.

El constituyente de Querétaro, dejó en su obra de 1917 una amplia protección a los Derechos Humanos y Sociales.

Las garantías individuales, definidas por el doctor Carpizo como "la medida en que el orden jurídico protege los derechos humanos", tiene en la Constitución de 1917 un amplio círculo cuyo destino es la protección de la dignidad e integridad de la persona en materia penal se establece los derechos del acusado desde el inicio de la investigación

²⁵ BARREDA SOLÓRZANO, Luis de la, *La tortura en México*, Editorial Porrúa, 1a. ed., México, 1989, 68 pp.

administrativa, hasta la ejecución de la sentencia, prescribiendo evidentemente el uso de la tortura.

4. *Análisis del delito de tortura*

México suscribió el 10 de febrero de 1986, en Washington, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la tortura, ante el Secretario General de la Organización de Estados Americanos; poco tiempo después, el 25 de abril de 1986 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la tortura, que establece:

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

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

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

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

Luis de la Barrera Solórzano ofrece un interesante análisis jurídico de este delito, el cual seguimos.²⁶

Elementos de tipo. Deber jurídico penal

El deber jurídico penal es la prohibición o el mandato categóricos contenidos en el tipo penal, en la tortura, como delito, este deber consiste la prohibición a todo servidor público de la Federación o del Distrito Federal de infligir intencionalmente por sí o valiéndose de un tercero, en ejercicio de sus funciones, a una persona dolores o sufri-

²⁶ BARRERA SOLÓRZANO, Luis de la, *ob. cit.*, 78 y ss.

mientos graves o coaccionarla, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de inducirla a un comportamiento determinado o castigarla por un acto que haya cometido o que se sospeche ha cometido.

De esta prohibición se desprenden diversas de carácter específico:

Bien jurídico

Los bienes jurídicos tutelados por la ley en cita son principalmente:

- a) Legitimidad y legalidad del ejercicio del Poder Público.
- b) La dignidad humana.
- c) La libertad de manifestarse.
- d) Seguridad de que en la persecución de los delitos no se utilicen procedimientos atentatorios contra las personas.
- e) La aplicación de sistema acusatorio consagrado por la constitución, caracterizado porque las tres funciones procesales, acusación, defensa y decisión se llevan a cabo por órganos que actúan en nombre de la sociedad y quedan asignados a tres sujetos diferentes, el acusador, el defensor y el juez que actúan sin interferencia alguna, es decir, sin que una misma función se lleve a cabo por más de un órgano y sin que un mismo órgano tenga a su cargo más de una función.

Este sistema se garantiza en oposición al inquisitivo y al mixto.

- f) Igualdad jurídica y de facto entre ministerio público y defensor. Beccaria señaló que la confesión coaccionada no es prueba de verdad sino de resistencia vencida.
- g) Libre desarrollo de la personalidad.
- h) La seguridad de la prescripción de las penas crueles, inhumanas y degradantes.

Sujeto activo, autor material

El autor material puede ser cualquier servidor público de la Federación o del Distrito Federal, esto determina el ámbito personal de validez de la norma que se examina.

Sujeto pasivo

Puede ser cualquier individuo.

La pluralidad específica. La Ley no exige como característica necesaria una pluralidad de sujetos activos, en virtud de que los bienes ju-

rídicos tutelados son de carácter estrictamente personales en consecuencia, si existen varios sujetos pasivos, se habrán cometido tantos delitos de tortura como sujetos pasivos hubiere.

Objeto material

Es el cuerpo humano, incluyendo la percepción de los sentidos en casos de violencia moral.

Imputabilidad

El sujeto activo debe ser capaz de comprender y de conducirse de acuerdo con la comprensión para infligir dolores o sufrimientos graves a una persona con los fines a que se refiere el Tipo Penal.

Tipicidad

La descripción de la conducta, su objeto y fines previstos en la norma y su realización por parte del sujeto activo. El tipo puede ser: dolo consumado y tentativa.

Resultado material

Los dolores o sufrimientos graves de otra persona.

Nexo causal

La relación de causalidad entre la actividad idónea para infligir dolores o sufrimientos graves y la aplicación de éstas.

La referencia de ocasión

Que la actividad típica se lleve a cabo en ejercicio de las funciones de servidor público.

Lesión de bienes jurídicos

Los señalados como protegidos en las prohibiciones genéricas y específicas.

La culpa

El tipo legal de la tortura exige que la conducta descrita sea intencional.

La conducta. Provocar en el cuerpo o en la mente del sujeto pasivo dolores o sufrimientos graves o en su detectora, inducir, compeler o utilizar a un tercero para que provoque los dolores o sufrimientos graves a una persona según se ha dicho.

Punibilidad

Si es doloso consumado, es de prisión de dos a diez años, doscientos a quinientos días de multa, privación del cargo e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena privativa de la libertad impuesta.

Si es tentativa, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley, y 63 y 51 párrafo segundo del Código penal; es: prisión de un año cuatro meses a seis años ocho meses; 133.33 a 333.33 días de multa; privación del cargo e inhabilitación para el desempeño de cualquier cargo, empleo o comisión hasta por dos tantos del tiempo de duración de la pena privativa de la libertad impuesta.

Sin duda el legislador mexicano ha tenido un gran acierto al negarle todo valor probatorio a la confesión obtenida por la policía judicial, pues este servidor público, merced a las recientes reformas a los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal, carece de facultades para obtener confesiones y por tanto las que practique son nulas de pleno derecho.

Asimismo, resulta encomiable que en estas reformas se haya incluido la posibilidad de que el acusado sea asistido por un defensor o persona de su confianza en las actuaciones que se lleven a cabo en presencia del Ministerio Público (artículos 127 bis, 128 y 287 del Código Federal de Procedimientos Penales, *Diario Oficial de la Federación* del 8 de enero de 1991).

Medidas éstas que propician el abandono del empleo de la tortura en la práctica, representan por su alcance jurídico y de facto, verdaderos límites a la transgresión de las garantías individuales que protegen la vida, integridad, seguridad, igualdad y certeza del acusado.

El delito de tortura en la actualidad, representa un ilícito contra la administración de justicia, puesto que es precisamente cuando se inicia la actividad del Estado encaminada a la investigación de los delitos, cuando tiene mayor incidencia; es pues, como se ha dicho, una *quaestio* procesal, son los encargados de hacer o propiciar que se haga justicia quienes la practican. Es muy raro, aunque deduce, que la tortura se practique fuera del ámbito de los procedimientos o procesos penales, habitualmente, mediante su uso, se pretende arrancar la confesión del inculpado; la policía judicial, facultada o no para obtener confesiones, frecuentemente estima coronadas sus investigaciones una vez que los presuntos responsables, deponen en su contra, más allá de la verdad histórica interesa tener un culpable, descargando así la responsabilidad de perseguir a los verdaderos criminales.

Intereses de muy diversa índole propician el empleo de la tortura, desde la intención de obtener dinero hasta las invocadas razones de Estado, lo mismo para "esclarecer" un delito del orden común que para sancionar ilícitos cometidos en el desarrollo de actividades políticas.

La supresión de la tortura requiere de medidas constantes, firmes y decididas, la actividad legislativa es un instrumento eficaz, pero es necesario incorporar en esta lucha, otras de igual significación como la educación para la convivencia en la pluralidad y la tolerancia, los vacíos de razón se llenan con la fuerza bruta; resulta indispensable que la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sea un guardián permanente que vigile la conducta de los servidores públicos en la impartición de la justicia penal y denuncie aquellos actos que atenten contra la dignidad de las personas, es necesario que cada ciudadano se avoque al cuidado de sí y de sus semejantes frente a la imprenta del tormento. Hay que mencionar el delito de acuerdo con la ley, pues de lo contrario, la pena provocará resentimiento cuyo desahogo representará un altísimo costo para la sociedad en su conjunto.

La nota de coercibilidad del derecho, que la caracteriza y distingue de otros tipos de normas, como los convencionalismos sociales, las normas morales y religiosas, se define como el uso legítimo de la fuerza, cuyo monopolio lo tiene el Estado. La legitimidad es un valor que atañe a una voluntad racional y justa, no desproporcionada y omnimoda, de ahí que el uso de la fuerza no sea irrestricto, cuando así se la emplea, entonces el derecho deja de serlo, la arbitrariedad se cierne sobre los individuos y la seguridad de sinónimo de maldad cierto; por esto,

la conciencia de lo justo adquiere el atributo de la proporción, de la medida; ha mucho tiempo que la pena deja de ser considerada como la venganza social. La sociedad de hoy no quiere vengar sino construir, rehabilitar; no quiere marcar, sino enseñar, no quiere mutilar sino desarrollar; no quiere humillar sino dignificar.

La ley ha de reparar, a nadie aprovecha la retribución “quien a hierro mata a hierro muere”, violencia genera violencia, la cadena se hace interminable, no podemos dedicarnos a rehabilitar la memoria de inocentes torturados, “para todos los efectos legales a que haya lugar”.

La Ley natural es en esencia una ley conservadora (preservadora), no tolera que el hombre haga del cuerpo de otro hombre un instrumento para sus fines, lo contrario supone que con el fin de infundir miedo o ejemplaridad, valga infligir pena a un inocente; Ovidio Casio citado por Carrara nos dice: “*Majus exemplum esse viventis miserabiliter criminosi, quam occisi*” (es mayor ejemplo el de un vivo miserablemente criminal, que el de un criminal muerto). “Odia el delito, compadece al delincuente” decían los castellanos en sus prisiones a principios del siglo.

CONCLUSIONES

Primera. La prueba es esencialmente el medio de que se sirve el derecho para el conocimiento de la verdad y a partir de ella estar en aptitud de hacer justicia.

Segunda. El medio de prueba es la forma bajo la cual se someten a la consideración del juzgador en “equivalentes sensibles de la realidad que le permitirán llegar a la convicción de que los hechos se produjeron de una determinada manera.

Tercera. La valoración de las pruebas es un acto procedimental consistente en el análisis conjunto de todo lo apartado a la investigación.

Cuarta. La prueba confesional ha dejado de ser un elemento de juicio fundamental en el proceso penal.

Quinta. La confesional cuando es calificada debe ser divisible, es decir, se examinará la confesión e inmediatamente después los excluyentes de responsabilidad para conocer en ambos casos su verosimilitud y alcance probatorio.

Sexta. El legislador mexicano ha tenido un gran acierto al negarle todo valor probatorio a la confesión obtenida por la policía judicial, pues este servidor público carece de facultades para obtenerlas.

Séptima. De igual manera es de enorme valor el esfuerzo del legisla-

dor por dar al defensor la posibilidad de asistir al inculcado desde el momento de la averiguación previa.

Octava. La supresión de la tortura requiere de medidas constantes, firmes y decididas como educar a los cuerpos policiacos incorporando en su formación el conocimiento de los valores universales y su inserción en el Derecho.