

Nombre del Programa: Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington, DC

Becario: Óscar Amadeo Franco Talamantes

No. de expediente: 209463

Adscripción: Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena

Tortura y democracia

Introducción

El presente trabajo tiene como principal objetivo vincular los conocimientos adquiridos en el programa académico con las funciones que realizo en mi trabajo. De cuatro materias que cursé, el trabajo descansa en dos.

La materia implementación de los derechos humanos en el derecho interno impartida por el Dr. Mac-Gregor Poisot proyecta y explora en profundidad aspectos sustantivos y procesales entre el ámbito internacional y el ámbito interno en materia de derechos humanos, proporcionando distintos métodos conceptuales e interpretativos para el diseño de políticas públicas y sentencias judiciales que apliquen normas en el marco de los derechos.

De igual forma, se analizaron temas relativos a las obligaciones internacionales de derechos humanos y su implementación en el derecho interno pasando revista de diversas estrategias y mecanismos para su implementación.

Por otro lado, la clase de “The rights of disadvantaged and vulnerable groups” impartida por la Mtra. Sáez bosqueja el tratamiento en el mundo jurídico sobre personas vulnerables y grupos minoritarios en relación con el mayoritarismo y la tensión entre derechos y democracia.

Las lecturas tuvieron un énfasis en los derechos LGBTI; sin embargo, para el presente retomo varios comentarios y apuntes que, durante las sesiones, se ampliaron hacia otro tipo de grupos vulnerables como personas en detención y la situación que padecen ante actos de tortura.

Así pues, pretendo relacionar las recomendaciones de los organismos de derechos humanos internacionales y el papel de los tribunales en México en la búsqueda de la justicia, y algunos de los posibles niveles de impacto y limitaciones a la democracia.

Estimo que el tema a tratar es pertinente, pues hace poco tiempo hubo encabezados que exponían a Miguel Ángel Mancera e Isabel Miranda de Wallace con un tono demagógico y oportunista comentado a los medios de comunicación una idea de denostar la prevalencia de los derechos de personas sujetas a un proceso penal escudándose en la bandera del derecho a las víctimas a una reparación del daño causado. El bono democrático que ostentaban en ese tiempo al ser representantes o candidatos a puestos representativos me parece suficiente como para tomar en serio la idea.

El impulso de este trabajo surge de la inquietud que despertaron estas materias sobre los mecanismos judiciales de protección en el derecho interno, pues como se sostuvo en el programa, éstos deben ser retados a que evidencien que son, en la práctica, efectivamente

reparadores de justicia sin que interese su profunda impopularidad frente a las mayorías de la sociedad.

Derechos y democracia

Desde un contexto, como el mexicano, que impulsa las prácticas de un Estado Constitucional de Derecho para afrontar diversos lastres que la justicia penal y constitucional ha venido acarreando, es pertinente hablar sobre la tensión entre los ideales del constitucionalismo y la democracia.

Con esto pretendo destacar una justificación teórica del constitucionalismo, capaz de soportar el vínculo entre este par de connotaciones, que admita la necesaria intervención del juez constitucional en relación al debido proceso sustantivo y la tortura.

Así, considero que cualquier texto que se incursione a la empresa de describir la relación entre constitucionalismo y democracia debe tomar en cuenta los procedimientos de decisión que puede adoptar una sociedad, así como sus justificaciones. Dejando a un lado diversos matices—los cuales exceden los límites de este trabajo—las dos nociones más recurrentes son: la concepción de democracia procedimental y democracia sustancial.

La primera concibe la toma de decisiones colectivas en términos formales apegados a la regla de la mayoría, para esta noción lo importante es *quién y cómo decide*, mientras que para la segunda existen requisitos sustanciales sobre *qué se puede y no se puede decidir o dejar de decidir*, entiende que en una democracia constitucional hay derechos que trazan límites infranqueables para el poder democrático.

La participación democrática, como señala Bayón, ostenta el valor intrínseco de una decisión mayoritaria al ser una participación en pie de igualdad. En el segundo se suele decir que los procedimientos de decisión del Estado Constitucional son los que con mayor probabilidad conducirían a resultados que respeten los derechos¹. Este último, al ser un mecanismo contramayoritario, necesita de una justificación que solo es posible si se asegura un mayor valor instrumental que compense la ausencia de un valor intrínseco².

Para el catedrático español un error fundamental en el modelo comprometido con los derechos es considerar a las mayorías como una amenaza frente a éstos al presumir que, por definición, son de las minorías y contra la mayoría³. En ese sentido, considera que el beneficio de un derecho fundamental no siempre es identificable con un grupo social.

¹ Bayón, Juan Carlos, Democracia y Derechos: Problemas de fundamentación del constitucionalismo, en Carbonell, Miguel y Garcia Leonardo (eds.), El canón neoconstitucional, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 316.

² Ibid, p. 331.

³ Ibid, pp. 324-325.

Por ello, como dice Sadurski, es que el desacuerdo entre la forma de articular el alcance y contenido de un derecho que beneficie a todos los individuos no es acerca de proteger minorías, sino acerca de una concepción de justicia.⁴

Esta última noción densa y considerablemente compleja no es objeto de estudio, pues basta decir que para efectos del trabajo esa concepción de justicia es el dilema filosófico y teórico de la tortura relacionado a sus condiciones de aplicación para los jueces.

En cierta manera, el método de resolución de aquel desacuerdo es el permanente pulso entre el constitucionalismo y democracia. Cuando los desacuerdos sociales y políticos se resuelven en clave democrática se entiende que serán resueltos por la regla de mayoría. Luego, en dicho contexto plural es donde un juez no electo revisa las decisiones que tomaron los representantes populares en temas de desacuerdos profundos (aborto, cuotas de género, eutanasia, debido proceso, etc.)

En desacuerdos profundos, existieron procesos democráticos complejos donde cada grupo discutió, canalizó una deliberación y alcanzó una votación, pero una vez con la decisión democrática llega al recinto de jueces irresponsables democráticamente—más no de la Constitución—donde definen qué es y qué no es el derecho bajo una concepción particular que se sostiene a través de postulados filosóficos internos o visiones del derecho.

Atinadamente Dworkin nos dice que los derechos en la práctica dependen fuertemente de las decisiones interpretativas que los jueces hagan en los tribunales⁵.

Ahora, la combinación de los dos modelos es lo que llamamos democracia constitucional. Este modelo contiene como elemento principal una Constitución que goza de una posición política de sobreposición en relación al mayoritarismo. La idea es limitar el poder político y generar un espacio alejado de la posibilidad de disposición de la ley.

Este modelo sustantivo insertado dentro de los textos constitucionales encuentra en su camino la objeción democrática⁶. Para la objeción democrática, el fortalecimiento del juez no deja espacio para que una sociedad ejerza la política pasando a ser súbditos de una judicatura no democrática, suprimiendo el principio democrático como actividad social autónoma⁷.

Para responder a esta objeción la teoría constitucional se apoya de la metáfora que mejor informa ésta concepción sustancial: Ulises y el canto de las Sirenas como mito fundante del constitucionalismo.

El Canto XII de la Odisea de Homero relata que Ulises—el héroe griego en la guerra de Troya— en su camino de regreso a Ítaca por la urgencia de ver a Penélope y proteger su trono

⁴ Wojciech, Sadurski, “Judicial Review and the Protection of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 22, 2002, pp. 275-276.

⁵ Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, op.cit, 14-15.

⁶ Esto es, cuando el representante popular combate la decisión del juez que controla e interpreta el texto constitucional, responsable frente a la constitución pero no frente a la democracia.

⁷ J.A. García, Amado, “Derechos y Pretextos”, *Elementos de crítica del neoconstitucionalismo*, en *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 254.

tenía que pasar por el camino de las sirenas; sin embargo, sostiene una conversación con los dioses griegos que le advierten del peligro de su canto hipnotizador. Ulises con conocimiento de causa colocó taponos con cera a los remadores y se hizo amarrar al mástil para seguir dirigiendo a la embarcación. Luego, ordenó a los marineros que por más que exigiera su liberación no lo hicieran. Una vez en el pasaje con las sirenas, Ulises queda hechizado y seducido, pero no se puede desamarrar y los marineros, tapados de los oídos, siguen remando sin poder escuchar el canto, una vez transcurrido el tramo llegan prósperamente a su destino.

Jon Elster identificó al mito como una estrategia del precompromiso, la cual tiene mucho esparcimiento en los constitucionalistas que intentan explicar el modelo de Estado Constitucional de Derecho. La idea central es una obligación previa a no tomar la decisión que más induce la pasión. Se presupone una lucidez alta y con decisiones racionales para efectos posteriores no deseados o repudiables. El constitucionalismo se obliga al momento de política extraordinaria (una reforma constitucional) para que en la política ordinaria, es decir en el juego de la democracia o de la mayoría de las pasiones, el precompromiso prevalezca y se reconozca que hay decisiones indisponibles o cartas de triunfo contra las mayorías. Este precompromiso es el elemento de rigidez material adherido al modelo del Estado Constitucional de Derecho. La intención es supraponer ciertos contenidos y hacerlos indisponibles.

En ese entendido, como bien informa el constitucionalista argentino Roberto Saba: “Decidimos constitucionalmente no torturar porque sabemos que en el futuro, cuando seamos eventualmente víctimas de una agresión atroz, estaremos tentados de recurrir a la tortura. Nuestras decisiones constitucionales nos protegen de nuestras decisiones futuras tomadas bajo condiciones excepcionales”⁸.

Ahora bien, el protagonismo judicial en materia penal ha sido visto como una amenaza para una democracia constitucional que mantenga abiertas las posibilidades tanto para el legislador como para el juez de aportar a la formación de un ordenamiento jurídico. Dice Zagrebelsky que, en efecto, puede existir un detrimento para la libertad de apreciación política del legislador, lo que puede generar un exceso de “juridificación” y “constitucionalización” de la vida política⁹. La pregunta obvia sería: ¿por qué debe prevalecer la concepción del juez en la temática de tortura en relación con el debido proceso?

Es mi pensar que la cuestión se inserta en un replanteamiento ideológico dirigido a fortalecer un Estado Constitucional de Derecho, es decir en un momento revolucionario de derechos humanos, por lo tanto se debe decidir en sede constitucional; ¿Por qué en sede constitucional? Si bien es cierto que es una discusión que aterriza en las facultades constitucionales y democráticas de un Estado, también lo es que las Cortes son las rectoras de los procesos, y la tortura como práctica sistemática impacta en éstos. También se puede responder a esta pregunta con las obligaciones internacionales que impactan a las tres ramas de gobierno,

⁸ Saba, Roberto, “Democracia y Constitución”, Clarin.com, Argentina, 2018, disponible en línea: https://www.clarin.com/opinion/democracia-constitucion_0_SJtBERMoG.html

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, “El derecho dúctil...”, cit., p. 153.

entre ellas la judicial. Ahí la pertinencia del tema a tratar, bajo el enfoque del rol que debe tomar la Suprema Corte.

Cabe recordar lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en el que resolvió que otorgar valor probatorio a declaraciones o confesiones obtenidas mediante coacción que afecten a un tercero constituye, a su vez, una infracción al derecho a un juicio justo¹⁰.

Sin alterar los principios estructurales de división de poderes y gobierno democrático, el juez debe ser el vigilante de los procesos judiciales; la tortura viola el debido proceso, genera evidencia auto-incriminatoria e incriminatoria, por tanto debe ser erradicada por quien la vigila. Es un presupuesto indispensable para el fortalecimiento democrático que las reformas en materia penal y constitucional suscitadas en nuestro país reclaman.

No sería exagerado pensar que puede surgir un argumento a favor de que las mayorías tengan el poder de decidir en materia penal. Bayón afirma que no necesariamente es malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría¹¹. Este análisis es importante cuando traemos a colación a las víctimas de un proceso penal quienes con el nuevo marco constitucional vigente están correctamente fijadas en un primer plano más activo al que tradicionalmente tenían.

Empero, por más plausible que esto sea, lo preocupante es un discurso que empieza a tomar fuerza en el medio jurídico mexicano que pareciera decir que a las víctimas se les quita cuando a los quejosos el juez constitucional les da. Una suerte de derecho a las víctimas para que los imputados sean torturados con tal de tener una reparación.

Complicado y preocupante, pues comienza a haber un consenso en esta posición, pareciera que para alcanzar justicia a las víctimas hay que torturar violando derechos de las personas detenidas. No dudo que de ponerse a consulta los derechos constitucionales de integridad física y debido proceso de las personas sujetas a un proceso penal muchas veces justificarían estas violaciones para poner remedio a este contexto de inseguridad pública en nuestro país.

Es paradigmático en este sentido Ferrajoli, quien se ha cansado de advertir sobre el peligro del “populismo penal” o política de derecho penal máximo¹² que se generaría de darse a las mayorías el poder de decidir en esta materia. De igual forma, Chemerinsky, advierte la dificultad de que las mayorías sean receptivas a derechos de personas privadas de libertad o que tengan sus derechos civiles vulnerados¹³.

Por último, Zagrebelzky, cuestiona ciertas afirmaciones dirigidas a señalar que la palabra del pueblo debería ser última en los castigos bajo la justificación de que aquélla es la esencia de

¹⁰ Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C No.220, párrafo 167.

¹¹ Bayón, Juan Carlos, *Democracia...*, cit., p. 325.

¹² Ferrajoli, Luigi, *Democracia...*, ob. cit., pp. 252-25

¹³ Chereminsky, Erwin, “*In Defense of Judicial Review: The Perils of Popular Constitutionalism*”, *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 688.

la democracia¹⁴. Su libro retoma como ejemplo el caso de Jesús de Nazaret y Pilato, en el que la muchedumbre reclamó que se liberase a Barrabás y crucificaran a Jesús. Concluye que el apelar al pueblo señala el paso del proceso a la política¹⁵. En este sentido es que se corrobora que la democracia no es buena para juzgar penalmente.

Es un hecho que la dignidad de las personas perseguidas y detenidas, así como la cultura de legalidad y derechos humanos en el debido proceso no se encuentran dentro del radar de la política ordinaria de nuestras autoridades ni mucho menos en los ciudadanos. Existe una injusticia institucionalizada. No podemos hacer nuestras las cuatro condiciones de un impulsor del constitucionalismo popular como **Jeremy Waldron**¹⁶ para dar deferencia al legislador en estos temas:

Las condiciones son: 1) instituciones democráticas en un razonable buen funcionamiento; 2) instituciones judiciales integradas por jueces no electos democráticamente y en razonable buen funcionamiento que afirmen el Estado de Derecho; 3) compromiso de la mayor parte de los miembros y funcionarios de la sociedad hacia la idea de los derechos individuales y de las minorías; y 4) desacuerdo persistente, sustancial, y de buena fe sobre esos dichos derechos entre los miembros de la sociedad comprometidos con la idea de los derechos.

Parece, bajo esta lectura, que la dependencia contextual es importante para expresar y justiciabilizar un derecho. Así pues, me parece que en un contexto de alta inseguridad donde el pueblo parece que exige la cárcel sin miras a un debido proceso es deseable un juez constitucional renuente al bullicio democrático alentador de pasiones y regateos políticos. Es necesario que el poder judicial continúe rompiendo la inercia de investigaciones y pruebas inconsistentes dentro del proceso penal con apoyo en la justicia constitucional.

En este sentido la Suprema Corte ha emitido varias tesis y jurisprudencias que han tomado esta pauta:

TORTURA. SU SENTIDO Y ALCANCE COMO PROHIBICIÓN CONSTITUYE UN DERECHO ABSOLUTO, MIENTRAS QUE SUS CONSECUENCIAS Y EFECTOS SE PRODUCEN TANTO EN SU IMPACTO DE VIOLACIÓN DE DERECHOS HUMANOS COMO DE DELITO.

TORTURA. CONSTITUYE UNA CATEGORÍA ESPECIAL Y DE MAYOR GRAVEDAD QUE IMPONE LA OBLIGACIÓN DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO BAJO LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES.

¹⁴ El libro analiza el caso de Jesús de Nazaret-Barrabás-Poncio Pilato y la relación entre bien y el mal, lo justo y lo injusto, lo verdadero y lo falso desde el punto de vista del pueblo en la muerte de Jesús. El autor cuestiona los hechos en el sentido de que una turba excitada de la sociedad invoca el <Crucifícale> y utiliza la muerte contra el rey de los judíos, incluso fuera del procedimiento legal debido (el equivalente estadounidense al estado de derecho).

¹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, "La Crucifixión y la Democracia", Ariel, Barcelona, 1996, pg 68.

¹⁶ Waldron, Jeremy, "The core of the case against judicial review", The Yale Law Journal, vol. 115, núm 6, 2006, p. 1360.

ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE.

Los casos emblemáticos son Acteal, Arzate, el ADR 1275/2014, Martin del Campo y Castañeda, en ellos se observa una tendencia al postulado progresista. Existe una preocupación genuina respecto a la problemática procesal de la prueba con origen ilícito y el consecuente origen de la regla de exclusión en el 2008, también, a partir de la influencia internacional, se plasmó un reconocimiento expreso de la tortura como una norma de carácter *ius cogens*; luego, se prescinde del estudio de la tortura en un sentido instrumental; y, por último, toma distancia de una verdad jurídica que esté relacionada con una confesión procedente de actos de tortura, es decir entiende al debido proceso como un derecho constitucional que no se sujeta a condiciones procedimentales.

Una Constitución debe brillar en tiempos de dificultad, donde más fácil sea perder el control se debe escuchar a quien limita y controla y no darle la espalda. Desde mi perspectiva, pareciera que existe un esfuerzo por polarizar los conceptos “seguridad” y “derechos humanos” en lugar de buscar su interdependencia. Es de extrema importancia diluir el falso dilema o los términos antitéticos entre ellos. Se debe decir—sin retrocesos o pausas—sin derechos humanos no puede haber seguridad, promover la seguridad es con derechos humanos.