

LA IMPLEMENTACIÓN EN MÉXICO DEL TRATADO INTERNACIONAL “PROTOCOLO DE ESTAMBUL: EL PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES DE LAS NACIONES UNIDAS”

Talia GARZA HERNÁNDEZ

Sumario: Marco Teórico Introducción Antecedentes El protocolo de Estambul El Tratado Internacional en México Sobre la tortura México y los derechos Humanos Conclusión Bibliografía

1. Marco Teórico

El presente trabajo titulado El PROTOCOLO DE ESTAMBUL: EL PROTOCOLO FACULTATIVO PARA LA CONVENCIÓN CONTRA LA TORTURA Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES INHUMANOS Y DEGRADANTES DE LAS NACIONES, se encuadra en lo concerniente al procedimiento de ratificación y aplicación en nuestro país en virtud de las disposiciones internacionales, a las que nos apegamos en virtud de los principios generales del derecho internacional público, así como principios de derecho internacional público, y la costumbre, en razón también del derecho de los tratados, al vivir en una comunidad de naciones todos estos conceptos aunque pudieran parecer tautológicos –puesto que es obvio que los Estados como las personas se sujetan a ciertas reglas generales- es necesario que nos familiaricemos con ellos.

Pero el proceso de firma, ratificación y aplicación del protocolo de Estambul en nuestro Estado, no puede escapar de la regulación del derecho interno, en este caso del Estado Mexicano, esto también por obvias razones de proximidad y de soberanía,¹ por lo que evaluaremos la situación del delito de tortura en México y su concepto, todo abordando también la idea del “Tratado Internacional”.

¹ Sobre soberanía también en doctrina constitucional, jurisprudencia y ley existe demasiada información a pesar de ello sabemos que la soberanía fue una aportación importante de Jean Bodino, como atributo del Estado, y también como legitimidad, aunque nuestro concepto de soberanía dista mucho de la idea de Bodino, puesto que se ha reconfigurado, se trata de épocas diferentes, no podemos olvidar que es un concepto

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Palabras claves: Protocolo de Estambul, Tratado Internacional, Tortura, Delito, Derechos Humanos, Derechos Fundamentales, Constitución, Ley, Sanciones.

2. Introducción

El Protocolo de Estambul: El Protocolo Facultativo para la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos y Degradantes de las Naciones Unidas firmado por México el 23 de septiembre de 2003² y ratificado el 30 de marzo de 2005³, responde a una serie de antecedentes diversos, aunque lo estudiaremos desde la óptica jurídica, no podemos negar la relación de nuestro trabajo con otros campos de las ciencias sociales, y todo esto tiene que ver con la agenda humanitaria que en las postrimerías del siglo XX, alcanzó un punto álgido, las brechas de pobreza y riqueza, los niveles de desigualdad no han sido resueltos, si las experiencias occidentales de las guerras, puede decirse concientizaron a un gran número de personas del “salvajismo” del que el hombre europeo era capaz⁴, las guerras subsecuentes en el siglo XX, lo demostraron sangriento y explotador como sus siglos antecesores.

Entonces en un contexto sociopolítico mundial al que inexorablemente estamos obligados, ¿cuál es el fracaso, el error o el acierto?, la guerra sigue siendo, un asunto íntimamente humano y conveniente, y es una solución política, las palabras de Clausewitz y de Maquiavelo, aunque ambientadas en un nacionalismo prusiano que hoy no existe, y florentino, que tampoco prima ya, no nos son aún muy ajenas del todo, después de todo quedan reminiscencias del carácter de lo humano, de su transitoriedad y también perpetuidad, y a la vez perentoriedad, seguimos hablando de las mismas cosas y de los mismos problemas, si bien el derecho como todas las ciencias es una ciencia progresiva y evolutiva, eso no nos quita también la naturaleza de la pertenencia.

3. Antecedentes

esencial para entender las relaciones entre los órganos del Estado, del poder público y entre Estados en el ámbito internacional, “es una condición una cualidad, de ser, de guardar un estado igual”.

² <http://www.presidencia.gob.mx/actividades/index.php?contenido=6378> (Revisada el 10 de enero de 2005).
<http://www.presidencia.gob.mx/actividades/index.php?contenido=6378> (Revisada el 10 de enero de 2005).

³ <http://presidencia.gob.mx/actividades/index.php?contenido=17419&pagina=17> (Revisado el 21 de junio de 2005).

⁴ En México ahora con el bicentenario nos encontramos con una situación literaria muy particular, el homenaje a Fray Servando Teresa de Mier, quien ya había denunciado “el salvajismo europeo”, en la época novohispana, la edición póstuma de Susana Rotker editada por la Universidad Autónoma de Nuevo León es magnífica en el sentido introductorio a las memorias de Fray Servando, y ambas de utilidad en los antecedentes libertarios de no solo de las letras o el intelectualismo latinoamericano, sino de nuestras expresiones políticas, que se supone debieron haber descansado en un constitucionalismo social, al que no hemos arribado envueltos en guerras intestinas, civiles, fronterizas y regionales, y también con el fenómeno político latinoamericano del “empobrecimiento debido a la corrupción y nuestro pasado autoritario”.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

Brevemente explicaremos los antecedentes del protocolo en cuestión, los más relacionados con la materia, primeramente “La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)” fue adoptada en 1984 y entró en vigor en 1987. Esta Convención promueve entre los Estados Partes que su legislación penal castigue los actos de tortura y otros malos tratos.

Con una propuesta que hiciera el gobierno de Costa Rica en 1991, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU determinó mediante su resolución 1992/43 del 3 de marzo de 1992 establecer un Grupo de Trabajo al cual se le encargó la tarea de elaborar un Protocolo Facultativo para la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes y posteriormente conoceríamos como “el Protocolo” o “el Protocolo Facultativo”.

La propuesta ya había sido intentada con ahínco, puesto que en el sistema europeo de protección de derechos humanos existía ya un el Comité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

Al celebrarse la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 se afirmó nuevamente la necesidad internacional de erradicar la tortura y por ello se llamó a la comunidad internacional a adoptar el Protocolo Facultativo con el fin de establecer mecanismos preventivos de tortura a través de visitas regulares a los centros de detención, esto ha sido un trabajo muy acendrado por distintos organismos internacionales desde la “Red Cross International”, hasta Amnesty International.

Negociar el protocolo conllevó a una serie de acuerdos por ejemplo la propuesta presentada por Costa Rica establecía la existencia de un mecanismo internacional que pudiera supervisar cualquier lugar de detención en cualquier momento en el territorio de los Estados Partes con la posibilidad de ingresar libremente al territorio de cualquiera de los Estados ratificantes del instrumento, esto por ejemplo hoy en día está muy en boga con la “exigibilidad de los derechos humanos.”

Pero el transcurso de estas negociaciones y principalmente la iniciativa de Costa Rica ocasionó que durante las negociaciones del Protocolo, muchos gobiernos consideraran que ese tipo de medidas podrían atentar en contra de su soberanía al no contar con la posibilidad de controlar el acceso de los extranjeros.

Por ello el gobierno de México, sagazmente y apoyado por diversas delegaciones de países latinoamericanos propuso el 13 de febrero de 2001 un nuevo borrador de Protocolo en el que se establecía la creación de mecanismos nacionales de supervisión en contraposición a la propuesta de instancias internacionales.

Unos días después, el 22 de febrero de 2001 la Unión Europea encabezada por el representante de Suecia presentó un tercer borrador retomando principalmente la propuesta de Costa Rica, pero resaltando también la necesidad de que se crearan mecanismos a nivel nacional de supervisión.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Y es en abril de 2002 la Comisión de Derechos Humanos de la ONU aprobó en su 58 periodo de sesiones celebrado en Ginebra, Suiza una resolución en la que aprueba el Protocolo.

Una vez adoptado por parte de la Comisión, éste pasó a la Asamblea General de las Naciones Unidas la cual lo aprobó el 18 de diciembre de 2009 por una mayoría contundente de los Estados Miembros: 127 votaron a favor, 42 se abstuvieron y 4 votaron en contra, México votó a favor de la resolución.

Estados Unidos de América obstaculizó las negociaciones alegando que el contenido del Protocolo, en específico el hecho de que se pudieran realizar visitas de inspección a las prisiones iba en contra de lo establecido por la Cuarta Enmienda a la Constitución

Así, el 4 de febrero de 2003 el Protocolo fue abierto a los Estados para su firma y ratificación. El Protocolo no entrará en vigor sino hasta el trigésimo primer día, contado a partir del depósito de ratificación número 20. México ya ratificó dicho protocolo.

Quiero adelantar en este espacio que con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, se inició un proceso de constitucionalización en el ordenamiento jurídico mexicano que no puede rehuir la exigibilidad de llevar a cabo los compromisos planteados en tratados internacionales en materia humanitaria en pro de la persona humana. Con esta reforma se logró positivizar un principio que antes tenía que extraerse mediante interpretación del artículo 133 constitucional, ahora los tratados internacionales en materia humanitaria son interpretables de conformidad con la constitución: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”⁵

4. El protocolo de Estambul

Este instrumento internacional de tutela de derechos humanos, como su título lo dice se refiere a la “*investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*” en una palabra resumida “a la tortura”, concepto que profundizaremos en otro apartado de nuestro trabajo, lo importante del análisis de este “manual o protocolo” es que por tratarse de un concepto que tiene que ver en materia de prisiones, derecho penitenciario, situación carcelaria, derecho penal o punitivo, tiene que ver no solamente con la facultad sancionadora⁶

⁵ Artículo 1, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.

⁶ En doctrina de derecho positivo aunque el término sanción y pena, no sean lo mismo el Estado tiene ambas facultades o atribuciones, generalmente la primera es una situación administrativa en tanto que la segunda es una facultad judicial. En la introducción del citado protocolo, se incluyen unos renglones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 para explicar lo que no se considera Tortura “No se

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

del Estado, sino con algo más importante “la imposición de penas” es por ello que los derechos en materia judicial o de seguridad jurídica, son muy importantes, este protocolo forma parte de los instrumentos internacionales y con su inclusión en nuestro derecho interno bajo la condición *sine qua non* de soberanía de “los instrumentos en materia de tutela judicial”.

Este derecho, de no ser torturado, un derecho humano de todos nosotros es este “El derecho a estar libre de tortura” y se encuentra establecido en el marco del derecho internacional. En los siguientes instrumentos jurídicos internacionales y supranacionales: La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes prohíben expresamente la tortura. Así como también varios instrumentos regionales fijan el derecho a no ser sometido a tortura. La Convención Americana de Derechos Humanos, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales contienen prohibiciones expresas de los actos de tortura.

Pero esto es el marco jurídico del tratado, esencial para su creación, si estamos ante un instrumento legal internacional para combatir y proteger esta problemática de la tortura, y por ende en un contexto de “derecho humanitario internacional”, nos interesa la cuestión de los sujetos obligados “los Estados Firmantes” en razón del derecho internacional público y atendiendo a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, es interesante incluir esta cita pues nos conviene saber por el trabajo a que están obligados “los Estados firmantes” esto nos permitirá conocer mejor este protocolo. En el capítulo III, en la Investigación legal de la Tortura., leemos el artículo 73:

El derecho internacional obliga a los Estados a investigar con prontitud e imparcialidad todo incidente de tortura que se notifique. Cuando la información existente lo exija, el Estado en cuyo territorio haya una persona que presuntamente haya cometido o participado en la tortura, deberá o bien extraditar al presunto autor a otro Estado que tenga jurisdicción competente o someter el caso a sus propias autoridades competentes con fines de procesar al autor de conformidad con el derecho penal nacional o local. Los principios fundamentales de toda investigación viable sobre incidentes de tortura son competencia, imparcialidad, independencia, prontitud y minuciosidad. Estos

considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”, contenida en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. La misma convención admite que la sanción disciplinaria sólo aplica cuando “Entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes... facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación. Protocolo de Estambul, Anexo I, pp. 62.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

elementos pueden adaptarse a cualquier sistema jurídico y deberá orientar todas las investigaciones de presuntas torturas⁷.

Este artículo no se sostiene solo, existe todo un precedente de derecho internacional de corte humanitario que exige que “si los estados son los sujetos internacionales de más trascendencia en el derecho internacional público” ahora bien está obligado a investigar y según sea el caso extraditar a la persona que haya cometido la tortura o el acto incriminado, sujetos a las estipulaciones de su derecho interno, pero bien sabemos que el derecho interno no puede oponerse al derecho internacional en cuestión humanitaria. Si el fin del Estado es “en la idea” proteger al gobernado o ciudadano como se guste definir al individuo en el contexto nacional, en un mundo ciudadanizado, bueno el derecho internacional público justifica su actuación en el individuo ya sea paria o expatriado, exiliado o refugiado, desplazado o abusado, “la esencia es humanitaria”, un derecho internacional público no nacionalista ni excluyente.

El apartado B, del anexo determina los “Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la Tortura y otros casos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, esto nos dicta el artículo 77 del protocolo:

Los principios que a continuación se exponen representan un consenso entre individuos y organizaciones con experiencia en investigación de la tortura. Entre los objetivos de la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (en lo sucesivo torturas u otros malos tratos) se encuentran los siguientes:

- a) Aclarar los hechos y establecer y reconocer la responsabilidad de las personas o los Estados ante las víctimas y sus familias;
- b) Determinar las medidas necesarias para impedir que se repitan estos actos;
- c) Facilitar el procesamiento y, cuando convenga, el castigo mediante sanciones disciplinarias de las personas cuya responsabilidad se haya determinado en la investigación, y demostrar la necesidad de que el Estado ofrezca plena reparación, incluida una indemnización financiera justa y adecuada, así como los medios para obtener atención médica y rehabilitación.⁸

En el artículo 78, se comentan las condiciones de la investigación legal, se establecen los lineamientos del procedimiento de investigación de la tortura, para tipificar el delito, estamos hablando de un delito o “crimen” internacional, que sin embargo, por razones de jurisdicción y competencia, y diríamos principio de definitividad, economía procesal, y por último y mucho más importante en “cuestión de derecho

⁷ El Protocolo De Estambul: *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (Protocolo de Estambul) Art. 73.

⁸ El Protocolo De Estambul, *Op. cit.*, artículo 77.

interno”, deben avocarse al derecho interno, y el derecho interno debe reformarse subsecuentemente para no contravenir lo estipulado por el protocolo internacional:

Los Estados velarán por que se investiguen con prontitud y efectividad las quejas o denuncias de torturas o malos tratos. Incluso cuando no exista denuncia expresa, deberá iniciarse una investigación si existen otros indicios de que puede haberse cometido un acto de tortura o malos tratos. Los investigadores, que serán independientes de los presuntos autores y del organismo al que éstos pertenezcan, serán competentes e imparciales. Tendrán autoridad para encomendar investigaciones a expertos imparciales, médicos o de otro tipo, y podrán acceder a sus resultados. Los métodos utilizados para llevar a cabo estas investigaciones tendrán el máximo nivel profesional, y sus conclusiones se harán públicas.⁹

5. El Tratado Internacional en México

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 el principal fundamento constitucional para la interpretación de las postulaciones de los tratados internacionales era el artículo 133 constitucional, hoy el artículo primero de nuestra norma fundamental es explícito y no deja ninguna duda de su aplicabilidad. Ahora bien, siendo prácticos tenemos que trabajar principalmente con tres aspectos: los órganos del Poder Público, -particularmente el Congreso, -las Facultades de estos órganos y la legislación, sobre los Tratados Internacionales nuestra ley suprema antes de la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos de éste año dispone:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹⁰

Como bien sabemos nuestro sistema presidencial, -se funda sobre la base que dio identidad a los sistemas presidenciales “Checks and Balances” es decir pesos y contrapesos, otros teóricos buscan de encontrar la dificultad del sistema presidencial cuando se enfrenta en la comparación al régimen parlamentario¹¹, en la clasificación de “poder dividido y poder compartido”, sin entrar al análisis del poder político, -controlado mediante la Constitución- sabemos que se dan no de manera espontánea sino conforme a las necesidades, las implementaciones de los medios de control, no solo legales, parapolíticos o controles de facto, no suceden primero uno que fue y es

⁹ El Protocolo De Estambul, *Op. cit.*, artículo 78.

¹⁰ Artículo 133, *Op cit.*

¹¹ Aquí las palabras régimen y sistema las utilizamos de manera indistinta.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

el control parlamentario¹², esta fue la piedra angular del régimen parlamentario, y en la actualidad los medios de control constitucionales, en este tenor no podemos soslayar una realidad “los Tratados Internacionales son medios de control constitucional”.

Por ello es muy importante recordar el importante papel de control que ejercen los parlamentos y principalmente en el Estado Mexicano, más allá de analizar los controles políticos o el control jurisdiccional entre otras clasificaciones, observar que con la aprobación del Senado de los Tratados Internacionales se ejerce un “mecanismo de control constitucional”, no solo el control parlamentario y predominantemente político, sino un control constitucional porque el Tratado Internacional debe estar en concordancia con la Ley Suprema., porque es el Congreso el órgano del poder público facultado para promover reformas a la Constitución en virtud de su status de poder constituyente permanente.

El artículo 76 es muy claro respecto a la Facultad exclusiva del Senado en materia de tratados internacionales:

“Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario del Despacho correspondiente rindan al Congreso.

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos;”¹³

Sobre la jerarquía de los Tratados Internacionales la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha pronunciado diversos criterios, pero este que no se considera propiamente un Tribunal Constitucional según diversos tratadistas, es el intérprete supremo de nuestra Constitución, por lo cual es importante analizar sus criterios a la luz, de la naturaleza de nuestro sistema político democrático y presidencial, haciendo notorio que aun existen controversias entre la doctrina por no especificarse si el Tratado Internacional y la Ley Suprema de un país no pueden oponerse y si a ello se da la reforma constitucional para corregir la Constitución conforme al tratado, es

¹² Carl Schmitt en su Libro *La crisis de la democracia parlamentaria* nos brinda unos apuntes importantes, “la práctica del derecho constitucional y del derecho internacional no puede darse sin un concepto de legitimidad, el discutía el concepto de legitimidad en esa época, cuando habla de la democracia como totalidad. Y en realidad discute el principio democrático adoptado sin contradicción.” “That is significant for the jurisprudence of public law. Neither the theory nor the practice of constitutional and international law could get along without a concept of *legitimacy* and for that reason it is important that the dominant concept of legitimacy today is in fact democratic, pp. 30.

¹³ Artículo 76, *Op. cit.*

importante el criterio judicial aunque en México no tengamos formalmente un Tribunal Constitucional, la siguiente jurisprudencia ubica a los Tratados Internacionales nos brinda una contextualización que a continuación proporcionamos se trata de un criterio que analiza un aspecto muy importante para conseguir la aplicación de los Tratados Internacionales en un Estado-Nación “la incorporación”, la forma en la que se incorpora el tratado para aplicarlo en las normas de derecho interno.

TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA. El Estado mexicano tiene un sistema jurídico propio y asimismo forma parte de la comunidad internacional. Ante esta dualidad, derivada de la coexistencia de los sistemas jurídicos locales y de normas de carácter internacional, se genera la distinción entre el derecho nacional o interno y el derecho internacional o supranacional, atento a la fuente de la cual emanan y su ámbito espacial de aplicación. Ante ello, el órgano jurisdiccional debe atender en lo sustantivo, a la existencia de normas de carácter internacional que por virtud del mecanismo constitucional han quedado incorporadas al orden jurídico interno y a las normas locales que existan para establecer en un caso dado, cuál es la norma aplicable para regir el acto jurídico materia de la controversia, de modo que no puede decidirse en forma general y absoluta, que el derecho sustantivo extranjero no pueda aplicarse por el órgano jurisdiccional nacional, puesto que en México existen normas de carácter federal, como es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus artículos 14 y 133 y el artículo 12 del Código Civil Federal, que dan supuestos concretos de solución, que deben ser atendidos para resolver en forma fundada y motivada una cuestión de esta naturaleza y por ende, si en el caso cabe o no la aplicación del derecho sustantivo extranjero. Así se tiene que del contenido del artículo 133 constitucional, se desprende que entre las fuentes internacionales del derecho, se encuentran los tratados o convenciones que constituyen acuerdos entre sujetos del orden jurídico internacional (Estados y organismos internacionales) que se han celebrado y toman en cuenta asuntos de derecho internacional por lo que con la interpretación gramatical de la primera parte del artículo 133, para considerar que un tratado sea, junto con las leyes emanadas de la Constitución y que sean aprobadas por el Congreso de la Unión "la Ley Suprema de toda la Unión", es menester que se satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo, los primeros consisten en que el tratado sea celebrado por el presidente de la

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

República y que sea aprobado por el Senado, mientras que el requisito de fondo, consiste en la conformidad de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental. En relación con los requisitos formales que hablan de la incorporación del derecho internacional al positivo de nuestro país, se describen dos procedimientos: 1. El ordinario, donde la adaptación se hace por medio de normas internas (constitucionales, legislativas, administrativas, etc.); y 2. El especial, también llamado de remisión, el cual implica que la regla de derecho internacional no se reformula, simplemente los órganos del Estado ordenan su cumplimiento, el cual tiene dos variantes: I. Requisito de orden de ejecución en el caso de tratados y II. El procedimiento automático en tratándose de costumbre internacional. Además de que en el caso del derecho internacional convencional debe atenderse también a las disposiciones del propio tratado sobre el particular. Por tanto, en materia de adaptación del derecho internacional al interno, el procedimiento especial es el predominante; sin embargo, cuando se está ante el procedimiento ordinario en el que nuestro país advierte no sólo la necesidad de observar el contenido del tratado internacional sino que considera oportuno, dada la importancia de la materia que regula el tratado en cuestión, incorporar dicha norma internacional al derecho nacional a través del procedimiento de incorporación ordinario, esto es, al reformar las leyes internas o, en su caso, emitir nuevas leyes que atiendan lo establecido en el tratado. Por eso cuando el acto de autoridad, reclamado vía amparo, se funde en el tratado internacional así como en la norma de derecho nacional y respecto de esta última ya existiere pronunciamiento de constitucionalidad por nuestro Máximo Tribunal, los argumentos tendentes a demostrar la inconstitucionalidad del tratado internacional que dio motivo a la expedición de la norma nacional, deberán desecharse atento a la causa de improcedencia prevista en el artículo 73, fracción XVIII, en relación con el artículo 80 ambos de la Ley de Amparo porque el análisis de la fundamentación y motivación del acto de aplicación del tratado internacional a nada práctico conduciría dado que no se podrían actualizar los supuestos contenidos en el numeral 80 de la Ley de Amparo pues si el acto reclamado no se funda únicamente en el tratado internacional, sino en un ordenamiento jurídico cuya existencia derivó del pacto internacional y cuya constitucionalidad ya fue declarada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no podría reintegrarse al quejoso en el goce de las garantías individuales que se estimaran transgredidas, puesto que la constitucionalidad del acto de aplicación

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

se sostendría por los restantes preceptos cuya constitucionalidad ya fue declarada.¹⁴

Los Criterios del Poder Judicial son fundamentales para comprender lo que hablamos, lo referido al Juicio de Amparo también nos parece importante, puesto que el Juicio de Amparo es un medio de control constitucional ejercido por los ciudadanos.

6. Sobre la tortura

No solo en México sino en todo el mundo la ineficiencia de las declaraciones derechos humanos es angustiante, viene a colación el Kasemi´s Case¹⁵, un periodista iraní asesinado, en el documento que analiza su muerte se enumeran tres cláusulas que se violaron y que constituyen “las tres áreas primarias de violación del derecho domestico e internacional” esto nos debería servir de escarmiento ya que México está a punto de ser sancionado por no dar cuentas de los feminicidios en Ciudad Juárez Chihuahua.

Las áreas son las siguientes: a) prohibición de la tortura b) derechos del acusado y c) la obligación de garantizársele el derecho a la vida.

El artículo 1 de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes establece el concepto de tortura:

Se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija 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.¹⁶

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ya establecía en 1966:

¹⁴ Registro No. 171888 Localización: Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007 Página: 2725 Tesis: I.3o.C.79 K Tesis Aislada Materia(s): Civil, Común.

¹⁵ *Impunity in Iran, The Death of Photojournalist Zahra Kazemi*, Iran Human Rights Documentation Center Second Edition November 2006, pp. 35.

¹⁶ Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes establece el concepto de tortura. Art. 1.

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

Artículo 7 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.¹⁷

Las convenciones latinoamericanas también son importantes, por tratarse de jurisdicciones regionales, en el artículo 5 referente a la integridad personal el numeral 2 establece: “Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.”¹⁸

En México no hemos implementado comisiones de la verdad contrario a las CV desplegadas en América Latina, como por ejemplo Perú y Argentina, resulta insuficiente volver a anotar aquí cifras de asesinatos mejor aportemos un dato sobre las comisiones de la verdad, algo que no ha pasado en nuestro país:

El éxito de las CCV depende tanto o más del proceso de su creación, diseño, procedimientos, difusión de resultados y seguimiento que del informe de los resultados mismos. El objetivo tiene que ver con la transformación de una práctica política y social hacia el debate y el respeto mutuo. Esto requiere procesos transparentes y generalmente públicos, participación de la sociedad civil, amplia difusión y un proceso de seguimiento de las recomendaciones que va mucho más allá del corto tiempo que dura el trabajo mismo.¹⁹

Las comisiones de verdad recomiendan no más que la indemnización, la reparación que no “es una gracia del Estado” es la demanda del derecho internacional²⁰ y consiste en “la restitución de trabajos, pensiones, estado legal, propiedades, reputación; la rehabilitación médica, psicológica, legal; la satisfacción incluye el reconocimiento del daño, la aceptación de responsabilidad, el pedir perdón, la

¹⁷ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Naciones Unidas, Artículo 7.

¹⁸ Convención Americana Sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

¹⁹ ROTH-Arriaza; Nahomi, “Dificultades y desafíos de las comisiones de la verdad frente a la tortura, la reparación y la prevención”. En *Memoria, Seminario internacional Comisiones de la verdad: Tortura, reparación y prevención*, Ciudad de México, 18 y 19 de julio de 2002, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México) Asociación para la Prevención de la Tortura (Suiza) Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez. (México) Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (Chile), México 2004.

²⁰ “Esta demanda consiste también en no olvidar los errores colectivos, de abuso y de miseria “There would be no reconciliation if we forgot past errors, and there can be no peace-building without reconciliation.” No habrá reconciliación si no olvidamos los errores pasados y no podemos construir la paz sin reconciliación, incluimos esto en el apartado cuando hablamos de las Comisiones de la Verdad, que buscan una reconciliación colectiva, el contenido social de las cosas es ineludible.” YAMAWAKI; Naoshi, Towards a renewal of the concept war, for the culture of peace, pp. 163-165. *Cultural Diversity and Transversal Values: East–West Dialogue on Spiritual and Secular Dynamics*, UNESCO, France, 2006.

justicia; la compensación monetaria o por servicios por los daños físico y moral sufridos, los gastos, las oportunidades y los proyectos de vida perdidos, han tenido poco más éxito en Argentina y Chile, ni que decir de el Salvador.

7. México y el derecho humano al no padecimiento o sanción de la Tortura

El maestro de la Universidad de Yale, Immanuel Wallerstein quien tiene una amplia obra en materia de política y análisis del fenómeno de la Globalización en uno de sus múltiples artículos hace una aportación interesante:

Con toda seguridad, Las Casas fue un apasionado defensor de los derechos, de los pueblos. Fue, y es una conexión que hay que resaltar, el primer Obispo de Chiapas, hoy enclave de los neozapatistas, lugar donde es todavía necesario defender la misma causa que Las Casas asumió hace casi 500 años: los derechos de estos pueblos indígenas a su dignidad y a su tierra. Hoy estos pueblos se encuentran apenas un poquito mejor que en el tiempo de Las Casas. Por eso hay quien en consecuencia clasifica a Las Casas y a otros teólogos, filósofos y juristas neoescolásticos españoles como los precursores de Grotius y los verdaderos fundadores de los derechos modernos del hombre.²¹

En México, nuestra definición y prohibición constitucional de Tortura con independencia de todos los instrumentos coadyuvantes esta edificada sobre la base de las garantías individuales, que son nos guste o no académicamente nuestro catálogo de derechos fundamentales, así el artículo 22 constitucional a la letra dice:

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

Contamos en México con una Ley Federal para prevenir y sancionar la Tortura, publicada en nuestro diario oficial de la Federación en 1991 y con una última reforma en el año de 1994, esta ley nos dice en el artículo 3 que “Comete el delito de tortura el servidor público que, con motivo de sus atribuciones, inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, sean físicos o psíquicos con el fin de obtener, del torturado o de un tercero, información o una confesión, o castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche ha cometido, o coaccionarla para que realice o deje de realizar una conducta determinada,” sin embargo existe una excepción para no

²¹ Immanuel Wallerstein, *El albatros racista, La ciencia social, Jörg Haider y la Widerstand* author: Immanuel Wallerstein original title: The Racist Albatros original language: English first published: Lecture at the Universität Wien, Mar. 9, 2000, in the series "Von der Notwendigkeit des Überflüssigen - Sozialwissenschaften und Gesellschaft" published in eurozine: December 20th, 2000 contributed by: Chiapas (Mexico) copyright: Chiapas (Mexico) translation: Ramón Vera Herrera.

²² Artículo 22, *Op cit.*

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

configurar el delito de tortura: “No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, que sean inherentes o incidentales a éstas, o derivadas de un acto legítimo de autoridad.”

Me parece importante acotar un punto que tiene que ver con nuestro tema principal que es la tortura pero individualizado en los niños, no podemos negar que en México la situación infantil de desigualdad por condición social y maltrato también es degradante, más en un país donde proliferan prácticas de redes sociales de pedofilia y pederastia, los libros: Los niños de nadie y los demonios del Edén nos guste o no abordan una problemática que todos conocemos, por ello es interesante ver como la Corte Interamericana se pronunció respecto a la condición jurídica y derechos humanos del niño, en una OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002, “*El principio de humanidad:*”

Este principio tiene el propósito de prohibir a las autoridades la comisión de abusos durante el cumplimiento de una pena o durante la institucionalización de un niño o niña. Tiene tres consecuencias principales: la prohibición expresa de aplicar torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; señalar los fines reeducativos y tendientes a la reinserción social de los niños que reciben las medidas; y la prohibición de aplicar la pena de muerte a personas que tenían menos de 18 años al momento de los hechos. En consecuencia, una medida privativa de libertad “en ningún caso puede implicar la pérdida de algunos de los derechos que sean compatibles con ella e incluso debe reconocérseles todos aquellos derechos que sean necesarios para su adecuada socialización.

Asimismo, muchos centros de detención no tienen las condiciones de infraestructura adecuadas, ni recursos humanos ni profesionales con capacidad de desarrollar los programas de educación y trabajo que permitan la reeducación y la reinserción social que éstas medidas pretenden.²³

8. Conclusión

Existen los instrumentos de protección nacionales e internacionales, las instancias, los órganos y la voluntad política para detener estas prácticas ancestrales, pero ¿qué falta?, cuando analizamos que el país más poderoso del mundo se opone siempre vehementemente a las negociaciones y los esfuerzos en pro de abolir la tortura, no queda clara su permanencia en Guantánamo, practica en Afganistán e Irak a la fecha actos de tortura y lo mismo ocurre con sus demás pares.

En México, gracias a la reciente guerra que se libra en contra del narcotráfico las cosas han acabado por empeorar y exhibir un estado de por sí ya débil, con un

²³ En lo referente a garantías sustantivas y procesales, es decir en el aspecto de tutela judicial y seguridad jurídica. Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva Oc-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

aparato judicial y de ministerio público en medio de reformas que simplemente “no funcionan.” Las cifras hablan de cuarenta mil muertos.²⁴ Tenemos así un campo fértil de investigación pragmática porque se trata de una guerra donde los actos de tortura se perpetran guste o no por ambas partes, la parte perniciosa en busca de “ajustes de cuentas” y también retando al Estado Mexicano. El ejército en cumplimiento de su deber. De alguna o de otra manera ya sabemos que la Tortura, es ilegítima para una democracia, pero, el Estado al tener el monopolio legítimo de la fuerza nos orilla a admitir que este delito cometido por sus servidores públicos en el ejercicio de sus funciones es muy usual. Lamentable, si Schmitt tenía razón, el “concepto de democracia no es el mismo” ha cambiado, aunque la violencia sea una emoción humana²⁵, la agresión evidentemente va como ella lo dice en contra de la constitución de las naciones civilizadas.

Puedo para concluir señalar que la decisión del gobierno estadounidense de cancelar una transferencia de fondos a la UNESCO, de aproximadamente 60 millones de dólares, como apoyos para los programas que efectúa este organismo internacional en materia de ciencia, educación y cultura, por haber reconocido a Palestina como Estado-Miembro del citado organismo internacional,²⁶ y de lo difícil que es para los organismos internacionales que dicen promover fines humanitarios sustraerse del pragmatismo del poder político, lo cual nos habla y es la verdad, de intereses políticos mezclados con el ánimo de invasión, dominio político y social, unilateralidad, monopolio, guerra, genocidio, muerte y la tan peligrosa acción que desgarrar la vida llevándola a la muerte desde lo físico a lo mental: La tortura. Creemos que todos estos acontecimientos nos hablan de que la tortura y los comportamientos degradantes pueden disfrazarse y asumir múltiples formas. Por lo que es hora de cuestionarnos ¿cómo reaccionamos ante ella?, ¿quiénes la infligen?, ¿quiénes tienen el poder? Son respuestas por decidir.

9. Bibliografía

Libros y documentos

ARENDDT, Hannah, *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Trad. Guillermo Solana, Madrid, 2006.

Impunity in Iran, *The Death of Photojournalist Zahra Kazemi*, Iran Human Rights Documentation, Center Second Edition November 2006.

SCHMITT; Carl, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, translated by Ellen Kennedy, Sixth printing, 2000 First MIT Press paperback edition, 1988 This translation ©1985 by the Massachusetts Institute of Technology. This book was originally

²⁴ http://sdpnoticias.com/nota/66683/40_mil_muertos_en_Mexico_por_guerra_contra_el_narco.

²⁵ ARENDDT, Hannah, *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Trad. Guillermo Solana, Madrid, 2006.

²⁶ <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/31/internacional/1320073971.html> y <http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5gzKCfZvcipIrESVFz8HzsXNftx5w?docId=CNG.e80e6b1663ea63fb057c16e6c8e0fba6.01> .

*Entre libertad y castigo:
Dilemas del Estado contemporáneo*

published as *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, ©1923, 1926 by Duncker & Humblot, Berlin. The review by Richard Thoma was originally published in the *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 53 (1925), 215–217.

ROTH-Arriaza; Nahomi, Dificultades y desafíos de las comisiones de la verdad frente a la tortura, la reparación y la prevención”. *Memoria, Seminario internacional Comisiones de la verdad: Tortura, reparación y prevención*, Ciudad de México, 18 y 19 de julio de 2002, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México) Asociación para la Prevención de la Tortura (Suiza) Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez. (México) Corporación de Promoción y Defensa de los Derechos del Pueblo (Chile), México 2004.

WALLERSTEIN; Immanuel, *El albatros racista, La ciencia social, Jörg Haider y la Widerstand* author: Immanuel Wallerstein original title: The Racist Albatros original language: English first published: Lecture at the Universität Wien, Mar. 9, 2000, in the series "Von der Notwendigkeit des Überflüssigen - Sozialwissenschaften und Gesellschaft" published in eurozine: December 20th, 2000 contributed by: Chiapas (Mexico) copyright: Chiapas (Mexico) translation: Ramón Vera Herrera.

YAMAWAKI; Naoshi, Towards a renewal of the concept *war*, for the culture of peace, pp. 163-165. *Cultural Diversity and Transversal Values: East–West Dialogue on Spiritual and Secular Dynamics*, UNESCO, France, 2006.

Legislación Nacional

Constitución Política de los Estados Mexicanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2011.

LEY FEDERAL PARA PREVENIR Y SANCIONAR LA TORTURA, NUEVA LEY PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 27 DE DICIEMBRE DE 1991 TEXTO VIGENTE, ÚLTIMA REFORMA PUBLICADA DOF 10-01-1994.

Legislación Internacional

Protocolo de Estambul *Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes*, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2001.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969 CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José). <http://www.oas.org/Juridico/spanish/tratados/b-32.html>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos A/RES/2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Naciones Unidas. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984 Entrada en vigor: 26 de

*Estudios en homenaje a la maestra
Emma Mendoza Bremauntz*

junio de 1987, de conformidad con el artículo 27 (1). Disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cat.htm>

Jurisprudencias y opiniones consultivas

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS OPINIÓN CONSULTIVA OC-17/2002 DE 28 DE AGOSTO DE 2002, SOLICITADA POR LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE

TRATADOS INTERNACIONALES. INCORPORADOS AL DERECHO NACIONAL. SU ANÁLISIS DE INCONSTITUCIONALIDAD COMPRENDE EL DE LA NORMA INTERNA. **Registro No.** 171888 **Localización:** Novena Época Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Julio de 2007 Página: 2725 Tesis: I.3o.C.79 K Tesis Aislada Materia(s): Civil, Común.