

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA VIOLACIÓN A LA
CONVENCIÓN SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES
DEGRADANTES E INHUMANOS EN EL DEPARTAMENTO
DEL QUICHÉ**

MIGUEL ISAIAS PIRIR CULAJAY

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2014

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA VIOLACIÓN A LA
CONVENCIÓN SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES
DEGRADANTES E INHUMANOS EN EL DEPARTAMENTO
DEL QUICHÉ**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Por

MIGUEL ISAIAS PIRIR CULAJAY

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2014

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: MSc. Avidán Ortiz Orellana

VOCAL II: Licda. Rosario Gil Pérez

VOCAL III: Lic. Juan José Bolaños Mejía

VOCAL IV: Br. Mario Roberto Méndez Alvarez

VOCAL V: Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario

SECRETARIO: Lic. Luis Fernando López Díaz

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).



Lic. RUBEN DARIÓ VENTURA ARELLANO
ABOGADO Y NOTARIO

10ª. Av. 04-70 Zona 1

3er. Nivel

Tels. 22208386

Guatemala, C.A.

Guatemala, 05 de julio de 2013

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Pte.



Respetable Doctor:

De conformidad con el nombramiento emitido por esa unidad, procedí a asesorar el trabajo de tesis del estudiante **MIGUEL ISAIAS PIRIR CULAJAY**, intitulada **ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUETUDINARIO Y LA VIOLACIÓN A LA CONVENCION SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN DEPARTAMENTO DEL QUICHÉ**".

Al realizar la revisión de tesis sugerí algunas correcciones de tipo gramatical y de redacción, que consideré en su momento eran oportunas, para la mejor comprensión del tema que se desarrolla, por lo que informo a usted que:

1. En relación al contenido de la tesis, opino que cumple objetivamente con cada uno de los capítulos elaborados, pues los mismos fueron ampliados y redactados a fin de que sea fácil su comprensión.
2. Es importante el estudio del tema desarrollado, los conceptos y definiciones, el análisis jurídico doctrinario determina que en el departamento del Quiché se aplica el derecho consuetudinario, pero su mala aplicación a llevado a los juzgadores del derecho indígena a aplicar torturas y tratos indignos a las personas que juzgan, no dándoles oportunidad de defensas, el cual es uno de los principios consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala, por lo que cometen delitos que pueden ser perseguidos penalmente.
3. La metodología utilizada se dio a través de los método deductivo e inductivo, por el primero se obtuvieron propiedades generales a partir de las singulares, y por el segundo se obtuvieron propiedades particulares a través de las generales. Por el método analítico se descompuso el todo en sus partes para estudiar cada una de ellas con la finalidad de descubrir la esencia del problema. Por el sintético se enlazó la relación abstracta con las relaciones concretas de la investigación.
4. La técnica de investigación utilizada fue la documental y la bibliográfica, con las cuales se abarcó las etapas del conocimiento científico planteando el problema jurídico-social de actualidad y buscándole una posible solución.



Lic. RUBEN DARIÓ VENTURA ARELLANO
ABOGADO Y NOTARIO
10^a. Av. 04-70 Zona 1
3er. Nivel
Tels. 22208386
Guatemala, C.A.

5. El presente trabajo de tesis es un material de consideración actual y que aporta un conocimiento científico en lo referente a la aplicación del derecho consuetudinario.
6. En cuanto a las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y debidamente fundamentadas en congruencia con el tema investigado, por lo cual, brinda una valiosa contribución para el derecho. El presente trabajo de tesis es amparado por una bibliografía actual, en la que los autores son profesionales en la materia que se desarrolla en el presente trabajo.

En tal sentido, el contenido del trabajo de tesis me parece sumamente de actualidad, de esta cuenta el ponente cumplió con los requisitos establecidos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que deviene procedente emitir DICTAMEN FAVORABLE.

Sin otro particular me suscribo, atentamente,

Colegiado No. 3296

Lic. RUBEN DARIÓ VENTURA ARELLANO
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado No. 3296



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.
Guatemala, 03 de octubre de 2013.

Atentamente, pase a el LICENCIADO JOSÉ LUIS SOTO RAMÍREZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de el estudiante MIGUEL ISAIAS PIRIR CULAJAY, intitulado: "ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUEUDINARIO Y LA VIOLACIÓN A LA CONVENCIÓN SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN EL DEPARTAMENTO DE QUICHÉ".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título del trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual establece: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/yr.



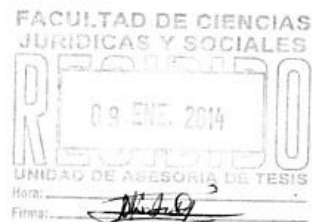


lic. JOSÉ LUIS SOTO RAMÍREZ

ABOGADO Y NOTARIO
10ª. Av. No. 04-70 Zona 1
Tel. 22208386
Guatemala, C.A.

Guatemala, 03 de enero de 2014

Doctor
Bonerge Amilcar Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Pte.



Estimado Doctor:

Hago de su conocimiento que procedí a revisar la tesis del estudiante Miguel Isaias Pirir Culajay, conforme el nombramiento que se me notificó en su oportunidad, de la intitulada **ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA VIOLACIÓN A LA CONVENCIÓN SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN EL DEPARTAMENTO DEL QUICHÉ**".

En tal sentido, procedo a hacer el análisis del trabajo revisado:

1. El contenido científico del trabajo de tesis se refiere al análisis de las penas impuestas por las personas que aplican el derecho consuetudinario en el departamento del Quiché, llegando a provocar tortura y degradar a la persona acusada de la comisión de un hecho considerado como falta o delito.
2. Los métodos de investigación utilizados fueron inicialmente el deductivo y posteriormente el inductivo, toda vez que se realizaron análisis de hechos particulares para llegar a conclusiones generales y viceversa. La técnica de investigación utilizada fue documental.
3. La redacción del trabajo fue analizada y en ese sentido se hicieron correcciones para hacer más entendible el contenido de fondo.
4. La contribución científica de la investigación se basa en hacer un análisis de los delitos que puedan cometer las personas que aplican el derecho consuetudinario, ya que las penas impuestas violan la Constitución Política de la República, el Código Penal y otros tratados sobre derechos humanos.



lic. JOSÉ LUIS SOTO RAMÍREZ

ABOGADO Y NOTARIO
10ª. Av. No. 04-70 Zona 1
Tel. 22208386
Guatemala, C.A.

5. El contenido del trabajo de tesis se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva. La metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía, son congruentes a los temas desarrollados dentro de la investigación.

Por lo tanto al haber finalizado la revisión del trabajo de tesis me permito emitir DICTAMEN FAVORABLE, en virtud que el mismo cumple con los requisitos exigidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Colegiado No. 1931



José Luis Soto Ramírez
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 02 de julio de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante MIGUEL ISAIAS PIRIR CULAJAY, titulado ANÁLISIS DEL DERECHO CONSUECUDINARIO Y LA VIOLACIÓN A LA CONVENCION SOBRE LA TORTURA Y OTROS TRATOS CRUELES DEGRADANTES E INHUMANOS EN EL DEPARTAMENTO DE QUICHÉ. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO/srrs.

Porreis



DEDICATORIA

- A DIOS:** Porque de Él emana la sabiduría, y en su infinita misericordia me ha permitido concluir uno de los mayores sueños de mi vida.
- A MI MADRE:** **Gregoria Culajay Chajón**, quien me entregó la esencia de su amor.
- A MI PADRE:** **Timoteo Pirir Culajay (Q.E.P.D.)**, con cariño.
- A MIS HERMANOS:** **Juana Rosario, María Luisa, Patrocinia Victoria, Marta Julieta, Armando, Jorge Vinicio, Rosa Linda Nicolasa**; por su apoyo.
- A MIS SOBRINOS:** **Josué Efraín, Jorge Samuel, Abner Saúl, Miriam Maribel, Roosmery, Abner Joel, Evelyn, Jonatán Manuel.**
- A MI AMIGO:** **Baltazar (Q.E.P.D.)**.
- A.** La gloriosa y tricentenaria **Universidad de San Carlos de Guatemala** y especialmente a la **Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**, forjadora de profesionales que han contribuido al desarrollo del país.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. El derecho consuetudinario.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Análisis.....	2
1.3. Estipulaciones.....	12

CAPÍTULO II

2. La tortura, tratos crueles e inhumanos.....	17
2.1. Antecedentes históricos.....	17
2.2. Definición.....	33
2.3. Análisis legal.....	36

CAPÍTULO III

3. Convenio contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Degradantes e Inhumanos.....	41
3.1. Estados partes.....	41
3.2. Efectos del convenio.....	42
3.3. Obligaciones de los Estados parte.....	42
3.4. Aplicación.....	43
3.4.1. Obligaciones de los Estados parte.....	43
3.4.2. Comité contra la Tortura.....	49

CAPÍTULO IV

Pág.

4. La violación a la convención contra la tortura en departamento del Quiché.....	53
4.1. El Quiché.....	53
4.1.1. Producción agrícola y artesanal.....	54
4.1.2. Generalidades.....	54
4.2. Lucha contra la tortura.....	57
4.3. La abolición de la tortura.....	58
4.4. Instrumentos jurídicos en materia de tortura.....	59
4.5. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...	67
4.6. Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.....	70
4.7. Constitución Política de la República de Guatemala.....	71
4.8. La tortura en la legislación nacional.....	73
4.9. Relación obligacional del Estado de Guatemala con la normativa de la Organización de Naciones Unidas.....	74
4.10. La tortura en el departamento del Quiché.....	81
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

Con fundamento en la Carta de la Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Degradantes e Inhumanos, se realiza un análisis de los alcances y consecuencias jurídicas que pueda tener la mala aplicación del derecho indígena, cuando viola pactos internacionales; los que precisamente fueron creados para su defensa.

Los juzgadores en el derecho consuetudinario imponen penas crueles e inhumanas; sin dar la menor posibilidad al sindicado para que se defienda; sin embargo, es necesario mencionar que el derecho de defensa se encuentra plasmado en la Constitución Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12, por lo que se viola el precepto constitucional que fue creado para aplicarse en la República y no sólo para ciertas personas o grupos. Esta garantía está regulada también el Código Procesal Penal en el Artículo 20, que establece el principio de defensa.

En la actualidad se ha hecho una mala aplicación del derecho consuetudinario, cuando se juzga a indígenas o integrantes de la comunidad, pues se les han impuesto penas que riñen con la moral y la dignidad del penado, pues se le obliga a desnudarse y cargar bultos de mucho peso, además de ser rapados y arrodillarlos sobre piedras, también de recibir azotes y retirarlos de sus comunidades, sin llevarse un procedimiento donde puedan defenderse y demostrar que no son culpables del delito que se les endilga, sin dárseles un período donde puedan probar lo contrario, y, es más, después de haber sufrido torturas y vejámenes se les consigna a un tribunal de orden común.

Con el análisis de las doctrinas de diferentes juristas y con leyes nacionales y convenios internacionales se comprobó la siguiente hipótesis: El derecho consuetudinario actualmente ha sido mal aplicado por algunas comunidades indígenas, al imponer sanciones o penas que violan los derechos humanos y los pactos y convenios internacionales sobre la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes contra quien se le indica de la comisión de un delito.

Por el análisis de convenios internaciones se alcanzó el siguiente objetivo general de la investigación: Establecer que la mala aplicación del derecho indígena viola los derechos humanos, convenios y tratados internacionales, al penalizar a la persona que supuestamente ha cometido un ilícito en el departamento del Quiché.

Esta investigación consta de cuatro capítulos: El primero se refiere al derecho consuetudinario, analizándose su definición y estipulaciones; el segundo, trata la tortura, tratos crueles e inhumanos, se estudian sus antecedentes y se hace un análisis jurídico; en el tercero, se desarrolla el Convenio contra la Tortura y otros Tratos Cruelles, Degradantes e inhumanos; y, el cuarto se basa en la violación a la Convención contra la Tortura en el departamento del Quiché.

Los métodos de investigación utilizados fueron: Sintético, analítico, inductivo y deductivo. La técnica de investigación utilizada fue al documental.

El presente trabajo lleva como fin, analizar y estudiar los tratos crueles e inhumanos que recibe el indígena al ser sancionado conforme el derecho consuetudinario, el cual ha sido deformado y en consecuencia se violan leyes nacionales e internacionales que protegen a la persona.

CAPÍTULO I

1. El derecho consuetudinario

1.1. Definición

“Derecho consuetudinario, o no escrito, es el introducido por la costumbre practicada por mucho tiempo”¹.

En consecuencia el “derecho indígena” o consuetudinario, es aquel que no está escrito y que la comunidad, el pueblo o el grupo social lo ha aplicado según las costumbres practicadas de mucho tiempo atrás.

El “derecho indígena maya”, es una parte integral de la estructura social y cultural del pueblo maya, por lo que su estudio es fundamental para conocer la cultura y particularidades de éste pueblo. Es un sistema jurídico porque contiene un conjunto de normas vinculadas lógicamente entre sí que surgen de la necesidad de establecer un orden social y de regular la conducta humana en el marco de las relaciones sociales; se puede afirmar también, que es un sistema jurídico a partir del concepto amplio o integrado del sistema jurídico que reza: “Es el conjunto de la visión del mundo que tiene un pueblo o varios pueblos de la humanidad, su manera de vivir y hacer su vida y su forma y manera de regular normativamente su existencia”².

¹ Sopena, Ramón. **Diccionario enciclopédico ilustrado Sopena**. Pág. 1338.

² Araoz Velasco, Raúl. **El sistema jurídico indígena y la costumbre**. Pág. 39.

Necesario es pues, identificar esas características o pautas que le dan vida como sistema jurídico. El hecho de que el derecho maya no esté codificado no implica necesariamente que se infiera a que es un derecho no escrito y que contrario a ello sea un derecho eminentemente oral.

Para Emmanuel Kant, al referirse al derecho, manifiesta “Responder esta pregunta, requiere abandonar por un momento los principios empíricos y buscar los orígenes de los juicios de la razón pura como único fundamento de toda posible legislación positiva, de lo contrario se seguirá desconociendo por completo cual es el criterio universal que permite discernir en general entre lo justo y lo injusto”³.

El derecho, es el sistema de normas fundadas en principios éticos susceptibles de sanción coercitiva que regula la organización de la sociedad y la reacción de los individuos y agrupaciones dentro de ella, para asegurar en la misma la consecución armónica de los fines individuales y colectivos.

1.2. Análisis

Antes de la llegada de los españoles existían pueblos indígenas con sistemas normativos, autoridades, instituciones y procedimientos propios para la regulación de su vida social y la resolución de los conflictos. Pasado el período cruento de invasión y conquista hubo un lapso de desorden que duró aproximadamente unos treinta años, tras el cual las autoridades españolas impusieron a los pueblos indígenas nuevas

³ Cerroni, Humberto. **Introducción a la ciencia de la sociedad**. Pág. 91

formas de organización social, de acuerdo a los intereses de la Corona Española, destruyendo su poder y cultura, considerándolos inferiores e incapaces de aprender los derechos naturales, de autogobierno, de conocer la ley humana y divina, de tener autoridades legítimas, etc., otorgándoles una tutela nombrando funcionarios de carrera venidos de España, quienes asumieron las funciones administrativas, de justicia y de defensa.

Sin embargo, les permitieron mantener autoridades, costumbres y procedimientos para la resolución de conflictos, en asuntos menores, pero siempre y cuando que esas costumbres y autoridades no contrariaran a la Corona y la religión católica.

Con el advenimiento de la independencia (1821) se pretendió desaparecer al indio y asimilarlo como mestizo. Se pretendió ignorar la diversidad cultural lingüística y jurídica construyendo una nación, una sola cultura (la occidental), una sola religión (la católica), un solo sistema de derecho y autoridad estatal, y la iglesia fue comisionada para hacer desaparecer los diferentes idiomas indígenas.

“El Derecho Consuetudinario Maya ha sido limitado, subordinado y no reconocido por el Estado. Sin embargo, a partir del proceso de paz firme y duradera se la ha dado una mayor importancia a la naturaleza multiétnica del país, y con ello abre la posibilidad de que los mayas ejerzan su derecho de usar su propia normatividad e institucionalidad legal. En este sentido, tanto los acuerdos nacionales como la ratificación de los internaciones marcan un primer paso para hacer posible una mayor autonomía cultural para los mayas, pero al mismo tiempo garantizar su mayor participación en el Estado

y en la sociedad guatemalteca”⁴.

En Guatemala existen dos normativas sociales y jurídicas, dos sistemas para el orden social nacional lo que los acuerdos de paz le llaman Sistema Nacional de Justicia, el derecho indígena maya, también llamado derecho consuetudinario indígena, y el sistema jurídico nacional vigente guatemalteco, ambos con sus propias construcciones iusfilosóficas pero en diferentes posiciones, uno el jurídico indígena maya, en su situación de subordinación frente al sistema jurídico nacional, que se encuentra en una situación de dominio, en virtud de su oficialidad legal y entonces se convierte en excluyente en cuanto a la validez dentro y frente al Estado, pero digno es reconocer que esta evolución social “los pueblos indígenas consideran no solamente como algo irrenunciable el seguir viviendo bajo sus propias formas e instituciones jurídicas, sino que incluso aspiran a poder seguir desarrollándolas dinámicamente”⁵.

Siendo por consiguiente labor fundamental de las ciencias sociales, especialmente la antropología jurídica, describir y analizar desde sus propios postulados, un derecho indígena o un sistema jurídico pero identificado y dibujado desde sus propios principios filosóficos y teleológicos, demostrando que el derecho indígena sigue su propia lógica y su propio desarrollo. La práctica cotidiana del derecho maya en las comunidades indígenas del país muestra la existencia de todos los elementos necesarios para considerársele o para reconocer que se está frente a un sistema jurídico de estructura propia.

⁴ Esquit, Edgar. **El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implantación de los acuerdos de paz**. Pág. 85.

⁵ Kuppe, René y Richard Pazst. **Antropología jurídica**. Pág. 41.

En este momento, las propuestas reivindicativas de los mayas en respuesta a la exclusión cultural y marginamiento existente buscan desarrollar un proceso democratizador que tenga en cuenta la diferenciación cultural y étnica. Desde principios de la década pasada (última del siglo XX) los mayas iniciaron con más fuerza un proceso de lucha reivindicativa, el cual se ha desarrollado desde múltiples perspectivas e intereses. Con los años, de acuerdo a condiciones nacionales e internacionales, se han fortalecido una serie de instituciones que plantean formas diferentes de abordar el problema de la multietnicidad existente. Existen en la actualidad, sin embargo, dos tendencias fundamentales que perfilan intereses diversos pero no contrapuesto entre los indígenas.

La primera es conocida como de las “organizaciones populares” y pretende reivindicaciones puntuales relacionadas a la vigencia de los derechos humanos y el acceso a los recursos importantes como la tierra, el salario y mejores condiciones de vida de los indígenas, pero en general de todos los campesinos y las clases desposeídas. Estas organizaciones surgen a partir de las secuelas dejadas por la violencia política vivida en el país a principios de la década pasada (última década del siglo XX).

El otro sector de organizaciones tiende a plantear reivindicaciones muchos más culturalistas o de revitalización étnica, aunque tampoco abandonan intereses primordiales como la tenencia de la tierra y los derechos humanos, pero siempre desde una perspectiva que pretende ser propia o maya. Estas organizaciones surgieron a mediados de la década de los años ochenta y han tenido desde entonces una amplia

difusión y desarrollo en sus planteamiento reivindicativos.

Resulta evidente la existencia de un pluralismo legal en Guatemala, constituido por el derecho estatal, el derecho consuetudinario y los sistemas normativos que utilizan los otros grupos culturales existentes en el territorio. Junto a esto, también resulta claro que el derecho utilizado por los mayas está estigmatizado ideológicamente y es ignorado en el actual ordenamiento constitucional del país.

A la par de todo esto, el sistema legal guatemalteco, presenta serias fallas que se evidencian en la falta de confianza que la población manifiesta al sistema de justicia estatal. Los señalamientos de la ineficiencia se hacen visibles en la corrupción, la lentitud en el funcionamiento de los tribunales, el difícil acceso al sistema, por razones estatales como: la reducida cantidad de tribunales, el costo económico y el analfabetismo de la mayor parte de la población. Junto a ellos se puede agregar la pobre calidad de las decisiones judiciales y la poca capacidad técnica de buena parte del personal asignado para las tareas administrativas y judiciales, aunque el último considerando y el Artículo 1 de la Ley General de la Carrera Judicial (Decreto 41-99 del Congreso de la República), establecen los fines y el objeto de la creación de la misma.

Es claro entonces que el derecho nacional a la par de excluir a las otras formas legales existentes, presenta serias deficiencias que dificultan el desarrollo de condiciones óptimas para la convivencia social. El autoritarismo que ha prevalecido en Guatemala ha dado soluciones forzadas a los conflictos individuales y sociales y de esta forma ha limitado también el actuar de los órganos autorizados para impartir justicia. Todo esto

último, también ha sido transmitido a la población pues en muchos momentos las diferencias individuales y colectivas son resueltas mediante fórmulas violentas (como es el caso del fenómeno de los linchamientos).

Pero la ineficiencia del sistema de justicia no se puede ver como un fenómeno aislado. Existen otras condiciones como la pobreza y el analfabetismo que limitan un buen desarrollo de la tarea judicial y del acceso de la persona a los tribunales. Todo esto trae consigo la percepción de que el sistema también es defectuoso porque no toma en cuenta la diversidad cultural y no hace uso de las formas alternativas existentes en Guatemala.

Para incursionar al Derecho Consuetudinario es necesario considerar varios aspectos científicos sociales, fundamentalmente del que hacer filosófico que en consecuencia analiza que abarca varias disciplinas relacionadas con el tema, no es posible abordar la temática del Derecho Consuetudinario sin antes hacer un análisis desde el punto de vista sociológico, histórico y antropológico de la realidad colectiva social de un grupo determinado.

Los derechos indígenas son derechos colectivos, de pueblos. Cuando se habita un Estado, no se está diciendo que éstos tenga más derechos individuales que el resto de la población no disfruta, sino que se les respeten los que les corresponden como miembros de tal Estado, conjuntamente con aquellos que les son inherentes como pueblos indígenas, portadores de una cultura diferente a los demás, es la fuente de donde emanan tales derechos.

Es necesario aclarar qué se entiende por pueblo indígena, como categoría jurídica y ente colectivo sujeto de derecho, señalando los rasgos específicos del pueblo indígena para delimitarlo como titular de derechos que no corresponde a quienes no reúnan los atributos requeridos para ello.

La discusión sobre lo que se debe entender por pueblos indígenas abarca muchos y muy variados aspectos. Comienza desde la misma designación, pues para esto se han utilizado diversos vocablos, todos distintos y a veces encontrados, entre los cuales son más comunes los de “indígenas”, “indios”, “grupos tribales”, “minorías culturales”, “minorías nacionales”, etcétera. En cuanto a la diversidad de criterios se han tomado en cuenta para identificarlos y distinguirlos tanto entre ellos como de quienes no lo son, se pueden establecer tres puntos de vista diferentes, a saber: los que se han formulado desde las Ciencias Sociales, principalmente la Antropología; los elaborados por los propios indígenas y los que provienen de organismos internacionales, algunos de ellos teniendo como fuente documentos jurídicos.

Los indígenas, según las Ciencias Sociales, en Guatemala desde inicios del siglo XX, los antropólogos iniciaron una discusión sobre la conceptualización del indígena, resaltando algunos de los rasgos característicos, polémica que duró más de medio siglo porque cuando algunos creían haber encontrado una definición aplicable a todos los grupos étnicos, otros descubrían que les faltaban rasgos fundamentales que no habían sido tomados en cuenta.

Uno de los primeros elementos que se utilizaron para diferenciar a los indígenas de

quienes no lo son fue su constitución biológica, posición que pronto fue desechada por desafortunada, pues además de resultar altamente racista se enfrentó al ineludible problema de no poder identificar por ese medio como indígenas a aquellas personas que habían experimentado alguna mezcla con otro grupo étnico o con personas ajenas a ellos, excluyendo por ese solo hecho muchas personas y grupos de ser considerados como tales, a pesar de conservar todos sus demás rasgos que los identificaban como descendientes de culturas precolombinas y que mantenían el sentido de pertenencia a su grupo y este los reconocía como parte de ellos.

Otro criterio por el cual se les trató de caracterizar fue el lingüístico, pero tampoco resultó eficaz, porque al igual que el primero fue reduccionista, por lo que no pudo resolver el problema de muchas personas que sin ser indígenas hablan alguna lengua originaria de éstos por haberla adquirido de alguna manera y, al contrario, también topó con personas que siendo indígenas habían perdido el dominio de su lengua nativa pero conservaban los demás rasgos característicos de su grupo y este los seguía aceptando como parte de él. No obstante esto, para el gobierno mexicano sigue siendo el elemento central para contabilizar su población indígena por la dificultad que presenta utilizar otro tipo de parámetros para ello.

Un criterio que corrió con más suerte que los anteriores fue el cultural, identificando este vocablo con cultura prehispánica o, por lo menor, ajena a la cultura occidental. Así, se identificó como indígena a aquellas personas o grupos de personas que teniendo antecedentes previos a la conquista y colonización de las tierras americanas, a la época de la independencia todavía conservaban, si no todos, la mayoría de ellos.

Juan Comas, manifiesta “Son indígenas quienes poseen predominio de cultura material y espiritual peculiares y distintas de las que se han dado en llamar cultura occidental”⁶.

Por su parte Manuel Gamio, dice “Propiamente un indio es aquel que además de hablar exclusivamente su lengua nativa, conserva en su naturaleza, en su forma de vida y de pensar, numerosos rasgos culturales de sus antecesores precolombinos y muy pocos rasgos occidentales”⁷.

Alfonso Caso, estipula “Se denomina indios o indígenas a los descendientes de los habitantes nativos de América, a quienes los descubridores españoles, por creer que habían llegado a las indias, llamaron indios, que conservan algunas características de sus antepasados en virtud de las cuales se hallan situados económica y socialmente en un plano de inferioridad frente al resto de la población, y que, ordinariamente se distinguen por hablar la lengua de sus antepasados, hechos que determinan el que éstas también sean llamadas lenguas indígenas”⁸.

Los científicos sociales también han buscado una definición de lo que hay que entender por indígenas, según la concepción de los propios indígenas. En efecto, tanto en México como en latinoamérica, los propios pueblos indígenas, sea de manera colectiva o a través de sus representantes, se han preocupado por desentrañar los rasgos característicos que los identifiquen entre sí y los distinguan de quienes no lo son. Esas características definitorias de sus rasgos particulares algunas veces se han

⁶ Comas, Juan. **Razón de ser del movimiento indígena**. Pág. 93.

⁷ Gamio, Manuel. **Países subdesarrollados**. Página 125.

⁸ Caso, Alfonso. **Definición del indio y lo indio**. Pág. 89.

elaborado como producto de reflexión colectiva, otras asumiendo una posición política frente a los no indígenas y unas mas como reflejo de una visión particular.

El Segundo Congreso Indigenista Interamericano, celebrado en Cuzco, Perú, en el año de 1949, en la resolución número 10, definió al indio de la siguientes manera “El indio es el descendiente de los pueblos y naciones precolombinas que tiene la misma conciencia social de su condición humana, asimismo considerado por propios y extraños, en su sistema de trabajo, en su lenguaje y en su tradición, aunque estas hallan sufrido modificaciones por contactos extraños”.

El Consejo Indio de Sudamérica (CIS), por su parte da la siguiente definición: “Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este Continente: tenemos una historia común, una personalidad étnica propia, una concepción cósmica de la vida y como herederos de una cultura milenaria, al cabo de quinientos años de separación, estamos nuevamente unidos para encabezar nuestra liberación total del colonialismo”⁹.

El Parlamento Indio Americano del Cono Sur, en el año de 1974, en la declaración sobre su identidad, manifiesta lo siguiente: “Nosotros, como pueblo indio, somos una personalidad de conciencia étnica, herederos y ejecutores de los valores culturales de nuestros milenarios pueblos de América, independientemente de nuestra condición de ciudadanos de cada Estado”.

⁹ Stavenhagen, Rodolfo. **Derecho indígena y derechos humanos en América Latina**. Pág. 136.

1.3. Estipulaciones

En Guatemala existen dos normativas sociales y jurídicas, dos sistemas para un orden social nacional, lo que los acuerdos de paz le llaman Sistema Nacional de Justicia o Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, el Derecho Indígena Maya, llamado también Derecho Consuetudinario Indígena y el sistema jurídico nacional vigente guatemalteco, ambos con sus propias construcciones iusfilosóficas, pero en diferentes posiciones, uno el sistema jurídico indígena maya, en una situación de subordinación frente al sistema jurídico guatemalteco que se encuentra en una situación de dominio en virtud de su oficialidad legal y entonces se convierte en excluyente en cuanto a la validez dentro y frente al Estado; pero digno es reconocer que en esta evolución social los pueblos indígenas consideran no solamente como algo irrenunciable el seguir viviendo bajo sus propias formas e instituciones jurídicas, sino que incluso aspiran al poder seguir desarrollándolas dinámicamente.

Siendo por consiguiente labor fundamental de las ciencias sociales especialmente la antropología jurídica, describir y analizar desde sus propios postulados, un derecho indígena o un sistema jurídico indígena como identificado y dibujado desde sus propios principios filosóficos y teleológicos, demostrando que el derecho indígena sigue su propia lógica y su propio desarrollo. La práctica cotidiana del derecho maya en las comunidades indígenas del país muestra la existencia de todos los elementos necesarios para considerársele o para reconocer que está frente a un sistema jurídico con estructura propia.

Los Acuerdos de Paz establecen que para tener verdadero derecho a la justicia se deberá hacer por tres elementos:

- a. Reconocer la propia justicia indígena.
- b. Acceso a la justicia estatal reformada.
- c. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

Los Acuerdos de Paz, sobre todo el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen que se reconozca legalmente éste derecho. Para que haya verdadero reconocimiento del derecho indígena hay que reconocer tres elementos:

- a. El reconocimiento de la preexistencia del derecho indígena. Esto significa que se tiene que reconocer que hay un derecho indígena que está operando, que está funcionando. Hay un principio jurídico que dice: “no puede haber castigo sin ley previa”.

Según los Acuerdos de Paz, el Estado tiene que reconocer que hay un derecho que ese derecho está establecido. Se reconoce que existe desde hace siglos y lo más interesante es que la Legislación Colonial lo reconoció legalmente.

Las llamadas leyes de indias reconocían el derecho indígena que operaba en Guatemala; éste se dejó de reconocerse con la Constitución de 1824, que fue la primera Constitución que se tuvo en la época independiente; en esta desconoció el reconocimiento del derecho indígena, ahí se acabó el reconocimiento del idioma. Un

decreto de la Asamblea Constituyente de 1824, manifiesta que deben desaparecer los idiomas indígenas en Guatemala, porque son causa del atraso del país y se encarga a los señores curas de la iglesia católica para que promuevan la desaparición de esos idiomas, premiándose con los mejores curatos, las mejores parroquias, las más prósperas.

Tan difícil era la situación de los indígenas en la época de la independencia, y después de la misma, que en 1839 la Asamblea Constituyente volvió hacer vigentes las Leyes de Indias, menos aquello que implicara pérdida de la independencia.

De lo anterior se demuestra que el derecho indígena ha existido por siglos, y ha sido reconocido por el Estado colonial y por el Estado independiente, por épocas. Debe haber un reconocimiento estatal de la existencia previa del derecho indígena.

- b. Reconocimiento del sistema de autoridades que lo aplica. No puede aplicar el derecho indígena quien no lo conoce, es decir, que una autoridad como un alcalde auxiliar, el juez de paz o de instancia, o cualquier otra persona que pueda tener un cargo en la administración pública no podría aplicar este derecho por no conocer el calendario sagrado, la cultura indígena.
- c. Reconocerle constitucionalmente la facultad de juzgar, que no es solo el arreglo, conocer de un delito y aplicar una pena que es obligatoria para el que es sometido a ese tribunal. Otra cosa son los mecanismos alternativos de solución de conflictos, esto es arreglo entre particulares.

Los fundamentos de derecho a la propia justicia indígena, se encuentran en el Convenio 169, en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, que es el reconocimiento de normativa consuetudinaria, autoridades y procedimientos indígenas.

Los Acuerdos de Paz establecen que debe existir el acceso a la justicia estatal, que sea garantista, pluricultural, multilingüe, eficiente y honrada. Lo cual está establecido en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, (ratificado por el Estado de Guatemala, en la ciudad de México el 31 de marzo de 1995), al manifestar el derecho de defensa, jueces bilingües, intérpretes, peritaje cultural.

Con la firma de los acuerdo de paz, y específicamente del Acuerdo Sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, por primera vez en la historia el Estado guatemalteco se compromete a efectuar las reformas constitucionales y secundarias necesarias para reconocer los derechos de los pueblos indígenas a ejercer sus propias formas de derecho. Aunque indudablemente se ha hecho algunos avances en este proceso, todavía existe mucha confusión y falta de conocimiento acerca de qué es exactamente el derecho consuetudinario indígena, como se manifiesta en la actualidad en Guatemala, y la manera concreta en que podría ser incorporado al sistema legal nacional.

La reforma a la justicia, exigida en los acuerdos de paz, ha creado una discusión sobre la mala calidad de justicia en Guatemala y la importancia de que ésta tenga un giro profundo hacia el cambio. Esos cambios exigidos involucran una mayor eficiencia del

sistema y el reconocimiento del pluralismo legal en el país. De esta suerte la comisión de fortalecimiento de la justicia en Guatemala, ha presentado un informe que propone recomendaciones importantes para mejorar el sistema.

En tal virtud los Acuerdos de Paz han fortalecido el derecho de los pueblos indígenas, los cuales han quedado plasmados en los mismos, pero es necesario que se pongan en práctica y se cumplan con las estipulaciones y los compromisos correspondientes, aunque la población haya rechazado a través de la consulta popular la reforma a la Constitución.

CAPÍTULO II

2. La tortura, tratos crueles e inhumanos

2.1. Antecedentes históricos

La tortura es una práctica que es difícil de rastrear en su origen, toda vez que su antigüedad se remonta al momento en que en el hombre nace el sentimiento de dominar a otro hombre, por lo que su origen se pierde en la historia de la humanidad.

El término tortura ha sido definido por diversos autores dependiendo del momento histórico, social y político en que se encuentren, sin embargo, en todas las épocas su estudio ha resultado cuestionable, porque no solamente basta con señalar que la tortura es un acto por el cual se produce dolor corporal a la víctima, sino que es necesario, además, profundizar en las causas generadoras de la misma con el objeto de proponer alternativas de prevención y erradicación desde una perspectiva crítica y realista, sin olvidar que en la tortura se encuentra implícito el desarrollo social de la humanidad.

Aparece en los diferentes grupos humanos en el curso de la historia, ya sea por razones de índole social, político, jurídico o religioso. Históricamente la imposición de penas como producto de un incipiente sistema penal, tiene sus orígenes en la época antigua, surge con las primeras manifestaciones del ser humano por agruparse y de ejercer poder o dominación sobre las demás personas, formando clanes o tribus, donde

la ley del talión o la venganza privada predominaba en la fase evolutiva de los grupos sociales durante este proceso del derecho penal o punitivo. La idea del Tótem era la base principal del desarrollo de las primeras agrupaciones del ser humano, uniones que se dieron por necesidades e intereses de preservación y protección contra el temor a lo desconocido, e indudablemente, por la incesante búsqueda del poder como medio de dominación social. Aún cuando no se ha comprobado que la naturaleza humana obligaba a los pueblos de esa época a buscar formas de castigo para calmar la furia de la naturaleza, quizás en muchas ocasiones el castigo era injustificado, y al excederse el ejercicio del poder originó la imposición de lesiones corporales.

Se debe recordar que ciertos miembros del clan o tribu realizaban acciones que provocaban la furia de aquello que les era desconocido, de tal forma que para evitar lo inexplicable y sobrenatural era necesario imponer un castigo en nombre de lo que no tenía explicación, en consecuencia, para que lo desconocido no desencadenara su ira sobre estos grupos, se debería extinguir la misma a través del castigo, por esta razón, la historia del ser humano es la historia del ejercicio o uso excesivo del poder en la que se manifestaron, aun en la actualidad, rasgos religiosos.

Posteriormente, los pequeños grupos se unen con otros en forma semiorganizada, pero sin entrar en polémica respecto de la forma de organización de éstos primeros grupos humanos, resulta importante mencionar que estos grupos o tribus primitivas estaban impregnados de misticismo religioso, y durante esta etapa surge la venganza privada, época donde la pena se caracterizaba por la venganza que en muchas ocasiones se extendía hasta los miembros de las familias, e inclusive, se llegaba a la total extinción

del clan o tribu, donde el sufrimiento que se provocaba o se imponía a la persona, presuntamente responsable del daño cometido, era como una retribución hacia el agraviado.

Según relato de la mitología griega, como evidencia de la tortura desde tiempos remotos, Procrustes fue un ladrón que, dos mil años antes de Jesucristo, torturaba a sus víctimas infligiéndoles dolor al acostarlos en camas diferentes a su estatura. A los grandes les acostaba en pequeñas camillas y para que dieran el tamaño les cortaba los pies; a los pequeños en grandes camas y los estiraba hasta matarlos. Por esto último le apodaron “el estirador”.

En la época romana imperial, sin embargo, la tortura se empleaba por orden del emperador cuando se trataba de obtener una prueba acerca de un crimen de *lesa majestas* (ofensa a la autoridad). Cicerón y otros romanos ilustres siempre condenaron la práctica de la tortura. En algunos códigos hindúes se establecía que la forma de convencer al marido celoso sobre la fidelidad de su cónyuge consistía en que la esposa pasara a través del fuego de una hoguera. La ausencia de quemaduras era prueba de su fidelidad, mientras que la presencia de las mismas demostraba que era culpable. En la obra de arte titulada “El Martirio de Santa Eulalia”, pintada por Bernat Martorell y que se conserva en el Museo Episcopal de España, el pintor gótico catalán recrea las torturas a que fue sometida la santa patrona de Barcelona en el año 305.

“Unida a la evolución de la humanidad, aproximadamente en el siglo XII o XIII, surge en Europa el cristianismo como instrumento de dominación social y con ello el florecimiento

de la tortura como medio de prueba en materia punitiva, la cual se fue institucionalizando y legitimando a través de regulaciones normativas. El Papa Inocencio IV, dictó un decreto en 1252 que influyó en la adopción de los métodos de tortura en los tribunales para la obtención de confesiones, ya fuera acerca de actos de herejía imputados al torturado o se tratara de los atribuidos a terceras personas. Durante la Santa Inquisición, la tortura era llevada a cabo por ejecutores públicos que utilizaban métodos no muy diferentes de los empleados por los tribunales civiles de la Nueva España y del Imperio Español”¹⁰

Para el siglo XVI, los grandes descubrimientos y la apertura comercial generaron, como consecuencia, la necesidad de nuevas formas de producción tendentes a fortalecer el naciente Estado y la sociedad moderna, regulada por reglas o normas jurídicas. Al respecto Sánchez Sandoval, señala: “Pero con los grandes descubrimientos del siglo XVI y la expansión del mercantilismo, se desmoronaron los sistemas feudales de sujeción de los siervos a la tierra que aseguraban la economía de autoconsumo y se produjo su migración hacia las ciudades. Al dispersarse los hombres por toda Europa y perder los señores su dominación inmediata, fue necesario inventar una justificación ideológica que permitiera el control de aquellos a la luz de las nuevas circunstancias”¹¹.

Esta evolución de dominación y de poder determinó en la época feudal, entre otras cosas, el fortalecimiento de la tortura como parte de la aplicación de sanciones penales, sin que dentro de las leyes penales la tortura fuese contemplada como un delito, por el

¹⁰ Academia Mexicana de Derechos Humanos A. C. **Instrumentos europeos de tortura y pena capital**. Pág. 5.

¹¹ Sánchez Sandoval, Augusto. **Derechos humanos, seguridad pública y seguridad nacional**. Pág. 12.

contrario, se considero como un medio para redimir los pecados cometidos por los presuntos delincuentes, debido a que en los reinos de la época feudal la iglesia católica ejercía gran influencia, prácticamente total.

La aplicación de la tortura fue legitimada a través de la leyes eclesiásticas y penales, la cual se basó en la creencia de la legalidad de las reglas establecidas para la sociedad y del supuesto derecho absoluto que la autoridad tenía para emitir órdenes. La iglesia ejerció poder y dominio, señalaba las penas que se debía imponer a aquellos que transgredían las disposiciones de una aparente armonía social, pero la historia ha demostrado que en la edad media los que pugnaban por la religión cristiana o iglesia católica (reyes y señores feudales), eran quienes violaban los derechos de los pueblos que se encontraban sujetos al dominio territorial y económico de quienes detentaban el poder, y lógicamente, se fortaleció el control social que ejercía la iglesia católica. Resulta importante destacar que la Iglesia Católica fue la institución que dio al mundo los inventos más novedosos destinados a la tortura, instrumentos empleados para demostrar dominio y poder.

El Papa Gregorio IX, en 1231, a quien se le atribuye la creación de la Santa Inquisición, concibió a la tortura como el medio probatorio de mayor eficacia para conocer la verdad de un pecado cometido por cualquier persona, era entonces, el medio más eficaz para mantener el poder de la iglesia sobre aquellos que amenazaban sus intereses. En España, esta institución se estableció en el año de 1478 con el objeto de eliminar a los judíos y musulmanes, así como también, para todas aquellas personas que aún cuando fuesen católicos, se salieran del orden establecido por la iglesia.

La práctica de la tortura sirvió como instrumento para hacer confesar a quienes eran acusados de hechos que, con frecuencia, les eran imputados sin haberlos cometido y el castigo era tan cruel que llegaba a producir la muerte del detenido. Los medios remisivos eran aplicados gradualmente, es decir, que dependían de la acusación y del pecado cometido por determinada persona, así previa valoración hecha por los sacerdotes que formaban el Tribunal de la Santa Inquisición, iban desde los golpes hasta la muerte.

De lo expuesto se puede inferir que la tortura surge impregnada de religiosidad y como medio de apoyo para conocer la verdad sobre un hecho, probablemente, cometido por la persona. El tormento era producido por tracciones o compresiones con diferentes instrumentos inventados para provocar acciones eminentemente lesivas con el fin de ocasionar en la víctima dolor y sufrimiento, hasta lograr quebrantar la resistencia física y psicológica de la persona sometida y obtener de ella una confesión o declaración respecto a un hecho. Pero no siempre se buscó hacer confesar a una persona respecto de un delito, también era aplicado a aquellas personas que estaban ideológicamente en contra del rey, de las leyes y de la iglesia, así como también en contra de quienes eran acusados de herejía, hechicería, etc. En la mayoría de los casos, sólo bastaba una denuncia anónima para que la Iglesia, a través de la Santa Inquisición, procediera a procesar al detenido, fuese o no culpable, lo importante era redimir el pecado cometido por medio del dolor y el sufrimiento.

“Las penas corporales, prácticamente desaparecidas en las modernas legislaciones, gozaron de gran difusión en el derecho punitivo del antiguo régimen y su nacimiento se

remonta a los primeros momentos de la Humanidad. Durante muchas centurias formaron –con la pena de muerte- la base de la penalidad de todos los países. El repertorio de las penas de esta naturaleza en el devenir de los siglos es muy variado: la flagelación, la ruptura de miembros, el arrancamiento de cuero cabelludo, las mutilaciones de dedos, manos, pies, etcétera. Conviene precisar, sin embargo, que muchos de los crueles tormentos con que el hombre ha martirizado a sus semejantes a través de los tiempos no tenían carácter de pena en sentido estricto. En ocasiones, el tormento no era más que un medio procesal utilizado para arrancar una confesión, ya que ésta era considerada como la reina de las pruebas; otras veces, no era más que concreta expresión de refinada crueldad con la que se buscaba una aflicción mayor para los condenados a otras penas, la capital sobre todo”¹².

Cesar Beccaria, critica con severidad los abusos de la ley criminal, especialmente con la tortura, y señala que: “Son inútiles los tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados. Pero yo añado que es querer confundir todas las relaciones pretender que un hombre sea al mismo tiempo acusador y acusado, que el dolor sea el crisol de la verdad, como si el juicio de ella residiese en los músculos y fibras de un miserable”¹³.

En referencia a los actos de tortura que durante el siglo pasado se cometieron en nuestro país, el autor Alejandro Rodríguez, expreso: “La tortura en Guatemala se siguió

¹² Landrove Díaz, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. Pág. 42.

¹³ Beccaria, César. **Tratado de los delitos y de las Penas**. Pág. 61.

dando de forma más o menos abierta por parte de las fuerzas de seguridad del Estado. Algunas de las celdas donde se practicaba la tortura eran infaustamente famosas, como la Tigra, y las Cuadras. Todos los intentos de suprimir la tortura han fracasado desde Méndez Montenegro. Durante los primeros meses de su período presidencial se hicieron promesas públicas de que se realizaría una reforma profunda del sistema policial y que se tomarían pasos efectivos para erradicar la tortura en el país”¹⁴.

En la Grecia antigua se estableció el suplicio de Tantalio, mediante el cual se dejaba morir de hambre a las personas, sentados frente a mesas llenas de comida. Otros pueblos torturaban a sus víctimas haciéndolos comer en exceso. Es basta la descripción que se puede hacer de las diversas formas de tortura que fueron utilizados por los pueblos en la antigüedad, y ello permite afirmar que la inteligencia humana es infinita en la creación de formas de tormento. La tortura, en sus principios, tenía como objeto obligar a que la persona hiciera confesión de sus crímenes.

Como ejemplos de tortura que se exteriorizan en las letras griegas y que en esencia representan el pensamiento griego, Pelcastre Vásquez expone: “... en las comedias de Aristófanes esta presente el elemento de la tortura, pues sus piezas, aparentemente llenas de jocosidad y sátira desbordada, encierran una radiografía bastante fiel del comportamiento de los atenienses de los siglos IV y III A.C., época culminante de la cultura griega”¹⁵.

¹⁴ Rodríguez, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994–1998**. Págs. 97.

¹⁵ Pelcastre Vásquez, José Juan. **Algunas consideraciones jurídicas respecto a la legislación nacional en materia de tortura**. Pág. 39.

En Roma, durante la República y el Imperio, desde el período monárquico entre los siglos VIII y VI A.C., se realizaban procesos de tipo acusatorio y al igual que en la polis griega, "la tortura sólo se empleaba con los esclavos y los extranjeros, y la justificaban con los mismos argumentos que los griegos: solamente los hombres libres gozaban de calidad moral y civil, por lo tanto era posible dar crédito a su palabra durante un juicio sin la necesidad de torturarlos. Pero a diferencia de los griegos, los romanos no aplicaban la tortura sólo como pena, es decir, luego de que era dictado un veredicto que declaraba culpable al acusado. En Roma se torturaba a esclavos y a bárbaros (extranjeros) bajo el argumento de *inquisitio veritatis per tormento*, que significa "investigar la verdad mediante la tortura".

Este hecho vino a marcar un cambio importantísimo en su práctica, ya que se asistía al nacimiento de la tortura como medio para lograr la confesión necesaria para inculpar al enjuiciado. O sea, que la tortura en este caso no era un castigo promovido por la culpabilidad, sino un castigo previo al probable castigo. Al tormento aplicado durante un juicio los romanos le llamaron *questio*, y las confesiones de los esclavos y extranjeros carecían de valor legal si no eran obtenidas por medio del castigo físico. Otra diferencia con respecto a los griegos era que, además de públicamente, se podía torturar en privado; la tortura pública era supervisada por el *quaesitor* y ejecutada por el *tortor*; podía realizarse en casa del dueño de los esclavos en presencia de las partes y de siete testigos, en tanto que la privada era permitida a los dueños de los esclavos en caso de conflictos domésticos, aunque esta modalidad comenzó a desaparecer a partir de la República y prácticamente quedó suprimida durante el Imperio. A partir del siglo II A.C., el proceso romano se alteró notoriamente al ser responsabilidad de los jueces la

instrucción preliminar, la cual era secreta y por escrito. Con ello se inauguró el sistema de tipo "inquisitivo" y fue posible entonces someter a tortura a los acusados de crimen majestatis, siendo personas libres de nacimiento.

Esto se debió a que el crimen político o de Estado, comenzó a tomarse como sacrilegio ante el cual no era posible ofrecer garantías ni ponerse límites a su castigo si se deseaba conservar la integridad y el poder del Imperio. A partir de ese momento se fue generalizando, en todos los procesos y ante cualquier delito, el uso de la tortura para obtener una confesión, llegándose al extremo de torturar incluso a los testigos. Tales excesos trajeron como consecuencia reacciones en contra de la tortura por considerarla ineficaz para los fines que perseguía”¹⁶.

En los sistemas jurídicos Bárbaros la tortura fue reglamentada, especialmente, por dos leyes que fueron, La Lex Wisigothorum, y La Lex Francorum Saliorum.

La Lex Wisigothorum fue una de las leyes que llegó a instituir la tortura, empleando tres clases, según fuera aplicada a un hombre libre, a un emancipado o a un esclavo, fijaba reglas especiales para cada uno de ellas, basada en las diferencias sociales.

Un hombre libre, no podía ser sometido a tortura sino después de haber sido examinada la acusación por el conde o por el juez. Además la tortura no podía aplicarse sino presenciándola por gente honesta, en concepto de testigos, y tampoco

¹⁶ **Ibíd.**

podía ser aplicada hasta ocasionar la muerte ni estropear ningún miembro del cuerpo del reo.

La duración máxima de la tortura no podía exceder de tres días. En caso de morir el reo durante la tortura, el juez era entregado a los parientes del muerto para que ejecutarán en él la venganza de igual modo.

La organización social y jurídica de los godos, hacía distinción entre los hombres libres inferiores y los más humildes, esto es, estaban comprendidos bajo las referidas denominaciones, los hombres libres que tenían poca o ninguna fortuna y los que se hallaban, en general, bajo la clientela de un señor y no podía alcanzar sino pequeños empleos. La Lex Wisigothorum establecía que para esta clase social podían ser sometidos sus miembros a la tortura en caso de no haber pruebas, el acusador tendría que proceder a disculparse prestando juramento.

Para los emancipados regían las mismas disposiciones que para los libres, y en cuanto a los esclavos, si, siendo inocentes, quedan tullidos a causa de la tortura, el acusador tenía que pagar al dueño respectivo otro tanto del valor del esclavo quedando emancipado bajo el patronato de su antiguo dueño, si el esclavo moría durante la tortura, el juez debía darle al dueño otro esclavo.

La aplicación de la tortura a los emancipados y a los esclavos, era que si un emancipado idóneo, perteneciente a la clase superior de los emancipados, no podía ser sometido a la tortura a pedido de un libre, solo en los casos que el asunto representase

doscientos cincuenta sueldos por lo menos. En cambio, un emancipado inferior podía ser sometido a la tortura aun en cuestiones de un valor de cien sueldos.

Cuando un esclavo fuese acusado y debiese ser sometido a la tortura su dueño o el intendente de esclavos eran intimidados por el juez a representarlo; si no lo hacían, dichas personas eran encarceladas hasta que el esclavo fuera presentado. Si durante la tortura se comprobaba la culpabilidad de un esclavo, éste era golpeado de acuerdo a la importancia del delito y su dueño tenía que pagar la compensación o bien dar al esclavo a la parte damnificada.

La Lex Wisigothorum, decía que no podía someterse al esclavo a la tortura con el fin de que declarase contra su dueño, podía declarar solamente en los casos de adulterio, de un delito contra el rey, contra la patria, falsificación de moneda o de brujería. Si el esclavo sometido a la tortura por tales delitos resulta ser cómplice de su dueño, ambos eran castigados con la misma pena.

La Lex Francorum Saliorum concedió especial importancia a la prescripción de las reglas relativas a la tortura de los esclavos que hubiesen cometido hurto. Si el esclavo confesaba el delito antes de ser sometido a la tortura, su dueño debía pagar el perjuicio ocasionado a la parte ofendida, y el esclavo recibía ciento veinte azotes. Si durante la tortura el esclavo confesaba, su dueño tenía que pagar el daño y el esclavo era castrado.

Para hacer más despreciable la riqueza de los sometidos a tortura, colgaban a cuantos

era infamados por la comisión de algún crimen, con zarcillos de oro, les adornaban los dedos con anillos del mismo metal, rodeándoles la garganta con collares áureos y ciñéndoles coronas en la frente.

Al hablar del trato carnal de las mujeres antes del matrimonio, se decía que el padre y la madre en cuya casa se cometía el delito, quedaban "infamados" por no haberlo vigilado con la necesaria diligencia. El adulterio se castigaba con la más dura esclavitud, y al reincidente se le aplicaba la pena capital.

En la antigüedad ninguna ley fijaba para los delitos determinada pena, sino que el Senado la establecía, más o menos grave, según la naturaleza de aquéllos. Casi todos los crímenes graves se penaban con la esclavitud, castigo que consideraron el más temible para el delincuente y ventajoso para el Estado que el apresurarse a dar muerte al reo. Y a los condenados que se mostraban rebeldes, los mataban como a bestias indómitas, incapaces de ser cohibidos con cadenas.

También figuraban como penas el destierro, los azotes, el deshonor, la privación de la mesa común, la prohibición de asistir al templo y la abstención del comercio carnal, pero cuando el hecho culpable es injurioso, se castiga con la muerte. Si la culpa ha sido voluntaria y reflexiva, se pagaba según la pena del talión, ojo por ojo y diente por diente, etcétera. Ésta era ejecutada por manos del pueblo, que mataba al delincuente o le apedreaba. Se precisa que el reo, convencido, aceptaba su muerte y eligiera el medio de ejecutarla. Si el delito cometido iba contra la libertad de la República, contra Dios o contra los magistrados supremos, entonces se cumplía sin compasión.

El sistema de tortura impuesto por los germanos durante la edad media en Europa occidental fue el proveniente de las sociedades primitivas germanas, que consistía en determinar la culpabilidad o inocencia del acusado mediante el juramento o los llamados "juicios de dios" u ordalías. Tales juicios se realizaban mediante el duelo judicial cuando éste procedía por la calidad de las personas; del "agua hirviente", donde se sumergía el brazo del acusado y se le consideraba inocente si lo sacaba ileso; del "agua fría", donde se le arrojaba a sitios profundos y era considerado culpable si no se hundía; del "fuego o hierro candente", con los que se demostraba la inocencia si no se quemaban.

La tortura es una de las prácticas más antiguas de la humanidad. "En sus inicios fue establecida como un medio para investigar la verdad. En la cultura occidental, su uso adquirió mayor relevancia en el Siglo XII, con los procesos de la inquisición, donde incluso se dictaron normas muy minuciosas que regulaban su aplicación y los extremos a donde debía llegar. De acuerdo con Fiorelli, llegó a convertirse durante siete siglos en el alma de la vida jurídica de Europa"¹⁷.

No solo en Europa imperó la tortura, en que la arbitrariedad era la regla única, sino también en Oriente y en América, para conseguir de los reos, por medio del terror y la intimidación, el sometimiento al soberano o a los grupos políticamente fuertes. En éste periodo, la humanidad utilizó su ingenio para inventar suplicios, para vengarse con refinado encarnizamiento; la tortura era una cuestión preparatoria durante la instrucción

¹⁷ Rodríguez, Alejandro. **Ob. Cit.** Pág. 97.

y una cuestión previa antes de la ejecución. A fin de obtener una revelación o confesión. Nacieron los calabozos, donde las víctimas sufrían prisión perpetua en subterráneos; la jaula de hierro o de madera; la argolla, pesada pieza de madera cerrada al cuello; "el pilori", rollo o picota en que cabeza y manos quedaban sujetas y la víctima de pie; la horca y los azotes; la rueda en la que se colocaba al reo después de romperle los huesos a golpes; las galeras; él descuartizamiento por la acción simultánea de cuatro caballos; la hoguera y la decapitación por el hacha; la marca infamante por hierro candente; el garrote que daba la muerte por estrangulamiento y trabajos forzados con cadenas.

En el pueblo Maya, las leyes penales, al igual que en otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente. Este pueblo no usó como pena la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles.

Posteriormente, a nuestro país fue trasladado el sistema de enjuiciamiento de la Inquisición Española, establecido mediante real cédula emitida por Felipe II, el veinticinco de enero de 1569, su objetivo era defender la religión católica de las ideas heréticas. "El tribunal de la Nueva España ejercía jurisdicción en las audiencias de México, Guatemala y Nueva Galicia con sus distritos y jurisdicciones, en los que caían

el arzobispado de México y los obispados de Yucatán, Guatemala, Chiapas, Honduras, Nicaragua, y sus cercanías además de la población española que había en las Filipinas”¹⁸.

En este sistema el acusado era torturado cuando era incongruente en sus declaraciones y la incongruencia no se explicaba por estupidez o flaqueza de memoria, cuando el acusado hacía una confesión parcial, o bien, si el acusado reconocía su mala acción, si negaba su intención herética, y por último, si la evidencia con que contaba era defectuosa.

El proceso finalizaba con el formal pronunciamiento de sentencia, que tenía lugar en ceremonia privada llevada a cabo en la sede de la Inquisición si se trataba de falta leve o en una gran ceremonia pública o auto de fe, en el caso de delito grave. En ningún momento se les hacía saber el delito por el cual eran acusados, ni quienes eran sus acusadores.

Los tormentos más comunes empleados por los ejecutores públicos son el de garrucha y del agua. El primer método consistía en amarrar las manos de la víctima a su espalda, atándole por las muñecas a una polea u horca, mediante la cual era levantada. En los casos severos se ataban a los pies de la víctima grandes pesos; se levantaba durante un rato y después se les dejaba caer de un golpe que dislocaba el cuerpo entero. La tortura del agua consistía en colocar al reo en un bastidor, conocido como la escala, con travesaños afilados, la cabeza situada más abajo que los pies en una

¹⁸ Fernández, Eusebio. **Teoría de la justicia y derechos**. 1991, Pág. 46.

cubeta agujerada y mantenida en esta posición por una cinta de hierro en la frente. Se le enroscaban en los brazos y piernas con cuerdas muy apretadas que le cortaban la carne; la boca tenía que mantenerse forzosamente abierta, y metiéndole un trapo en la garganta, se le echaba agua de un jarro, de manera que nariz y garganta eran obstruidos y se producía un estado de semiasfixia.

Resulta evidente que en el proceso Inquisitorial, su principal método era la aplicación de la tortura para hacer confesar a los acusados, y en Guatemala, durante la época colonial, también se estableció dicho sistema, que tuvo como eje central a la confesión obtenida bajo tortura.

2.2. Definición

En sentido estricto la tortura es definida como: “Grave dolor físico o psicológico infligido a alguien, con métodos y utensilios diversos, con el fin de obtener de él una confesión, o como medio de castigo”¹⁹.

Doctrinalmente, la tortura se concibe como una manera de prueba; y desde el punto de vista legal, es la práctica judicial del antiguo procedimiento inquisitivo, que consistía en someter al sospechoso de grave delito a la acción del dolor físico, para obtener la confesión de su crimen.

Etimológicamente la palabra tortura proviene del latín tormentum, que significa dolor o

¹⁹ **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.** Pág. 853.

sufrimiento físico, angustia, entonces la tortura podría ser considerada como, sin que sea un concepto, una práctica que produce un padecimiento físico e intrínsecamente el psicológico, sobre todo porque el fin de esta práctica es la de obtener una confesión o declaración de una persona presuntamente responsable de un delito, o de un testigo que se niegue a aportar datos sobre un hecho determinado.

La tortura es, "El tormento antiguo y violento para obligar por la fuerza y el sufrimiento físico a declarar a los testigos reacios o a confesar a los sospechosos y acusados. El dolor físico que no cabe desechar o que reaparece. Angustia, aflicción. Persona o cosa que causa tal pesar" ²⁰.

También se le entiende como: "Suplicio, castigo o pena capital que se imponía antiguamente al reo. Lugar donde se ejecutaba. Lesión corporal infligida como crueldad, en especial la refinada e impune. Tortura, pena, crueldad, tormento, dolor físico, grave pesar"²¹.

Raúl Goldstein, establece por tortura: "Acto de atormentar a un reo, causándole dolor corporal, con objeto de arrancarle la confesión del delito que se le imputa" ²².

Otra definición determina: "Someter a una persona a violencias físicas o psíquicas con objeto de obtener de ella confesiones o declaraciones de cualquier género que

²⁰ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Pág. 116.

²¹ **Ibíd.**

²² Goldstein, R. **Diccionario de derecho penal y criminología**. Pág. 817.

voluntariamente no haría”²³.

Juan Palomar de Miguel, sostiene que la tortura es la acción de atormentar, describiéndola así: “Desviación de lo recto, oblicuidad, inclinación, curvatura. Acción de torturar o atormentar. Cuestión de tormento. Angustia, dolor, pena o aflicción grandes”²⁴.

De la definiciones apuntadas es posible enfatizar los elementos que invariablemente se repiten en cada una de ellas, entre los que se encuentra el hecho de que la tortura significa causar aflicción, sufrimiento y dolor, sea este físico o mental. De tal manera que, mutilar, cercenar o vejar, constituyen las manifestaciones físicas del dolor que se produce en la víctima de la tortura. El sufrimiento también puede ser de tipo psicológico, como en el caso de quien ve o escucha algo, que no le produce más que un cambio somático en su integridad física, es decir, una aflicción mental por algo que supone va a pasar o que presencia porque está pasando, por ejemplo, en el procedimiento denominado “tiro de gracia”, consistente en arrodillar a la víctima con los ojos vendados, se le coloca el arma en la cabeza, descargada, y se simula el disparo en repetidas ocasiones.

Otro elemento destacable en las definiciones expuestas, es que el sujeto activo material en la tortura, la ejecuta o lleva a cabo con deliberada intención. Existe por tanto, un dolo directo de producir ese dolor físico o mental, una intención criminal.

²³ De Pina, Rafael. **Diccionario de derecho**. Pág. 457.

²⁴ Palomar, Miguel, J. **Diccionario para juristas**. Pág. 1337.

Ahora bien, como toda voluntad implica una intención, el provocar tortura debe compararse con el fin que se hace, para poder contextualizar así tal acto. En este aspecto, las definiciones pudieran llegar a variar y dar a la significación de la misma una naturaleza más específica. En otras palabras, si en las definiciones calcadas se estableciera que es un dolor causado con fines políticos, delincuenciales, religiosos, o incluso procesales, esto equivaldría a dar una definición un poco más individualizada, no obstante en ninguna de ellas se establece una intención específica del torturador.

El punto que se quiere acotar en este aspecto es que, aunque humanamente la tortura sea un acto incivilizado e inútil para todo sentido, si se enuncia con un contexto particular, una intención que quiere provocar una consecuencia determinada, será posible precisar de mejor forma su erradicación, por las razones que se exponen en la parte final de la presente investigación, de tal manera que, para su erradicación, como se expone posteriormente, es necesario atacar la causa que le da origen, por lo cual no basta con decir que la tortura es “mala”, sino desvalorizar el mismo hecho que la provoca.

2.3. Análisis legal

El Artículo 201 bis del Código Penal, Decreto 17-73 del Congreso de la República, establece que: “Comete delito de tortura quien por orden, con la autorización, el apoyo a aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente 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 confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas. Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas con fines terroristas, insurgentes, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.”

Resulta igualmente importante verificar si existe alguna diferencia respecto al concepto de tortura, tormento y suplicio, vocablos que se encuentran íntimamente relacionados entre si: “TORMENTO: Antiguo y violento para obligar por la fuerza y el sufrimiento físico a declarar a los testigos reacios o a confesar a los sospechosos y acusados. El dolor físico que no cabe desechar o que reaparece. Angustia, aflicción. Persona o cosa que causa tal pesar.”²⁵ “SUPLICIO: Castigo o pena capital que se imponía antiguamente al reo. Lugar donde se ejecutaba. Lesión corporal infligida como crueldad, en especial la refinada e impune. TORTURA, pena, crueldad, tormento, dolor físico. Grave pesar”²⁶.

En este contexto, el artículo primero de la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas con fecha 10 de diciembre de 1984, en lo conducente dispone: “... 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

²⁵ Cabanellas, Guillermo. **Ob. Cit.** Pág. 116.

²⁶ **Ibid.**

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.”

El hecho que dentro de la comunidad internacional exista consenso acerca de la definición de tortura, no es producto de la casualidad. Los intereses que se encuentran en juego no son poca cosa, se trata de una cuestión de derechos humanos.

No obstante los diversos tratados y convenios internacionales, en algunos países incluyendo Guatemala, el mandato de criminalizar la tortura no se ha hecho extensible a los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. “Esto hace necesario hacer una clara distinción entre lo que internacionalmente se define como tortura y las otras categorías de malos tratos. En tal sentido, sólo un concepto claro de tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, puede esclarecer el contenido del tipo penal de tortura que adopte la legislación interna de cada Estado, y si éste cumple con la obligación de tipificar la tortura y sancionarla severamente.

En todo caso, tal parece que la protección alcanza su máximo efecto en el delito de tortura, en tanto para las restantes figuras requiere de formas menos intensas de

protección penal. Por supuesto esto implica o trae el inconveniente de que el Estado, a través de una redacción inadecuada del delito de tortura, deje excluidos del ámbito típico conductas graves, y con ello genere, por vía oblicua, un mecanismo de impunidad legal²⁷.

²⁷ Rodríguez, Alejandro. Delitos de tortura. Pág. 1.

CAPÍTULO III

3. Convenio contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Degradantes e Inhumanos

Convenio adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el Artículo 27(1).

3.1. Estados partes

De conformidad con los principios proclamado en la Carta de las Naciones Unidas, el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana es la base de la libertad, la justicia y la paz en el mundo. Reconociendo que estos derechos emanan de la dignidad inherente de la persona humana,

Considerando la obligación que incumbe a los Estados en virtud de Carta, en particular del Artículo 55, de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, teniendo en cuenta el Artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que proclaman que nadie será sometido a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Teniendo en cuenta asimismo la Declaración sobre la Protección de todas las Personas

contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1975.

3.2. Efectos del Convenio

El Artículo 1, estipula: “1. A los efectos de la presente Convención, 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, por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público y otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instilación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se consideran torturas dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sena inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance”.

3.3. Obligaciones de los Estados parte

1. Todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción.

2. En ningún caso podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.
3. No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura.

3.4. Aplicación

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos.

3.4.1. Obligaciones de los Estados parte

1. Todo Estado Parte velará porque todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Lo mismo se aplicará a toda tentativa de cometer tortura y a todo acto de cualquier persona que constituya complicidad o participación en la tortura.
2. Todo estado parte castigará esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su gravedad.

El Artículo 5 del Convenio establece: “1. Todo Estado parte dispondrá lo que sea necesario para instituir su jurisdicción sobre los delitos a que se refiere el artículo 4 en los siguientes casos:

- a) cuando los delitos se cometen en cualquier territorio bajo su jurisdicción o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado;
- b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado;
- c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado.

2. Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no conceda la extradición, con arreglo al Artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente Artículo.

3. La presente convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

El Artículo 6, dispone: “1. Todo Estado parte en cuyo territorio se encuentre la persona de la que se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el Artículo 4, si tras examinar la información de que dispone, considera que las circunstancias lo justifican, procederá a la detención de dicha persona o tomará otras medidas para asegurar su presencia. La detención y demás medidas se llevarán a cabo de conformidad con las leyes de tal Estado y se mantendrán solamente por el período que sea necesario a fin de permitir la iniciación de un procedimiento penal o de extradición. 2. Tal Estado procederá inmediatamente a una investigación preliminar de

los hechos, la persona detenida de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo tendrá toda clase de facilidades para comunicarse inmediatamente con el representante correspondiente del estado de su nacionalidad que se encuentre mas próximo o, si se trata de una apátrida, con el representante del Estado en que habitualmente resida. Cuando un estado, en virtud del presente artículo, detenga a una persona, notificará inmediatamente tal detención y las circunstancias que la justifican a los Estados a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 5. el estado que proceda a la investigación preliminar prevista en el párrafo 2 del presente artículo comunicará sin dilación sus resultados a los estados antes mencionados e indicará si se propone ejercer su jurisdicción”.

El estado parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento. Dichas autoridades tomarán su decisión en las mismas condiciones que la aplicable a cualquier delito de carácter grave, de acuerdo con la legislación de tal estado. En los casos previstos en el párrafo 1 del Artículo 5.

Toda persona encausada en relación con cualquiera de los delitos mencionados en el Artículo 4 recibirá garantías de un trato justo en todas las fases del procedimiento.

Los delitos a que se hace referencia en el Artículo 4 se considerarán incluidos entre los delitos que dan lugar a extradición en todo tratado de extradición celebrado entre

estados partes. Los estados partes se comprometen a incluir dichos delitos como caso de extradición en todo tratado de extradición que celebren entre si en el futuro.

Todo estado parte que subordine la extradición a la existencia de un tratado, si recibe de otro estado parte con el que no tiene tratado al respecto una solicitud de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica necesaria para la extradición referente a tales delitos. La extradición estará sujeta a las demás condiciones exigibles por el derecho del estado requerido.

Los estados partes que no subordinen la extradición a la existencia de un tratado reconocerán dichos delitos como casos de extradición entre ellos, a reserva de las condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido.

A los fines de la extradición entre estados partes, se considera que los delitos se han cometido, no solamente en el lugar donde ocurrieron, sino también en el territorio de los estados obligados a establecer su jurisdicción de acuerdo con el párrafo 1 del Artículo 5.

Los estados partes se prestarán todo el auxilio posible en lo que respecta a cualquier procedimiento penal relativo a los delitos previstos en el Artículo 4, inclusive el suministro o de todas las pruebas necesarias para el proceso que obren en su poder.

Los estados partes cumplirán las obligaciones que le incumben en virtud del párrafo 1 del presente artículo de conformidad con los tratados de auxilio judicial mutuo que

existan entre ellos.

Todo estado parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley, sea éste civil o militar, del personal médico, de los funcionarios públicos y otras personas que puedan participar en la custodia, el interrogatorio o el tratamiento de cualquier persona sometida a cualquier forma de arresto, detención o prisión.

Todo estado parte incluirá esta prohibición en las normas o instrucciones que se publiquen en relación con los deberes y funciones de esas personas.

El Artículo 11, estipula: “Todo estado parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura”.

“Todo estado parte velara por que, siempre que haya motivos razonables para creer que dentro de su jurisdicción se ha cometido un acto de tortura, las autoridades competentes procedan a una investigación e imparcial.

Todo estado parte velará por que toda persona que alegue haber sido sometida a tortura en cualquier territorio bajo su jurisdicción tenga derecho a presentar una queja y

a que su caso sea pronta e imparcialmente examinado por sus autoridades competentes. Se tomarán.

Medidas para asegurar que quien presente la queja y los testigos estén protegidos contra malos tratos o intimidación como consecuencia de la queja o del testimonio prestado” (Artículos 12 y 13).

Por su parte el Artículo 14, establece: “1. Todo Estado Parte velará por que su legislación garantice a la víctima de un acto de tortura la reparación y el derecho a una indemnización justa, incluidos los medios para su rehabilitación lo más completa posible. En caso de muerte de la víctima como resultado de un acto de tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a indemnización. 2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a las leyes nacionales”.

“Todo estado Parte se asegurará de que ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura pueda ser invocada como prueba en ningún procedimiento, salvo en contra de una persona acusada de tortura como prueba de que se ha formulado la declaración” (Artículo 15).

Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyen tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura como tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe

en el ejercicio de sus funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los Artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

3.4.2. Comité contra la Tortura

El Artículo 17, establece:

- “1. Se constituirá un Comité contra la Tortura (denominado en lo que sigue el Comité), el cual desempeñara las funciones que se señalan más adelante. El Comité estará compuesto de diez expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, que ejercerán sus funciones a título personal. Los expertos serán elegidos por los Estados Partes teniendo en cuenta una distribución geográfica equitativa y la utilidad de la participación de algunas personas que tengan experiencia jurídica.
2. Los miembros del Comité serán elegidos en votación secreta de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada uno de los Estados Partes podrá designar una persona entre sus propios nacionales. Los Estados partes tendrán presente la utilidad de designar que sean también miembros del Comité de Derechos Humanos establecido con el arreglo al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y que estén dispuestas a prestar servicio en el Comité constituido con arreglo a la presente Convención.
3. Los miembros del Comité serán elegidos en reuniones bienales de los Estados

Partes convocadas por el Secretario General de las Naciones Unidas. En estas reuniones, para las cuales formaran quórum dos tercios de los Estados Partes, se considerarán elegidos para el Comité los candidatos que obtengan el mayor número de votos y la mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

4. La elección inicial se celebrará a más tardar seis meses después de la fecha de entrada en vigor de la presente Convención. Al menos cuatro meses antes de la fecha de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas dirigirá una carta a los Estados Partes invitándoles a que presenten sus candidaturas en un plazo de tres meses. El Secretario General preparará una lista por orden alfabético de todas las personas designadas de este modo, indicando los Estados Partes que las ha designado, y la comunicará a los Estados Partes.
5. Los miembros del Comité serán elegidos por cuatro años. Podrán ser reelegidos si se presenta de nuevo su candidatura. No obstante, el mandato de cinco de los miembros elegidos en la primera elección, el presidente de la reunión a que se hace referencia en el párrafo 3 del presente artículo designará por sorteo los nombres de esos cinco miembros.
6. Si un miembro del Comité muere o renuncia o por cualquier otra causa no puede ya desempeñar sus funciones en el Comité, el Estado Parte que presentó su candidatura designará entre sus nacionales a otro experto para que desempeñe sus funciones durante el resto de su mandato, a reserva de la aprobación a menos que la mitad o más de los Estados Partes respondan negativamente dentro de un plazo de seis semanas a contar del momento en que el Secretario General de las Naciones Unidas les comunique la candidatura propuesta.

7. Los Estados Partes sufragarán los gastos de los miembros del Comité mientras éstos desempeñen sus funciones”.

CAPÍTULO IV

4. La violación a la convención contra la tortura en departamento del Quiché

4.1. El Quiché

El departamento se conforma por los siguientes municipios:

1. Santa Cruz del Quiche.
2. Chajul.
3. Nebaj.
4. San Juan Cotzal.
5. Cunén.
6. San Miguel Uspantán.
7. Sacapulas.
8. San Bartolomé Jocotenango.
9. San Andrés Sajcabajá.
10. San Pedro Jocopilas.
11. Canillá.
12. San Antonio Ilotenango.
13. Chinique
14. Zacualpa
15. Patzité.
16. Chiché.

17. Joyabaj.

18. Santo Tomás Chichicastenango.

19. Chicaman

20. Ixcan

21. Pachalum

4.1.1. Producción agrícola y artesanal

Entre su principal producción agrícola se puede mencionar: Maíz, frijol, trigo, pino, ciprés, caoba, frutas variadas como naranja, ciruela, pera, etc.

Su artesanía está compuesta por: Trenzas, sombreros de palma, cerámica, cerería, cuero, teja y ladrillo de barro.

4.1.2. Generalidades

“El Quiché fue reconocida como ciudad por acuerdo gubernativo de fecha 26 de noviembre de 1924. El nombre de Santa Cruz se lo dio el primer Obispo de Guatemala, Lic. Don Francisco Marroquín, cuando bendijo este paraje. Tiene una extensión de 128 Kilómetros cuadrados; una altura de 2,021 metros sobre el nivel mar, su clima es frío y cuenta con 40,000 habitantes aproximadamente. Por acuerdo gubernativo del 20 de noviembre de 1924 se estableció la feria de Santa Elena de la Cruz del 16 al 29 de agosto, el acuerdo del 20 de febrero de 1936 la elevó a categoría de feria

departamental en honor a Santa Elena, emperatriz madre de Constantino y Patrona del poblado”²⁸.

Entre sus municipios principales se pueden mencionar los siguientes:

- **Canillá**

“Su etimología podría provenir de **can=** amarillo; **llla o lya=** pericón o hipericón, significando pericón amarillos, planta de familia de las hipericáceas. Su nombre antiguo era **Caniyá**, que en este caso sería de **ca=** amarillo y **ya=** agua, río, significando agua o río amarillo. Tiene una extensión territorial de 123 Kilómetros cuadrados; una altura de 1,215 metros sobre el nivel del mar, su clima es frío y cuenta con una población de 8400 habitantes. Su fiesta titular se celebra del 8 al 12 de diciembre en honor a la Purísima Virgen de Concepción”²⁹.

- **Chajul**

“Su nombre se deriva de **Chaj=** pino: y **jul=** alumbrar, resplandecer, o sea pino u ocote para alumbrar. Tiene una extensión de 1,523 Kilómetros cuadrados; una altura de 1,991 metros sobre el nivel del mar, su clima es frío. Cuenta con una población de 21,400 habitantes. Su fiesta titular se celebra del 4 al 6 de enero en conmemoración de la Epifanía o Adoración de los Santos Reyes, uno de los cuales fue San Gaspar”³⁰.

- **Chichicastenango**

“Su nombre indígena es **Chuilá o Chugilá**, que en quiché significa sobre los chichicastes o lugar de las ortigas, también se le conoció como **Siguán Tinamit**, pueblo

²⁸ Silva Sagarminaga, Carlos Humberto. **Así es Guatemala**. Pág. 47.

²⁹ **Ibid.**

³⁰ **Ibid.** Pág. 48

de barrancos. Cuenta con una extensión territorial de 400 Kilómetros cuadrados, una altura de 2,070 metros sobre el nivel del mar, y su clima es frío. Su fiesta titular se celebra durante la tercera semana del mes de diciembre³¹.

- **Joyabaj**

“Durante el período indígena se conoció con el nombre de *Xoyabah* o *Chuixoyabah*. Existe la duda de si la etimología de Joyabaj proviene de la corruptela quiché *choy*= laguna y *abaj*= piedra, o bien de *xol*= entre, y *abaj* por ser muy pedregoso el municipio debido a la sierra de *Cuscús* donde se encuentra. Tiene una extensión de 304 Kilómetros cuadrados: una altura de 1,433 sobre el nivel del mar; su clima es frío y cuenta con una población aproximada de 38,400 habitantes. Su fiesta titular se celebra del 10 al 15 de agosto en conmemoración de la Santísima Virgen³².

- **Nebaj**

“Pueblo conocido como Santa María Nebaj: cuenta con una extensión territorial de 608 Kilómetros cuadrados, una altura de 1,905 metros sobre el nivel del mar, su clima es frío y cuenta con una población aproximada de 37,500 habitantes. Su fiesta titular se celebra del 12 al 15 de agosto en honor a la Virgen de la Asunción³³.

- **Uspantán**

“Durante el período hispánico y aproximadamente hasta finales del siglo XIX se le llamó a la cabecera San Miguel Uspantán por haberse puesto bajo la advocación de ese santo. Tiene una extensión de 2,886 Kilómetros cuadrados; una altura de 1,825 metros sobre el nivel del mar y su clima es frío. La fiesta titular se celebra el 8 de mayo cuando

³¹ **Ibid.**

³² **Ibid.**

³³ **Ibid.**

se celebre la aparición del Arcángel San Miguel”³⁴.

4.2. La lucha contra la tortura

Algunos de los más prominentes pensadores de la antigüedad y de la primera época de la Edad Media coincidieron en la inutilidad e inconveniencia de la tortura, entre ellos, Cicerón, Séneca, Ulpiano y San Agustín.

La verdadera lucha contra la institución de la tortura fue librada en el siglo XVII por el Jesuita Spee, quien atacó con mucha energía aquella institución así como los procesos contra las brujas. Este autor puso de relieve que los dolores de la tortura hacen mentir a los sometidos quienes aceptan cargos de delitos no cometidos y nombran como cómplices, a personas inocentes. Sin embargo, Spee mencionaba que, había personas que preparaban su cuerpo de tal modo que podían resistir con éxito la tortura, y negar todos los delitos cometidos. También dijo que la tortura era inconveniente, porque los verdugos revelaban en muchos casos, grandes negligencias y arbitrariedades, algunos jueces revelaban una conciencia muy estrecha y una injusticia intolerable. Todas estas causas y otras, reclamaron la abolición de la tortura.

El ataque decisivo contra la tortura fue llevado por Cesar Beccaria, quien reclama su abolición, considerándola como inicua, porque nadie puede ser considerado culpable antes de la sentencia, y la tortura es una pena infligida antes de la condenación. Además si el delito existe, no puede ser castigado sino con la pena establecida por la

³⁴ **Ibid.**

ley, y la tortura es inútil, porque no se necesita ya de la confesión del culpable. Y si el delito no existe, es algo horrible torturar a un inocente, porque ante la ley es inocente todo aquel cuya culpabilidad no resulte comprobada.

4.3. La abolición de la tortura

La abolición de la institución de la tortura, así como los sistemas del proceso inquisitorio, con la doctrina de los indicios, se realizó con mucha lentitud. Desde su primera supresión hecha en el año de 1740 en Alemania hasta su total desaparición en los últimos años del siglo XIX, como podemos observar, transcurrió mucho tiempo.

Durante dicha época encontramos serias tentativas tendientes a suprimir la tortura, pero tales tentativas, en sus primeras manifestaciones fracasaron, las leyes abolieron la institución, más la jurisprudencia de los Tribunales la conservó y siguió manteniéndola.

Actualmente existen importantes organizaciones intergubernamentales dedicadas a la protección de los derechos humanos. Algunas de estas organizaciones han creado órganos y procedimientos para dar curso a las denuncias de torturas y de otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes.

Es importante reconocer que estas organizaciones han tenido mayor éxito en la elaboración de normas internacionales que en su aplicación práctica. Esto se debe, básicamente, a que carecen de la potestad de forzar a los gobiernos a poner fin a la práctica de la tortura. Sus recomendaciones tiene fuerza moral y política, mas no coactividad jurídica.

El arma con la que disponen las organizaciones intergubernamentales, son de efectividad limitada, que consisten en ejercer presión internacional contra los gobernantes abusivos mediante divulgación de casos.

En la actualidad, la tortura, considerada como un medio para obtener confesión o información, es un delito grave, cometido por funcionarios que están al servicio de la justicia, a diferencia de lo que acontecía en la antigüedad, que como se ha señalado, tenía su práctica como una institución procesal y un instrumento útil para conocer la verdad.

4.4. Instrumentos jurídicos en materia de tortura

Los instrumentos internacionales constituyen verdaderas líneas directrices de política criminal, que involucran tanto aspectos de organización administrativa de instituciones encargadas de la aplicación de la ley, tales como la Policía, funcionarios penitenciarios y judiciales, como aspectos eminentemente legislativos. Los Estados se encuentran por tanto sujetos a una directriz político-criminal que garantice en todo momento que prácticas de tortura no serán realizadas dentro de su jurisdicción y, que en todo caso, de existir alguna práctica, esta será adecuadamente perseguida y sancionada penalmente”.

En la actualidad, y tras la Declaración Universal de Derechos de la Organización de Naciones Unidas, la tortura está considerada como ilegal en casi todos los países, hasta el punto de que las pruebas obtenidas bajo tortura son consideradas nulas, por

mucho que sea cierto lo que el torturado haya declarado. A nivel mundial se ha desarrollado un movimiento no unificado de evolución paulatina, en torno a la prevención y erradicación de las prácticas de tortura. Durante el Siglo XX, este delito cobro evidencia, como consecuencia de su perpetración en formas cada vez más sistemáticas.

En relación al tema de las normas sobre torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, existían, antes de establecerse normas específicas en el sistema interamericano, ciertos antecedentes a nivel de las Naciones Unidas. En realidad, antes de la existencia de la Convención Americana de Derecho Humanos, la Comisión Interamericana trabajaba sobre la base de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, que contenía una visión muy general sobre la seguridad de las personas, en el sentido de la protección de su integridad física y psíquica. Sobre esa base, la Comisión organizaba investigaciones en los distintos países y acogía denuncias.

Con ello queda evidenciado que, si bien es cierto no es un movimiento unitario o específico, si existe dentro de la lógica propositiva de la comunidad internacional, un esfuerzo desde la época de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lograr brindar seguridad a la integridad física de toda persona.

Más adelante continúa señalando el autor citado que: “Fue desarrollándose un sistema más completo: en primer término, la Declaración Universal de Derechos Humanos prohibía ya en su art. 5 el sometimiento a torturas o tratos crueles, inhumanos o

degradantes. Lo propio se hará después en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo Artículo 7 establece la misma prohibición sobre torturas y experimentaciones médicas o científicas con personas sin su consentimiento.

Paralelamente, en el sistema europeo de derechos humanos también se van desarrollando elementos sobre torturas y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. Existe un caso famoso del año 1971, de Irlanda contra el Reino Unido, por el trato que daba la policía de Gran Bretaña a miembros del Ejército Republicano Irlandés. En este caso, la Corte Europea de Derechos Humanos hizo una distinción, que después no ha sido frecuente en otros órganos internacionales, y es la distinción entre torturas y otros malos tratos. En el caso en referencia se trataba de prácticas sistemáticas, como la de interrogar a las personas con los ojos vendados, el privarlas de alimentos durante cierto tiempo y el privarlas también del sueño.

La Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que la forma en que se desarrollaban esas prácticas por la policía inglesa no constituía tortura, sino un rango más bajo, o sea tratos crueles. Sin embargo, a nivel interamericano, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ya en esa época señalaba que el catálogo de conductas que podían ser consideradas como torturas era mucho más amplio que lo que había sostenido su homóloga europea, es decir que los tratos mencionados anteriormente constituían una forma de tortura.

Lo significativo del párrafo citado es que, pese a la distinción hecha por algunos entre tortura y tratos crueles y por otros no, en el año 1975 la Organización de Naciones

Unidas adoptó la Declaración para la Protección de las Personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, la cual contiene en su Artículo 1, como ya se especificó en el capítulo primero del presente trabajo de investigación, la definición de tortura, siendo en la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, (mismo que constituye un Tratado jurídicamente vinculante), en donde se establecían los fines para los cuales se lleva a cabo una tortura, es decir, para obtener un resultado (una confesión) del torturado. Aunque la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura especifique que un acto se considera tortura indistintamente del fin con el que se cometa.

Por su parte señala el Doctor Elías Carranza representante del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ILANUD, que los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes suelen ser –no indefectiblemente en todos los casos, pero con gran frecuencia- los tratos habituales existentes en los sistemas penitenciarios, no obstante que, al menos formalmente, en ellos los presos se encuentran todos a disposición de autoridad judicial competente.

En el siglo XX el uso de la tortura revivió a mayor escala en los regímenes nazi, fascistas y en los estados comunistas como arma de coacción política. Los países soviéticos de Europa hicieron uso frecuente de las técnicas denominadas de "lavado de cerebro", forma de tortura psicológica en la que la desorientación mental era inducida por medios como era el obligar a un prisionero a permanecer despierto indefinidamente. El "lavado de cerebro" se practicó de modo constante por Corea del Norte sobre los

prisioneros de guerra estadounidenses. La tortura física y psicológica se ha utilizado en la mayoría de los países de Latinoamérica contra miles de personas acusadas de pertenecer o simpatizar con el socialismo. Se utilizaron las más brutales torturas físicas y las más refinadas torturas psicológicas. Con el fin de la Guerra fría y de las dictaduras militares pro-occidentales, las denuncias por estos tipos de prácticas vejatorias ha desaparecido en muchos países como Chile, Uruguay y Argentina y se espera que desaparezca en otros países recientemente democratizados.

La presencia en casi todas las legislaciones procesales modernas de preceptos dirigidos a evitar los malos tratos de los detenidos, las coacciones y amenazas para que declaren y las torturas inflingidas por la autoridad o a su amparo no ha conseguido, sin embargo, erradicar plenamente estos graves abusos de poder. El Estado y sus representantes, en su afán por acabar a toda costa con la criminalidad y sobre todo con la criminalidad que amenaza más gravemente su estructura política, no siempre respetan los principios generales que informan la legislación penal ordinaria y constantemente recurren a leyes de excepción, más o menos eufemísticamente llamadas de seguridad ciudadana, que, de hecho y derecho, suponen la derogación de todo el dispositivo de garantías pensando para la protección del ciudadano, de todos los ciudadanos sin excepción, frente a los abusos de los representantes del poder estatal.

Los horrores de la Inquisición y el uso excesivo de la tortura en el ámbito judicial desde el siglo XIV hasta el XVI acabó forzando un cambio de mentalidad que culminó con la abolición de este procedimiento de martirio en todos los países de Europa. Se utilizó por última vez en Inglaterra en 1640, para una confesión en un caso de traición. A

mediados del siglo XVIII la tortura fue abolida en Francia, Prusia, Sajonia, Austria y Suiza. Un edicto papal de 1816 llevó a su completa abolición en los países católicos.

Las principales características de la democracia moderna son la libertad individual, que proporciona a los ciudadanos el derecho a decidir y la responsabilidad de determinar sus propias trayectorias y dirigir sus propios asuntos, la igualdad ante la ley, el sufragio universal y la educación. Estas características han sido proclamadas en grandes documentos históricos, como la Declaración de Independencia estadounidense, que afirmaba el derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad, la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano frances, que defendía los principios de libertad civil e igualdad ante la ley, y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en diciembre de 1948. En ella se recogen los derechos civiles y políticos fundamentales que atañen a personas y naciones, tales como la vida, la libertad, la intimidad, las garantías procesales, la condena y prohibición de la tortura, de la esclavitud, y los derechos de reunión, asociación, huelga y autodeterminación entre otros. Desde su promulgación, la Declaración, aunque sólo fue ratificada por una parte de los estados miembros, ha servido de base para numerosas reivindicaciones políticas y civiles, en cualquier Estado.

Es así que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula su prohibición absoluta en el 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".

Del mismo modo en el sistema interamericano de protección, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prohíbe la tortura:

- Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
- 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".

Es decir, la protección de la integridad personal pertenece al núcleo inderogable que no puede ser suspendido ni suprimido jamás, cualquiera sea la circunstancia en que se encuentre un Estado.

En 1975, la Organización de Naciones Unidas aprobó una Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (resolución 3452 (XXX) de la ONU), que fue la base para que luego se aprobara la Convención contra la Tortura, el 10 de diciembre de 1984.

En la Declaración, se consideraba la tortura como "ofensa a la dignidad humana" y la definición ha sido luego retomada en la Convención. Tal documento fue aprobado por unanimidad.

Se aprecia que la Convención de la ONU presenta una definición compleja, que reúne elementos sin los cuales, el acto dejaría de ser tal pero que calificaría como trato cruel, inhumano o degradante (art. 16 de la Convención).

La prohibición absoluta de la tortura se refleja en la prohibición de la llamada "obediencia debida" (art. 2.3) y en la invalidez de invocar circunstancias excepcionales para justificarla (art. 2.2).

En el caso de Guatemala, se ratificó la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas en 1986,

En el ámbito regional americano también se aprobó una Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura en 1985. Contiene disposiciones similares a la Convención de la ONU y reafirma el principio de jurisdicción universal para el delito de tortura.

Sin embargo, es importante revisar la definición de tortura consignada, pues contiene algunos elementos diferentes a la formulada por las Naciones Unidas:

“Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos

tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

En cuanto a la finalidad de la tortura, también la definición de la OEA se distingue de la prescrita por la ONU, pues coincidiendo en lo básico su redacción es más general y permite una protección más amplia. La finalidad en la descripción típica consiste en:

- fines de investigación criminal
- medio intimidatorio
- castigo personal
- pena
- cualquier otro fin.

4.5. Declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

Esta declaración fue proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, mediante la resolución 3452 (XXX) del 9 de diciembre de 1975, la cual en su artículo primero establece que se entenderá por tortura:

“A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas 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 a esa persona o a otras, no se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos.

Probablemente, esta Declaración sirvió de base a la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como para la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. La definición vertida establece que la tortura es un acto que provoca sufrimientos graves físicos o mentales, cometido por un funcionario público en forma intencional, en contra de una persona con el objeto de obtener, de ella, información o una confesión o castigarla por un delito que se sospeche ha cometido. Y agrega, que la tortura atenta en contra de la dignidad de toda persona (artículo 2) situación por la que ningún Estado debe tolerar ni justificarla por causas excepcionales, sino por el contrario, el Estado deberá tomar las medidas necesarias para impedir que se practique la tortura en su jurisdicción. Destaca la capacitación de la policía y demás servidores públicos para que tengan en cuenta la prohibición de la misma, publicándose para tal efecto diversas normas que determinen las funciones y deberes de dichos funcionarios (Artículos 3, 4 y 5), independientemente del examen periódico de los métodos de interrogatorio y del trato de las personas

detenidas con el objeto de prevenir la tortura y que ninguna declaración hecha por medio de tortura será invocada como prueba en ningún procedimiento (Artículos 6 a 8 y 12). En estos casos, el Estado deberá proceder de oficio y realizar una investigación imparcial e iniciar el procedimiento penal respectivo en contra de los responsables, independientemente, de la indemnización a la víctima o reparación del daño de conformidad con la legislación nacional (Artículos 9, 10 y 11).

Esta Convención fue adoptada el 10 de diciembre de 1984 y ratificada por nuestro país el 23 de enero de 1986, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1986, entrando en vigor el 26 de junio de 1987 y su objeto principal es, precisamente, la lucha contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en el mundo, ideológicamente, considera el reconocimiento de los derechos iguales e inalienables de toda familia humana basada en la libertad, la justicia y la paz en el mundo. En tal virtud, establece la obligación de los Estados firmantes de promover el respecto universal, los derechos humanos y las libertades fundamentales tomando en cuenta el artículo 5º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 7º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, finalmente, la Declaración Sobre la Protección de Todas las Personas Contra la Tortura y Otros Tratos Cruelles, Inhumanos o Degradantes del 9 de diciembre de 1975.

Dentro del Artículo 14 establece la obligación del Estado de brindar atención a la víctima del delito de tortura y que debe garantizar a la víctima del delito la reparación y el derecho a una indemnización justa y adecuada donde se incluyan los medios para su rehabilitación completa en la medida de lo posible y en caso de muerte de la víctima

como resultado de la tortura, las personas a su cargo tendrán derecho a dicha indemnización por parte del Estado. El único problema es que no se sugiere el procedimiento para tal efecto. En la parte segunda de dicha Convención, se señala que en los casos de tortura sistematizada denunciada ante un comité contra la tortura de dicha Convención, este podrá intervenir para investigar los hechos y proponer soluciones amistosas a través de la conciliación.

4.6 Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura.

En esta Convención Interamericana, Aprobada en Cartagena de Indias por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de diciembre de 1985, menciona que su objeto es prevenir y sancionar la tortura (artículo 1º), entendiéndose por tortura (artículo 2º) lo siguiente:

Para los efectos de la presente convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con el fin de investigación criminal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Como se puede observar, tal como se transcribió en el primero de los capítulos del presente trabajo de investigación, este ordenamiento jurídico expresa dos definiciones sobre la tortura, primero, como un acto destinado a infligir dolores o sufrimientos a una

persona, físicos o mentales, con fines de investigación, intimidación o como castigo y medida preventiva o como pena. Y segundo, como la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima (física y mental) aunque no causen dolor.

Estos conceptos, determinan el acto y la aplicación de la tortura en contra de una persona denominada "víctima", en el artículo tercero se señala que las personas responsables de esta conducta son empleados o funcionarios públicos que ordenan, instigan, inducen o cometen directamente o no impiden dicho acto, pero también se habla de terceras personas o cómplices, que por ordenes de los señalados servidores públicos cometen la referida conducta, sin embargo, es de hacer notar que no señala si estos "cómplices" tienen también la calidad de servidores públicos, es decir, existe un error, en principio, al referirse a terceras personas (sin que estos sean servidores públicos), porque en todo caso, éstas terceras personas estarían cometiendo el delito de lesiones y no de tortura.

4.7. Constitución Política de la República de Guatemala

El carácter absoluto e inderogable de la prohibición de la tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, impone a los Estados de la comunidad internacional la obligación de tomar las medidas apropiadas y efectivas tendentes a garantizar al ciudadano la inmunidad frente a este tipo de prácticas. Los convenios internacionales relacionados precedentemente, contienen una serie de disposiciones específicamente encaminadas a adoptar medidas preventivas y represivas, de cumplimiento obligatorio, que eviten la violación de la prohibición absoluta de la tortura.

Estas medidas están destinadas a obligar a los Estados a adoptar en su derecho interno los mecanismos jurídicos e institucionales para luchar contra la tortura.

En Guatemala, la Constitución Política de la República, no contiene más que una alusión al término tortura, y se da en referencia hacia el trato que pueden llegar, eventualmente a recibir los reos o internos en las cárceles prisiones del sistema penitenciario nacional guatemalteco.

La Constitución Política de la República de Guatemala establece que:

ARTICULO 19. Sistema penitenciario. El sistema penitenciario debe tender a la readaptación social y a la reeducación de los reclusos y cumplir en el tratamiento de los mismos, con las siguientes normas mínimas:

- a) Deben ser tratados como seres humanos; no deben ser discriminados por motivo alguno, no podrán infligírseles tratos crueles, torturas físicas, morales, psíquicas, coacciones o molestias, trabajos incompatibles con su estado físico, acciones denigrantes a su dignidad, o hacerles víctimas de exacciones, ni ser sometidos a experimentos científicos.

Desde el punto de vista del derecho interno, las previsiones normativas contenidas en los instrumentos internacionales constituyen verdaderas líneas directrices de política criminal, que involucran tanto aspectos de organización administrativa de instituciones encargadas de la aplicación de la ley, eminentemente legislativos, como es la de dotar

de instrumentos jurídicos adecuados para posibilitar la persecución penal adecuada contra autores de tales hechos.

4.8. La tortura en la legislación nacional

Por la historia del Derecho Penal es lógico además suponer que si para dicha época aún no existía teoría del delito, que permitiera el estudio de los elementos del mismo, mucho menos habría teoría del tipo, además como es lógico, el dolo y la culpa, son los grandes ausentes de los Código penales de la época, en que aún no se desarrollaba el concepto de “imprudencia”, que se impulsaría hasta el siglo XX, con el auge del tránsito motorizado.

En cuanto al Código Penal de 1933, el mismo fue redactado en época del gobierno del General Jorge Ubico Castañeda, quien estableciendo el concepto de la tutelaridad de los menores, permitía el procesamiento de los mismos, y la correspondiente aplicación de penas a quien resultara culpable, lo que evidencia una ausencia del concepto de inimputabilidad y con ella, el concepto de antijuridicidad que se desarrollaría hasta la última parte de siglo XX, con la introducción de la teoría finalista en la ciencia del Derecho Penal.

En cuanto al Código Penal contenido en Decreto 17-73 del Congreso de la República de Guatemala, aún vigente y que se proyecta derogar por la reforma penal que se discute en estos días, se puede afirmar que ha sido objeto de una serie de reformas que demuestran una tendencia moderna en cuanto a la política criminal que las inspira,

y aunque ciertamente ya no se puede tildar de represivas, puesto que dicho término al ser más de naturaleza política, se encuentra un tanto en desuso, sin embargo, si se puede afirmar que la tendencia a la que se alude, es más propiamente calificada por la ciencia penal como: “peligrosista”, toda vez que tiende al aumento de penas y el espectro de su aplicación.

4.9. Relación obligacional del Estado de Guatemala con la normativa de la Organización de Naciones Unidas

La Asamblea de las Naciones Unidas, de la que Guatemala es parte, aprobó el 10 de diciembre de 1984 la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la tortura, tomando en consideración la declaración sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, aprobada por la Asamblea General el 9 de diciembre de 1984.

Como una obligación de carácter, de política exterior, tanto como de política internacional el Estado de Guatemala, cumple en 1995 con promulgar el Decreto 58-95 del Congreso de la República que adicionó el delito de tortura.

Previo a esta regulación legal dicho delito no se encuentra en el texto original del Código Penal promulgado en 1973.

El delito de tortura se encuentra ubicado dentro del título IV, entre los delitos contra la libertad individual. Sin embargo, es opinión de la doctrina dominante que el bien

jurídico no es sólo la libertad individual, sino que existen otros bienes jurídicos de importancia presentes, tales como la incolumidad personal o la integridad moral. Esta “debe equivaler a la integridad psíquica y a la salud en general”³⁵.

Además, se protege: “el ejercicio correcto y legítimo de la función pública por parte de sus representantes en aras de la defensa de los derechos fundamentales de los particulares protegidos por la Constitución”³⁶.

En el Decreto 58-95 del Congreso de la República de Guatemala también se considera que es necesario adecuar la legislación interna a los postulados de los instrumentos internacionales en materia de protección de la persona humana contra todo tipo de trato cruel y degradante.

El texto del Artículo 1 del Decreto en mención adiciona el delito de tortura en los siguientes términos: Comete el delito de tortura, quien por orden, con la autorización, el apoyo o aquiescencia de las autoridades del Estado, inflija intencionalmente 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 confesión, por un acto que haya cometido o se sospeche que hubiere cometido, o que persiga intimidar a una persona o, por ese medio, a otras personas.

Igualmente cometen el delito de tortura los miembros de grupos o bandas organizadas

³⁵ Portilla Contreras, Guillermo. **Curso de derecho penal español, parte especial**, Pág. 278.

³⁶ Muñoz Conde, Francisco. **Ob. Cit.** Pág. 159.

con fines terroristas, insurgente, subversivos o de cualquier otro fin delictivo.

El o los autores del delito de tortura serán juzgados igualmente por el delito de secuestro.

No se consideran torturas las consecuencias de los actos realizados por autoridad competente en el ejercicio legítimo de su deber y en el resguardo del orden público.

El o los responsables del delito de tortura serán sancionados con prisión de veinticinco a treinta años."

El delito se configura como un delito especial impropio. Este delito no puede ser cometido por cualquiera sino por un círculo reducido y delimitado de personas, toda vez que se exige que concurran en el autor presupuestos especiales. El sujeto activo actúa con abuso de poder o abuso del cargo, prevaliéndose de sus relaciones con las autoridades estatales. El autor se aprovecha de ciertos poderes que le han sido conferidos y los utiliza en contra del sujeto pasivo. El aparato institucional que se puso en sus manos para proteger a las personas es el que le facilita la comisión del delito. En este sentido, como indica De la Cuesta Arzamendi, "se deja a las víctimas totalmente desprovistas de protección.

Este delito, (el de tortura) se encuentra apegado precisamente a lo que establece la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la tortura, por lo tanto no puede ser el resultado de una acción por error o ser una conducta justificada penalmente.

No obstante la regulación legal en Guatemala no respeta dicha Convención citada, por cuanto explica lo siguiente: “La conducta descrita en el tipo de tortura casi reproduce íntegramente la definición de tortura de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanas o Degradantes. Las acciones típicas consisten en someter a condiciones o procedimientos que supongan un atentado contra la integridad moral. Este atentado puede ser a través de sufrimientos físicos, o mentales graves. Esta forma de tipificación olvida el hecho de que existen mecanismos poderosos de alterar la personalidad o integridad moral, que no requieren del dolor físico o mental, y que pueden ser mucho más aniquiladores o perversos. Por ejemplo los Psicofármacos, los métodos de desorientación sensorial, la pérdida de noción espacio temporal. Estos métodos permiten la transformación de la personalidad, sin que se aplique un sufrimiento físico o mental grave. El legislador guatemalteco en este sentido está además incumpliendo con lo establecido por la propia Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la cual define el delito tortura como: ...Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

Se comparten los criterios del autor citado, sobre todo porque Guatemala, al regular el delito de tortura no estableció la distinción entre la misma y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, los cuales pueden tener un énfasis y un contexto completamente distinto. Es de resaltar el hecho de que Guatemala también parte de las otras Convenciones citadas en el presente trabajo de investigación, y de que algunas de estas como se expresó en la primera parte de este mismo capítulo,

constituyen tratados de carácter vinculante, no obstante, el legislador guatemalteco omitió esta distinción a la que se alude, y adicionalmente no incluye los fines que describe tanto la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura así como la Declaración para la Protección de las Personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, y la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

El tipo de injusto debe recoger como elemento subjetivo específico alguna de las finalidades establecidas en el Artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la tortura. Es decir, el dolo del autor obtener alguno de los fines enumerados: una declaración, un testimonio, castigar a la víctima por algo que ha hecho o una discriminación. Se exige entonces, sufrimientos físicos y mentales que se inflingen a la víctima persiguen alguno de los fines señalados. El dolo del autor debe ser en consecuencia un dolo directo de primer grado, no pudiéndose aceptar la figura del dolo eventual o *dolus generalis*. Por supuesto, el hecho de que el torturador pretenda, al aplicar el sufrimiento de la víctima, obtener determinadas finalidades, no significa que por ello se le imputen todas las consecuencias de su acción. En este sentido, lo que requiere el dolo directo es que abarque la intención de aplicar el dolor o sufrimiento sobre la víctima como un propósito determinado. Las secuelas por tanto, que se produzcan como consecuencia de la tortura no requieren obviamente, de este dolo de primer grado, éstas pueden imputarse a título de dolo directo, eventual o inclusive imprudencia.

Los fines de la tortura comprenden 4 hipótesis: obtener información, castigar a la

víctima, intimidarla o coaccionarla. No se ha previsto otra finalidad, con lo cual sería problemático encuadrar una conducta en la que se perpetre tortura por razones gratuitas. La recurrencia a la definición de los tratados contra la tortura no servirían sino para ilustrar al operador del Derecho pero no para considerarlo como elemento definitorio del crimen y en tales supuestos, podría obtenerse impunidad en esta modalidad.

En cambio, no se ha previsto la tipificación del delito de tratos crueles, inhumanos o degradantes, como exigen los citados tratados universal y regional.

En ese sentido las decisiones de los órganos intergubernamentales de protección de la ONU y la OEA han adoptado recientemente definiciones interesantes en el tema.

Es necesario que las leyes penales observen el principio de estricta legalidad. La legislación debe de disponer que únicamente los jueces pueden decretar la detención de las personas con carácter cautelar. Por tal motivo, la detención policial solo puede llevarse a cabo en los casos de la cuasiflagrancia, y siempre y cuando se justifique la persecución penal.

El Estado de Guatemala continúa su lucha por erradicar las prácticas de tortura, de tratos crueles, inhumanos o degradantes, no obstante persistir en los agentes de policía y funcionarios o empleados estatales de poca preparación, capacitación y cultura.

El Estado de Guatemala, en su lucha por erradicar estas prácticas no puede dejar de perseguir a los responsables, y procesarlos en estricta aplicación de la ley. Además de que se debe perseverar en la capacitación de todo funcionario público y operador de justicia, principal y especialmente a los del sistema penal.

Debe hacerse finalmente énfasis en que aunque como señaló el autor Guatemalteco Alejandro Rodríguez (ya citado en el presente trabajo de investigación), la tortura no puede ser una conducta justificada, ni un acto que se cometa por error. Además es una conducta dolosa, cometida con dolo directo no eventual, aunque sus consecuencias sean no deseadas. En lo que se discrepa del autor en mención, es esto último, toda vez que en consideración personal, la tortura debe ser una acto de total representación con sus consecuencias en general, sin importar la finalidad original del sujeto activo.

A este extremo es necesario agregar que el mismo hecho de la interpretación de la tortura resulta con tanto instrumento internacional ratificado y con todas las significaciones que en doctrina se hacen de la misma, muy difícil de puntualizar en cuanto su regulación legal.

Cuando ocurre una violación de Derecho Internacional existen consecuencias no sólo para la persona individual responsable sino además la persona jurídica vinculada directamente con éste responsable.

Cuando un Estado viola sus obligaciones respecto de estos delitos de categoría

internacional, nace una responsabilidad estatal pese, a que esta responsabilidad requiere de un análisis más científico para su comprensión.

4.10. La tortura en el departamento del Quiché

Con fundamento en la Carta de la Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos, se realiza un análisis de los alcances y consecuencias jurídicas que pueda tener la mala aplicación del derecho indígena, cuando viola pactos internacionales, los que precisamente fueron creados para su defensa. Desde el punto de vista jurídico en materia penal, se analiza si los indígenas que imponen penas crueles y torturas a sus víctimas, son susceptibles de ser perseguidos penalmente por la comisión de los delitos cometidos y si transgreden o violan leyes nacionales y pactos internacionales signados por el Estado de Guatemala; hasta que punto aplican legalmente el derecho consuetudinario, ya que basándose en el mismo infieren torturas y tratos crueles a los indígenas que juzgan.

El objetivo de la investigación se centra en determinar hasta donde se pueden imponer penas aplicando el derecho consuetudinario, ya que el mismo no está plasmado en un documento, dejando a los juzgadores para que a su criterio impongan penas que violan los derechos humanos.

Los juzgadores en el derecho consuetudinario imponen penas crueles e inhumanas, sin dar la menor posibilidad al sindicado para que se defienda, sin embargo, es necesario mencionar que el derecho de defensa se encuentra plasmado en la Constitución

Política de la República de Guatemala, en el Artículo 12, por lo que se viola el precepto constitucional que fue creado para aplicarse en la República y no sólo para ciertas personas o grupos, esto implica que el derecho de defensa, no debe ser en ningún momento violado o transgredido, por ninguna autoridad del Estado, grupos o personas particulares, ya que, es una garantía suprema a la dignidad y al respeto de los derechos humanos del imputado. Esta garantía está regulada también el Código Procesal Penal en el Artículo 20, el cual establece: “La defensa de la persona o de sus derechos es inviolable en el proceso penal...”

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos en el Artículo 8, numeral 2, inciso d), señala que el inculpado tiene derecho a defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

La importancia de la investigación es determinar hasta donde le está permitido al derecho consuetudinario imponer sanciones y cual es el tipo de éstas, ya que tal derecho no tiene regulación expresa, y hasta donde el Estado puede actuar en defensa del indígenas que es sancionado con penas degradantes y de tortura, además si se viola la Constitución Política de la República de Guatemala, las leyes ordinarias de la República y los pactos internacionales sobre derechos humanos.

En la actualidad se ha hecho una mala aplicación del derecho consuetudinario, cuando se juzga a indígenas o integrantes de la comunidad, pues se les han impuesto penas que riñen con la moral y la dignidad del penado, pues se le obliga a desnudarse y

cargas bultos de mucho peso, además de ser rapados e incados sobre piedras, además de recibir azotes y retirarlos de sus comunidades, sin haberse llevado un procedimiento donde puedan defenderse y demostrar que no son culpables del delito que se les acusa, sin dárseles un período donde puedan probar lo contrario, y, es más, después de haber sufrido torturas y vejámenes se les consigna a un tribunal de orden común.

El problema consiste en el hecho por el cual las comunidades que aplican el derecho consuetudinario al sancionar o penalizar al indígena, que supuestamente a transgredido la ley, torturan y atentan contra su dignidad, aplicando tratos crueles e inhumanos, y en consecuencia violan preceptos constitucionales, leyes ordinarias y tratados internacionales contra la tortura.

El concepto de derecho consuetudinario, a decir verdad, nada tiene de nuevo en general, tampoco en Guatemala. Desde hace relativamente poco tiempo, no más de unos 20 años, en el medio guatemalteco se le ha contrapuesto al sistema jurídico de la República, en distintos contextos y por diferentes razones. Algunos, para poner de relieve que, a pesar del transcurso de tres siglos de colonia española y casi otros dos de República independiente, sigue vigente el derecho maya. Otros, para señalar un ejemplo próximo a los guatemaltecos de un sistema jurídico que pudiera semejarse más a la common law de los pueblos de habla inglesa, que a nuestra tradición más bien positivista y de derecho legislado.

En ambos casos la circunstancia de que cada vez con más frecuencia se produzcan linchamientos o la aplicación de castigos degradantes (como el de ser azotado en

público), genera dudas y temores sobre el derecho consuetudinario indígena. Y qué decir de las quemas de estaciones de policía o de la destrucción de las oficinas de los ayuntamientos y de las residencias mismas de los alcaldes. Nada de esto tiene que ver con ese sistema. Esas son aberraciones consecuencia, más bien, del caótico sistema de justicia estatal, tan lento como impredecible.

No hay nada que garantice que el derecho consuetudinario sólo perpetuará las buenas costumbres o que consagrará soluciones eficientes. Si bien es cierto que la politización de la legislación es un problema bastante más común que la contaminación política de los fallos de los tribunales, también lo es que el derecho consuetudinario es bastante menos flexible y poco permeable a las innovaciones. Por definición preserva lo tradicional y, así como hay tradiciones dignas de conservarse, hay otras que no tanto.

“En el mes de agosto del año dos mil, el castigo a latigazos aplicado a tres presuntos delincuentes que fueron juzgados extrajudicialmente en Quiché, ha originado que sectores indígenas salgan en defensa del Derecho Consuetudinario, aunque otros sectores lo rechazan por considerarlo antijurídico.

El tema fue analizado ayer desde dos escenarios distintos. Con la idea de que la práctica del sistema de Justicia Maya evitará los linchamientos en el área rural y contribuirá a que el delincuente "tenga una verdadera rehabilitación y pague con trabajo los daños causados", distintas agrupaciones indígenas se pronunciaron a favor de esa forma de juzgamiento popular.

En conferencia de prensa, dirigentes de la Defensoría Maya recordaron los hechos ocurridos el 17 y 21 de agosto, en Zacualpa, y Lemoa, respectivamente, en Quiché, donde tres presuntos ladrones fueron castigados: los dos primeros con 25 azotes cada uno, y el tercero, con 70”³⁷.

“Al respecto, José Quesada Fernández, presidente de la Corte Suprema de Justicia, CSJ, dijo que existen algunas acciones del Derecho Consuetudinario comprensibles; incluso, algunos procedimientos que se pueden calificar de aceptables. Sin embargo, rechazó que se practique la violencia contra los detenidos, porque está fuera del marco de la ley.

Por su parte, Adolfo González Rodas, Fiscal General de la República, destacó que en términos generales, el Derecho Maya no está aceptado legalmente en el país.

"Estos juzgamientos están fuera del contexto jurídico, porque con ello se crearía distintos regímenes, lo cual no se puede aceptar", puntualizó el funcionario”³⁸.

No obstante, Frank La Rue, director del Centro de Acción Legal para los Derechos Humanos, Caldh, sostuvo que el Derecho Consuetudinario está reconocido dentro del Acuerdo de Identidad de los Pueblos Indígenas, y por ese motivo opinó que debe ser aceptado como una forma para resolver los problemas suscitados a nivel comunitario.

"La única condición es que se den las garantías mínimas de un proceso; es decir, que no haya castigos físicos".

³⁷ Prensa Libre. **Discrepan sobre derecho maya**. 24/08/2000.

³⁸ **Ibid.**

“De igual forma, Julio Arango Escobar, Procurador de los Derechos Humanos, adversó los castigos aplicados en algunas comunidades, porque el Derecho Maya no contempla azotes ni linchamientos.

Mientras algunos sectores pro Derechos Humanos comparten de alguna manera el Derecho Consuetudinario, Byron Barrientos, ministro de Gobernación, calificó los tres casos de "tortura".

Agregó que serán perseguidas penalmente las personas que ejecutaron dichas acciones, y para ello se reunirá con autoridades del Ministerio Público, con el fin de investigar los hechos”³⁹.

Según el Derecho Maya, las personas halladas culpables deben pagar con trabajo su falta. La mayoría de castigos a los indígenas que son juzgados en las comunidades se sanciona con un número de latigazos.

Entre los castigos figuran servicios a la comunidad por cierto tiempo, como reparar caminos. En otras ocasiones tienen que resarcir económicamente a la familia del afectado, ya sea por varios años o de por vida, cuando el sindicado es hallado culpable de haber ultimado a uno de los pobladores.

Cuando el daño es más grave y el delincuente es rechazado por la comunidad, el castigo es la expulsión de por vida de ese lugar.

El Derecho Maya se aplica exclusivamente en poblaciones indígenas, sin importar el área a dónde pertenezcan los habitantes.

³⁹ **Ibid.**

Autoridades de algunas localidades señalan que el proceso de juzgamiento se lleva a cabo por cualquier tipo de delito, desde riña hasta robo y asesinato.

El problema se da cuando las comunidades indígenas aplican el derecho consuetudinario al sancionar o penalizar al indígena, que supuestamente a transgredido la ley, torturan y atentan contra su dignidad, aplicando tratos crueles e inhumanos, y en consecuencia violan preceptos constitucionales, leyes ordinarias y tratados internaciones contra la tortura y derechos humanos.

En tal sentido, es necesario interrogar: ¿Las juntas que aplican el derecho consuetudinario violan los tratados de derechos humanos cuando aplican torturas físicas y psicológicas a los indígenas al imponer penas que van contrata la dignidad de los mismos?, ¿La aplicación del derecho consuetudinario viola la Constitución Política de la República de Guatemala, cuando aplican torturas a la integridad física del indígena al sancionarlos por delito o falta probablemente cometida?, ¿Se debe perseguir penalmente a las juntas que aplican el derecho consuetudinario por violar la constitución, aplicar torturas y tratos crueles e inhumanos y por participar en la comisión del delito?

CONCLUSIONES

1. Todo acto de violencia ejercido contra las personas es considerado como una violación a los derechos humanos, porque constituye un abuso de autoridad, cuando proviene del Estado o de grupos étnicos que se erogan ese poder, y una violación a la dignidad del ser humano.
2. Los actos de tortura no se justifican haciendo creer a la sociedad que con ello **se** le protege de los presuntamente delincuentes; es decir, la tortura y el incremento de las penas y tratos degradantes no son medidas de prevención de la delincuencia.
3. La tortura, a través de la historia, ha sido una práctica contraria a la dignidad humana, situación que no se justifica social ni jurídicamente; sin embargo, a pesar de encontrarse prohibida en los ordenamientos nacionales e internacionales su práctica continúa hoy en día, cuyo objetivo principal es hacer denigrar a una persona cuando se cree que su conducta es delictiva y que presuntamente participó en la comisión de un ilícito.
4. En el departamento del Quiché, la tortura se genera por el abuso de poder e impunidad de los servidores públicos o grupos étnicos; como consecuencia de una extrema ignorancia de las leyes, prepotencia y corrupción, falta de capacitación y concientización acerca de la protección y respeto a los derechos humanos y obligaciones de los gobernados; los malos tratos pueden tener relación directa en el seno del hogar.
5. Las personas que ejercen el derecho consuetudinario, en el departamento del Quiché, muchas veces son alcaldes auxiliares, quienes con prepotencia imponen sanciones corporales a los sindicatos de la comisión de un delito, sólo con la denuncia de otra persona, sin ejercer una averiguación que los lleve a la verdad de los hechos.

RECOMENDACIONES

1. Que el Estado de Guatemala se obligue jurídicamente a erradicar la tortura cometida por los servidores públicos, y evite las detenciones ilegales; implementando los procedimientos necesarios para supervisión y sanción de estos casos.
2. El Ministerio Público debe seguir la persecución contra los infractores de la ley en el caso de tortura, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; no importando si son funcionarios públicos o grupos étnicos que aplican el derecho consuetudinario.
3. Es necesario que los órganos jurisdiccionales, en los casos de tortura, sancionen a los infractores, penal y civilmente, según la violación de la ley, incluyendo a los autores materiales, así como a los intelectuales de dicha conducta, cuando se violen tratados internacionales y de derechos humanos.
4. El Estado de Guatemala debe aplicar el Convenio sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Degradantes e Inhumanos, por ser Estado Parte, y en consecuencia persiga penalmente a las personas que causan tortura y tratos crueles; escudándose en el derecho consuetudinario.
5. Es importante que el ente investigador reciba las denuncias relacionadas con la tortura y otros tratos crueles, degradantes e inhumanos, para llevar ante los tribunales competentes a las personas que cometen dichos delitos, como una forma de dar seguridad jurídica a la persona.

BIBLIOGRAFÍA

Academia de la Lengua Española. **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**. Madrid, España: Ed. Espasa Galdos S.A., 2002.

AGUILAR CUEVAS, Magdalena **Manual de capacitación. Derechos humanos aprendizaje y formación**. México: Impreso por Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

BECCARIA, César. **Tratado de los delitos y de las penas**. México: Ed. Porrúa, S A, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Teoría general del derecho**. Bogotá, Colombia: Ed. Temis S.A., 1997.

BUNSTER, Álvaro. **Escritos de derecho penal y política criminal archivo de derecho penal**. México: Ed. Científica, 1994.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico de derecho usual**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1989.

CALABUIG, J A Gisbert **Medicina legal y toxicología**. Barcelona, España: Ed. Masson, 1991.

CRUZ TORRERO, Luis Carlos. **Seguridad, sociedad y derechos humanos**. México: Ed. Trillas, 1995.

DE LACUNZA D J. M. **Novísimo sala mexicano (o ilustración al derecho real de España)**. España: Imprenta del Comercio, 1998.

Décimo informe sobre Derechos Humanos de la Misión de Verificación de Naciones Unidas para Guatemala, Enero 2,000.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. **Diccionario jurídico mexicano**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1998.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo. **Las consecuencias jurídicas del delito**. España: Ed. Tecnos, 1996.

LARA PONTE, Rodolfo. **Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano**. México: Ed. Porrúa, 1998.

LÓPEZ REY y Arrojo. **Manual de criminología**. Madrid, España: Biblioteca Jurídica Aguilar, 1978.

MARTÍNEZ GÁLVEZ, Arturo. **Derechos humanos y el procurador de los derechos humanos**. Guatemala: Ed. Vile, 1999.

MELOSSI, Dario. **El estado del control social, un estudio sociológico de los conceptos (le estado y control social en la conformidad de la democracia. México**. Editores Siglo XXI, 1990.

MILLAN, Puelles. **Sobre el hombre y la sociedad**. Madrid, España: Ediciones Rialp S.A., 1976.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**. Perú: Ed. PPU, 1986.

MIRÓN REYES, Jorge A. **Conceptualización de los derechos humanos Coloquio Internacional. La ciencia penal y la política criminal en el umbral del siglo XXI**. México: Editado por Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1996.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Manual de derecho penal español**. Barcelona, España: Ed. Tirant Lo Blanch, 1996.

NEUMAN, Edwar. **Victimología**. México: Ed. Harla, 1998.

Organización de las Naciones Unidas. **Contra la tortura**. París, Francia: Ed. Tríptico, 2001.

PALOMAR de Miguel, J. **Diccionario para juristas**. México: Ed. De R L, 1981.

REINALDI, Víctor F. **El delito de tortura**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1986.

RÍOS REYES, Ana L. **Tortura y derechos humanos**. México: Editado por la Universidad Veracruzana, 1994.

Revista Lex. **Responsabilidad del Estado y derechos humanos**. Marzo 2000 Números 56-57 México.

REYES TAYABAS, Jorge. **Cambios legislativos sobre derechos de los inculpados y protección de los ofendidos en los procedimientos penales federales**. México: Editado por la Procuraduría General de la República, 1999.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Análisis crítico sobre la tendencia político criminal del período 1994 – 1998**. Guatemala: Ed. ICCO, 1999.

RODRÍGUEZ, Alejandro. **Delitos de tortura.**, Guatemala: Editado por Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penal de Guatemala, 2001.

RUIZ HARRELL, R. **“Criminalidad y mal gobierno**. México: Ed. Sansores y Aljure, 1998.

SAGASTUME GEMMELL, Marco Antonio. **Curso básico de derechos humanos**. Guatemala: (s.e.), 2001.

SÁNCHEZ BRINGAS, Enrique. **Derecho constitucional**. México: Ed. Porrúa, S.A., 1991.

TAPIA HERNÁNDEZ, Silverio Compilador. **Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México**. México: Editado por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

ZECEÑA, Oscar. **Derecho penal moderno**. México: Ed. Harla, 1998.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Penal. Decreto número 17-73 del Congreso de la República de Guatemala.

Código Procesal Penal. Decreto número 51-92 del Congreso de la República de Guatemala.

Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984.

