

El delito de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

*Carlos Alberto Suárez López**

Resumen

En este texto se explora el concepto de delito de tortura adoptado por el ordenamiento jurídico-penal colombiano, con base en las dos sentencias de constitucionalidad que la Corte Constitucional colombiana ha proferido sobre el tema hasta el momento, con el fin de compararlo con la noción de delito de tortura que se deriva de los estándares internacionales, la experiencia histórica y el derecho penal comparado. Así mismo, este artículo analiza las implicaciones de tal concepción.

Palabras clave: delito de tortura, autonomía personal, integridad personal, dignidad humana, derecho internacional humanitario, sujeto activo cualificado, servidores públicos, gravedad de los dolores y sufrimientos, principio *pro homine*.

Abstract

This text explores the concept of crime of torture adopted by the Colombian legal order based on the two sentences of constitutionality that the Colombian Constitutional Court has spoken on the topic so far, in order to compare it with the concept of crime

* Abogado y especialista en Ciencias penales y criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y alumno del doctorado en Derecho –modalidad intensiva– de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Director del Consultorio Jurídico y del Área de Derecho Penal de la Universidad Jorge Tadeo Lozano. Correo electrónico: carlos.suarezl@utadeo.edu.co.

of torture derived from international standards, historical experience and comparative criminal law, and analyse the implications of such a conception.

Key words: crime of torture, personal autonomy, personal integrity, human dignity, international humanitarian law, qualified active subject, public officials, severity of the pain and suffering, *pro homine* principle.

Abreviaturas utilizadas

Art.: artículo.

C. Const.: Corte Constitucional colombiana.

C. P.: Código Penal.

Cte. IDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

OEA: Organización de Estados Americanos.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

El imperativo de no torturar debe ser categórico, no hipotético.

Ernesto Sábato.

Introducción

Uno de los crímenes que la comunidad internacional condena hoy de manera unánime es la tortura, reprochable práctica frente a la cual existe en la actualidad un claro imperativo de *ius cogens*¹ para los Estados, que radica en la obligación de prevenirla, prohibirla y sancionarla adecuadamente².

1 Según el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 (sobre el derecho de los tratados), una norma imperativa de derecho internacional general o de *ius cogens* “es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

2 El artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU de 1948 señala que: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

El artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966 (uno de los denominados pactos de Nueva York) dispone que: “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”.

El artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos de la OEA de 1969, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica, establece que: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica

Para ello resulta esencial que las regulaciones internas de los Estados sobre el delito de tortura se encuentren ajustadas a los estándares internacionales, que son establecidos por declaraciones y convenciones internacionales, y en especial, en esta materia, por las siguientes: a) la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1975; b) la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984; c) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA de 1985; y d) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.

Un aspecto de diametral importancia en dichas regulaciones internas es el concepto de delito de tortura que se adopte. No se trata de una cuestión meramente conceptual, sino de una gran trascendencia político-criminal y práctica, dado que dicha noción va a determinar –ni más ni menos– cuáles comportamientos se consideran como constitutivos de este crimen y cuáles no.

y moral. 2. 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 (...).

El artículo 2° de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1975 señala que: “Todo acto de tortura u otro trato o pena cruel, inhumano o degradante constituye una ofensa a la dignidad humana y será condenado como violación de los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas y de los derechos humanos y libertades fundamentales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

El artículo 3° *ibídem* establece que: “Ningún Estado permitirá o tolerará la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrán 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 u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

El artículo 2° de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984 dispone que: “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 podrán 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”.

Finalmente, el artículo 1° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA de 1985 decreta que: “Los Estados Partes se obligan a prevenir y a sancionar la tortura en los términos de la presente Convención”.

Pero más allá de estas prohibiciones convencionales de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos, esta reprochable práctica se encuentra proscrita desde mucho tiempo atrás por la misma costumbre internacional con carácter de norma de *ius cogens*. Como bien lo anota Daniel Eduardo Rafecas: “las cláusulas y convenciones específicas se basan en el reconocimiento de que las prácticas de torturas y demás tratos o castigos crueles ya estaban prohibidas bajo el derecho internacional público de raíz consuetudinaria, más precisamente, como norma de *ius cogens*” (2010: 86).

Según Rafecas, en la actualidad en la comunidad internacional se entiende por tortura:

(...) todo tipo de imposición de violencia física o psicológica de carácter grave, impuesta por un funcionario público en abuso de sus funciones o a través de terceros que actúan bajo su amparo, sobre una persona que está legal o ilegalmente detenida, más allá de que tales violencias sean impuestas o no en el marco de un proceso penal, y sin que sea relevante el móvil procurado con dicha imposición (...) (2010: 86).

Vale la pena entonces analizar si la noción de delito de tortura que se ha adoptado en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, se ajusta a dicha conceptualización de este crimen, con base en los citados estándares internacionales y las implicaciones que tal concepto acogido internamente puede conllevar. Por tanto, se tomarán como referencias las dos sentencias de constitucionalidad que la C. Const. –intérprete por excelencia de la Constitución Política de Colombia³– ha proferido con relación al delito de tortura, en las cuales perfila el concepto en mención para efectos internos. Se hace referencia a las sentencias C-587/1992 y C-148/2005⁴.

El concepto de delito de tortura sentado por el tribunal constitucional en estos fallos se estudiará desde tres perspectivas: a) el bien jurídico tutelado a través de la punición de este crimen⁵; b) el sujeto activo, sujeto agente o autor de este delito; y c) la gravedad de los dolores o sufrimientos infligidos, necesarios para que se configure esta conducta punible. Como se verá a continuación, han sido estos los aspectos teóricos sobre los cuales ha tenido que pronunciarse el alto tribunal en estas dos sentencias y que resultan ser probablemente los más polémicos de esta modalidad delictual, al menos en nuestro contexto normativo y sociológico.

1. El bien jurídico tutelado

La primera cuestión que se debe dilucidar en cuanto al concepto de delito de tortura adoptado por el derecho penal colombiano, es cuál es el bien jurídico o interés jurídico

3 El artículo 241 de la Constitución Política de Colombia establece que: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (...)”.

4 La C. Const. también se pronunció sobre la tortura en las sentencias C-181/2002 y C-1076/2002, pero lo hizo respecto a la tortura como falta disciplinaria y no como delito. Por ende, dichas sentencias no serán tenidas en cuenta en este análisis, más allá de que constituyen precedentes jurisprudenciales importantes.

5 En realidad, el bien jurídico tutelado –tal como se verá adelante– no es un elemento del concepto de tortura *stricto sensu*, pero sí lato sensu, pues, por lo menos en la doctrina penal colombiana, quizá como herencia de la doctrina penal italiana de finales del siglo XIX, se señala en general como un elemento del tipo penal el objeto jurídico, y este ha sido definido como “el interés que el Estado busca proteger mediante los diversos tipos penales y que resulta vulnerado por la conducta del agente cuando ella se acomoda a la descripción hecha por el legislador” (Reyes, 2002: 109). De modo que en última instancia objeto jurídico y bien jurídico tutelado son conceptos equivalentes.

tutelado a través de la prohibición y el castigo de esta conducta punible⁶. Esta cuestión fue abordada por la C. Const. primordialmente en la sentencia C-587/1992, aunque hubo también algunas tangenciales referencias a ella en la sentencia C-148/2005.

Como punto de partida, se ha de tener en consideración que el tipo penal genérico de tortura (art. 178)⁷ se ubica en el C. P. de 2000 (estatuto penal vigente) en el Título III que se denomina “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en concreto, en el Capítulo Quinto que se llama “Delitos contra la autonomía personal”. En el C. P. de 1980 (el anterior estatuto penal) se hallaba consagrado en el título y en el capítulo del mismo nombre (art. 279)⁸. Esta ubicación podría conducir a pensar que para el legislador

6 La mayor parte de la doctrina penal en la actualidad coincide en manifestar que la legitimidad o justificación del poder punitivo y del derecho penal de él derivado, radicaría en que los mismos protegen o tutelan bienes jurídicos. De igual manera, la legitimidad o justificación de cada norma penal individualmente considerada, radicaría en que debe proteger o tutelar al menos un bien jurídico, pues de lo contrario se trataría de una norma penal inválida (cfr. Bacigalupo, 1999).

La dificultad más grande de esta tesis consiste en definir con precisión el concepto de bien jurídico, a efectos de que pueda cumplir con esta importante función político-criminal. En ese sentido, es posible acoger la definición del profesor alemán Claus Roxin, para quien: “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema” (2001: 56).

7 El artículo 178 del C. P. de 2000 tipifica el delito de tortura genérico de la siguiente forma: “El que inflija a una persona dolores o sufrimientos (graves), físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En la misma pena incurrirá el que cometa la conducta con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o inherente a ellas”.

La expresión entre paréntesis fue declarada inexequible, precisamente, en la sentencia C-148/2005, que abajo se comentará.

Esta pena se incrementó a través del artículo 14 de la ley 890/2004 que dispuso que: “Las penas previstas en los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal se aumentarán en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo”. Esta muy cuestionable norma, que subió de golpe la pena para todos los delitos de la facción especial, hizo parte de la reforma penal sustancial que acompañó a la reforma procesal penal del mismo año (ley 906/2004), encaminada a adoptar en Colombia un sistema procesal penal de tendencia acusatoria.

8 El artículo 279 del C. P. de 1980 consagraba el delito de tortura en estos términos: “El que someta a otro a tortura física o moral, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, siempre que el hecho no constituya delito sancionado con pena mayor”.

Esta norma, de evidente amplitud descriptiva y laxitud punitiva, se modificó apenas en el año 2000 mediante el artículo 6° de la ley 589, que tipificó esta conducta punible de una manera mucho más técnica y adecuada a su gravedad: “El que inflija a una persona dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o

colombiano el bien jurídico tutelado a través de la penalización de la tortura es, en exclusiva, la autonomía personal.

Este bien jurídico ha sido entendido por la doctrina penal nacional como:

(...) una aplicación de la libertad de la persona a fin de que esta dirija y controle su conducta, de modo que no solo implica capacidad de desplazarse materialmente de un lugar a otro, sino disposición de determinarse independientemente de todo lo referente a la génesis y contenido de las decisiones (Pérez, 1985: 401).

En última instancia, se trata de la libertad de voluntad de la persona, de la posibilidad de autodeterminarse de manera libre.

No obstante, en la sentencia C-587/1992 la C. Const. reconoce que, además de la autonomía personal, por medio de la prohibición y el castigo del delito de tortura se protegen los derechos fundamentales a (entiéndase, en lenguaje jurídico-penal, los bienes jurídicos de) la integridad personal y la dignidad humana. Según el alto tribunal:

(...) el derecho a no ser torturado, igual que el derecho a no ser sometido a desapariciones forzadas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, son todas hipótesis mediante las cuales se pueden vulnerar los verdaderos derechos que se quieren proteger: el derecho a la *integridad personal*, a la *autonomía* y especialmente a la *dignidad humana* (C. Const. sentencia C-587/1992) (itálicas nuestras).

La integridad personal se define por la doctrina penal colombiana como “la integridad física y psíquica de la persona, aquella tanto en su contenido anatómico como fisiológico, y esta –la psíquica–, en su funcionalidad que está ligada indisolublemente a una base somática” (Tocora, 2009: 6).

Por su lado, la dignidad humana es entendida por la doctrina constitucional nacional como

(...) aquello que constituye en toda persona su condición imprescindible, cuya renuncia, lesión o desconsideración le degrada a un nivel de estima incompatible con su naturaleza. El respeto a la dignidad del ser humano es un principio fun-

de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación incurrirá en prisión de ocho a quince años, multa de ochocientos (800) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En la misma pena incurrirá el que ocasione graves sufrimientos físicos con fines distintos a los descritos en el inciso anterior.

No se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas”.

Esta norma tuvo escasa vigencia, pues muy pronto fue derogada por el citado artículo 178 del C.P. del 2000, que tiene una redacción idéntica.

damental del Estado colombiano (art. 1º) y se erige como el pilar sobre el cual se asienta todo el sistema de los derechos fundamentales y el de sus garantías (Vila, 2007: 466-467).

El delito de tortura en el derecho penal colombiano es, entonces, un ejemplo de lo que la doctrina penal denomina un delito pluriofensivo, es decir, una conducta punible que atenta simultáneamente contra dos o más bienes jurídicos dignos de tutela⁹.

Ahora bien, la Corte en la misma sentencia C-587/1992, en armonía con algunos estándares internacionales, enfatiza el derecho a la integridad personal como principal objeto de protección de la norma penal que proscribe la tortura. Sin embargo, no considera el tribunal constitucional que la ubicación de la tortura en el C. P. colombiano como un delito contra la autonomía personal, sea algo censurable:

El artículo 279 del Código Penal colombiano [de 1980], cuya constitucionalidad se estudia en esta providencia, fue ubicado por el legislador penal en el título de los delitos contra la libertad individual y otras garantías, en particular en el capítulo que describe los delitos en contra de la autonomía personal. A diferencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, y de la misma Constitución colombiana, que consideran la tortura como una conducta vulneradora del derecho a la integridad personal, la legislación penal colombiana considera que el bien jurídico que se debe proteger con la sanción penal de la tortura, es la autonomía personal, lo cual tiene una utilidad concreta en los procesos decisorios penales para determinar la antijuridicidad material de la conducta.

Esta discrepancia no tiene ninguna relevancia pues demuestra únicamente el carácter netamente pluriofensivo de la conducta de tortura. [Por] otra parte, dentro de la función sistematizadora de la tipicidad, se explica que el legislador penal haya ubicado la tortura en el capítulo de los delitos contra la autonomía personal, para diferenciarla penalmente de otras conductas, como por ejemplo las lesiones personales, esas sí claramente atentatorias del derecho a la integridad personal.

Los delitos contra la autonomía personal difieren de otros delitos contra el bien jurídico de la libertad (secuestro, detención arbitraria). Estos implican una restricción física de la libertad, mientras aquellos hacen referencia a una restricción de la libertad, donde la voluntad se vicia y el consentimiento se interfiere, sin que necesariamente haya una restricción o eliminación de la movilidad corporal. La antijuridicidad ínsita en estos tipos penales se fundamenta en el perjuicio que se causa a la persona cuando, por cualquiera de las conductas allí descritas, se condiciona su

9 Según Velásquez, son delitos pluriofensivos aquellos “que –como su nombre lo indica– amparan al mismo tiempo varios bienes jurídicos, como sucede con el tipo de incendio (art. 350, inc. 1º), que afecta tanto el patrimonio económico como la seguridad pública; el homicidio sobre persona protegida, que afecta tanto la vida como el abstracto bien jurídico conformado por el ‘derecho internacional humanitario’ (art. 135) y el incesto, que lesiona la familia, la libertad y el pudor sexuales (art. 237)” (2009: 638).

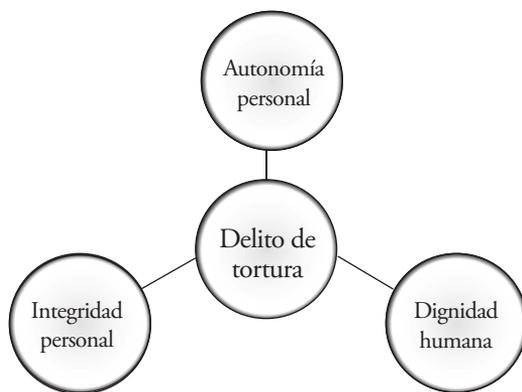
propia voluntad a la voluntad o deseos del sujeto activo de esa conducta (C. Const., sentencia C-587/1992).

Por su parte, en la sentencia C-148/2005 poco se trata la cuestión del bien jurídico tutelado por medio de la punición de la tortura, pero se destaca el derecho a la dignidad humana como base de la prohibición constitucional de la misma, lo cual también se encuentra en armonía con los instrumentos internacionales. Según el alto tribunal:

(...) el contenido que el Constituyente dio al artículo 12 de la Carta [la norma constitucional que proscribe la desaparición forzada, la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes], corresponde a la consagración de un derecho que no admite restricciones que lo conviertan en relativo y que a la prohibición que consagra la norma superior citada –dirigida en este sentido a cualquier persona sea agente estatal o particular–, subyace el reconocimiento y protección al *principio fundamental de dignidad humana* como fuente de todos los derechos (C. Const., sentencia C-148/2005) (itálicas nuestras).

En ese entendido, es posible concluir que para la C. Const., más allá de la ubicación del crimen de tortura en el C. P. entre los delitos que atentan contra la autonomía personal, se trata de un delito pluriofensivo, que lesiona, además, la integridad personal de la víctima y, en última instancia, su dignidad humana. Entre esos bien jurídicos protegidos, el tribunal constitucional parece darle prelación, precisamente, a la integridad personal y a la dignidad humana, sin desconocer la importancia de la autonomía personal como objeto de tutela (ver figura 1).

Figura 1.



En nuestra opinión, se trata de una interpretación jurisprudencial plausible de los bienes jurídicos tutelados a través de la sanción penal de la tortura, y ello por varias razones:

1. De esta forma, la Corte armoniza con acierto el ordenamiento jurídico-penal interno con el ordenamiento jurídico internacional. Por ejemplo, en la Conven-

ción Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, la prohibición de la tortura y de las penas y tratos crueles, inhumanos y degradantes se halla consagrada en el artículo 5° que se titula “Derecho a la integridad personal”, luego se encuentra casi indisolublemente ligada a tal derecho fundamental (cfr. Cte. IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia 29/07/1988; Cte. IDH. Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras, sentencia 20/01/1989; Cte. IDH. Caso Gutiérrez Soler *vs.* Colombia, sentencia 12/09/2005; Cte. IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, sentencia 26/11/2010). Por su lado, el artículo 2° de la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de 1975 señala que todo acto de tortura constituye una “ofensa a la dignidad humana”. El tribunal constitucional reconoce entonces de forma adecuada, la pluriofensividad de este aberrante crimen.

2. Con esta interpretación el castigo del delito de tortura, cuando obedece a algunos de los móviles específicos que establecen algunos instrumentos internacionales¹⁰, halla una mejor fundamentación para efectos internos. En efecto, si el bien jurídico tutelado fuera en exclusiva la autonomía personal, podría fundamentarse

10 El artículo 1° de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984 define la tortura como: “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”. En virtud de esta definición pueden ser móviles específicos de la tortura: a) obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión; b) castigar a la víctima por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido; c) intimidar o coaccionar a la víctima o a otras personas; o d) cualquier razón cimentada en cualquier tipo de discriminación.

El artículo 2° de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA de 1985 define en términos mucho más amplios la tortura, al señalar que la misma es: “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”. Aquí los móviles específicos de la tortura se generalizan mucho más, ya que los mismos pueden ser: a) fines de investigación criminal; b) fines intimidatorios; c) fines de castigo personal; d) fines preventivos; e) fines punitivos; o f) cualquier otro fin. Con la consagración de este último móvil genérico, es posible afirmar que se elimina esta exigencia subjetiva, pues cualquier *telos* podría dar lugar a la configuración de este crimen.

Esta regulación del elemento subjetivo del crimen de tortura de la Convención Interamericana resulta más plausible, dado que, como bien lo asegura Rafecas, “es muy destacable que para esta Carta interamericana, afirmado objetivamente un acto de tortura, desde el punto de vista subjetivo resulta indistinta la finalidad que el perpetrador persiga al imponerla” (2010: 91).

No obstante, como cabe la posibilidad de que algún ordenamiento jurídico específico tome como modelo de regulación en este aspecto la Convención de la ONU y no la Convención de la OEA, el tema de los móviles específicos de la tortura sigue siendo un aspecto problemático.

adecuadamente la tortura cuando obedeciera a los móviles de obtener de la víctima o de un tercero información o una confesión, o de intimidar o coaccionar a la víctima o a otras personas, pues son móviles a través de los cuales se pretende subyugar la libertad de voluntad del sujeto pasivo o de terceros, pero no así cuando la imposición de dolores o sufrimientos obedeciera a los móviles de castigar a la víctima por un acto que haya cometido o que se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, ya que a través de ellos no se persigue dicha finalidad de subordinación de la autonomía personal, sino otras igualmente deleznable.

En cambio, al concebir el delito de tortura como atentatorio, además de la autonomía personal, de la integridad personal y la dignidad humana, al realizar la interpretación teleológica del tipo penal¹¹, la penalización de la inflicción de dolores o sufrimientos a otro en virtud de dichos móviles no subyugantes de la libertad de voluntad encuentra plena fundamentación. El que, por ejemplo, tortura a otro por mero ánimo de humillación o por mero sadismo, sin pretender subordinar su voluntad de ninguna manera, atenta ya contra su integridad personal y su dignidad humana, y, por lo tanto, debe ser castigado como autor del delito de tortura.

3. Con esta hermenéutica el alto tribunal excluye interpretaciones bastante discutibles del delito de tortura, como aquella según la cual, partiendo de la premisa de que el bien jurídico tutelado es la autonomía personal de manera exclusiva, “si se demuestra que el autor realizó los actos de tortura, pero la víctima no determinó su voluntad a la del torturador, no podrá hablarse de este punible” (Sampedro, 2011: 789-790). Ello supondría, por ejemplo, que si la persona a la cual se le infligen graves dolores o sufrimientos con el fin de obtener de ella una confesión, valiente y estoicamente resiste y no confiesa, no se configuraría el delito de tortura y, aún más, en caso tal que esos dolores y sufrimientos no dejen ninguna secuela física o psíquica (lo cual no sería extraño dada la sofisticación de los actuales métodos de tortura), la conducta sería absolutamente atípica, pues ni siquiera un delito de lesiones personales se estructuraría. En cambio, si se interpreta, como bien lo hace la Corte, que el delito, más allá de su ubicación en el C. P., es pluriofensivo y que atenta además –y primordialmente– contra la integridad personal y la dignidad humana, dicha polémica solución no encuentra asidero.

Sin embargo, pese a que la interpretación de la C. Const. respecto de los bienes jurídicos individuales tutelados a través de la punición del delito de tortura resulta plausible, un aspecto que es posible cuestionar es que la Corte aún no haya reconocido que con esta

11 Según Muñoz y García (2004), la interpretación teleológica en materia penal es “aquella que atiende a la finalidad perseguida por la norma. Frecuentemente, la ubicación de un precepto penal orienta acerca de los fines que persigue y, más concretamente, acerca de cuál es el bien jurídico que se quiere proteger, lo que, en definitiva, permite decidir cuáles son los supuestos a los que debe ser aplicado” (Muñoz y García, 2004: 127).

conducta punible se vulnera también el bien jurídico colectivo de la administración pública¹².

Tal como lo anota Rafecas:

[En cuanto] al delito de tortura en particular, se ha dicho recientemente que cuando el funcionario interroga, sanciona o se integra en una relación en la que los individuos están privados legítimamente de la libertad, realiza actividades propias y exclusivas del ejercicio del poder público.

Si al extralimitarse en las funciones propias de su cargo, lesiona un derecho individual del sujeto pasivo (en este caso la dignidad personal) su conducta, al llevarse a cabo en el ejercicio del poder público, aparece como directamente atribuible al Estado o al ente del que forma parte.

De este modo (...) el funcionario no solo lesiona la dignidad personal de la víctima, sino que además lesiona el correcto ejercicio de la función pública en el desempeño de sus actividades, con el consiguiente quebranto del interés de la Administración y de la confianza de los ciudadanos en el desempeño de estas actividades conforme a la legalidad (2010: 104-105).

Ahora bien, seguramente el tribunal constitucional todavía no ha reconocido en sus fallos este quebranto de la función pública a través de las conductas constitutivas de tortura porque –como se verá adelante– no ha limitado la comisión de este delito a los funcionarios públicos como sujetos activos y, menos aún, a las personas privadas de su libertad como sujetos pasivos.

Finalmente, para completar el panorama del bien jurídico tutelado mediante la penalización del delito de tortura en el derecho penal colombiano, se debe señalar que en el C. P. de 2000, además del tipo penal genérico, existe otra clase penal específica que tipifica esta conducta punible, pero con unos caracteres especiales, denominada “tortura en persona protegida por el derecho internacional humanitario” (art. 137)¹³.

12 Pacheco declara que: “La locución *administración pública* (...) es sumamente elástica. Pero, en el sentido en que está usada por el legislador, significa el conjunto de órganos, o individuos, de que se vale el Estado para el cumplimiento de sus fines. Dentro de este amplio concepto caben, además de la administración pública en sentido estricto (la actividad ejecutiva no manifestada en actos políticos), la actividad legislativa y la judicial” (1959: 131).

13 El artículo 137 del C. P. de 2000 tipifica este delito de tortura en persona protegida por el derecho internacional humanitario de la siguiente forma: “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, inflija a una persona dolores o sufrimientos (graves), físicos o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o confesión, de castigarla por un acto por ella cometido o que se sospeche que ha cometido, o de intimidarla o coaccionarla por cualquier razón que comporte algún tipo de discriminación, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años”.

La expresión entre paréntesis fue declarada inexecutable, en la sentencia C-148/2005.

Esta norma penal se enmarca en el Título II del Libro Segundo del C. P. de 2000 llamado “Delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario”, que es un título que el legislador colombiano decidió incorporar en el año 2000 al estatuto penal con el fin de “atender los compromisos internacionales ligados a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y en particular de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977” (C. Const., sentencia C-148/2005).

En ese entendido, a través de este tipo penal de tortura específico se tutelarían, no solo los tres bienes jurídicos individuales mencionados (autonomía personal, integridad personal y dignidad humana), sino también el abstracto bien jurídico del derecho internacional humanitario, que, según la definición de la doctrina penal internacional, “comprende toda disposición de derecho internacional que regule el tratamiento de personas involucradas en o afectadas por conflictos bélicos” (Werle, 2005: 425).

Estas disposiciones internacionales regulan tanto los conflictos armados internacionales como los conflictos armados internos o sin carácter internacional, tal como el que padece Colombia desde hace décadas (*vid. infra* nota al pie 26). Dicho derecho internacional humanitario se conforma básicamente por los cuatro convenios de Ginebra de 1949¹⁴, el artículo 3° común a los cuatro convenios de Ginebra y sus tres protocolos adicionales de 1977 y 2005¹⁵. A los conflictos armados internos o sin carácter internacional les son aplicables fundamentalmente el artículo 3° común a los cuatro convenios de Ginebra y el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra (cfr. Werle, 2005). En otros términos, la regulación internacional de los conflictos armados internos o sin carácter internacional, en atención al principio de autonomía de los Estados, es de manera sustancial, menor que la regulación de los conflictos armados internacionales, pero existe.

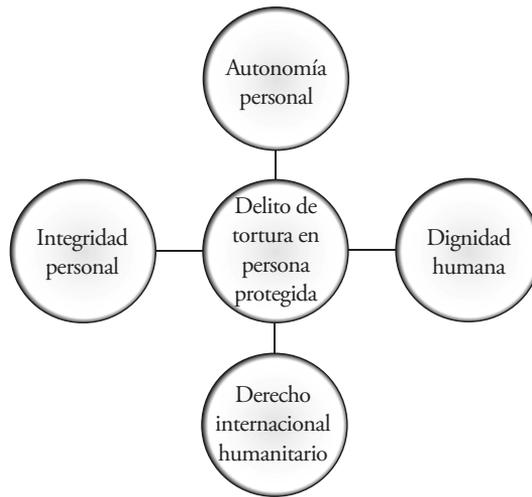
La figura 2 muestra los bienes jurídicos tutelados a través de la prohibición y el castigo del delito de tortura en persona protegida por el derecho internacional humanitario.

Esta pena se incrementó también a través del citado artículo 14 de la ley 890/2004 en la tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo.

14 I Convenio de Ginebra: para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; II Convenio de Ginebra: para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; III Convenio de Ginebra: relativo al trato debido a los prisioneros de guerra; y IV Convenio de Ginebra: relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra.

15 Protocolo I adicional a los convenios de Ginebra de 1949: vinculado con la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (1977); Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra de 1949: atinente a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (1977); y Protocolo III adicional a los convenios de Ginebra de 1949: relativo a la aprobación de un signo distintivo adicional.

Figura 2.



2. El sujeto activo, sujeto agente o autor

El segundo interrogante que se debe despejar con relación al concepto de delito de tortura del derecho penal colombiano, es quién puede ser sujeto activo, sujeto agente o autor¹⁶ del mismo; o, de manera más concreta, si solo puede ser sujeto activo de este crimen quien ostente la calidad de servidor público¹⁷ o también puede serlo el particular. Este problema lo abordó la C. Const. en la sentencia C-587/1992.

El tribunal constitucional dictamina en este fallo que en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, pueden ser sujetos activos de este delito tanto los servidores públicos como los particulares, esto es, que se trata de lo que la doctrina penal denomina un “delito común, con sujeto activo no cualificado o con sujeto activo indeterminado”¹⁸. Por ende,

16 De acuerdo con Velásquez, el sujeto activo, sujeto agente, actor o autor es “la persona natural que lleva a cabo la conducta tipificada en la ley” (2009: 570). De forma más concreta, tal como lo anota Suárez, “autor es quien, reuniendo todos los elementos (tanto objetivos como personales) solo o a través de otro o mediante actuación conjunta, ejecute, total o parcialmente, las acciones descritas en el tipo de la parte especial” (2007: 250).

17 El artículo 20 del C. P. colombiano define el concepto de servidor público para finalidades penales en los siguientes términos: “Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”.

18 Según Velásquez, son tipos comunes, con sujeto activo no cualificado o con sujeto activo indeterminado “los que no exigen ninguna condición especial para ejecutar la conducta en ellos descrita, y que pueden ser realizados por

el alto tribunal avala la constitucionalidad del ya citado artículo 279 del C. P. de 1980 que no cualificaba el sujeto agente del delito de tortura y que, como consecuencia de ello, había sido demandado por inexecutable¹⁹.

Cabe aclarar que pese a que actualmente el C. P. de 1980 se encuentra derogado, esta tesis jurisprudencial puede considerarse vigente, pues tanto el artículo 178 del C. P. de 2000, que tipifica actualmente el delito de tortura genérico, como el artículo 137 *ibidem*, que consagra el delito de tortura en persona protegida, no cualifican tampoco al autor de estos crímenes y no han sido hasta el momento cuestionados en su constitucionalidad por ese motivo. Es de esperarse que el día que alguien demande la declaratoria de inexecutable de estas normas penales por esta razón, el alto tribunal reafirme su tesis, pues no parece haber motivación para un cambio jurisprudencial.

La Corte, en dicho fallo, parte de la premisa de que:

En el Estado social de derecho –que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto–, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos. Conforman lo que se puede denominar el orden público constitucional, cuya fuerza vinculante no se limita a la conducta entre el Estado y los particulares, sino que se extiende a la órbita de acción de estos últimos entre sí.

En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; el Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales (C. Const., sentencia C-587/1992).

Para el tribunal constitucional:

cualquiera, como se desprende del anónimo ‘el que’ o ‘quien’ que suele encontrarse al comienzo de su redacción” (2009: 636-637). Estos tipos penales se oponen a los especiales, con sujeto activo cualificado o con sujeto activo determinado, que –según el mismo autor– son “los que requieren en el agente o sujeto activo una cualidad o categoría especial” (Velásquez, 2009: 637). En el mismo sentido apunta Suárez que: “Los delitos especiales son aquellos que solo pueden ser realizados a título de autor por la persona que tenga la cualificación exigida en el respectivo tipo de la parte especial, porque el círculo de autores está limitado a ciertas personas, y se contraponen a los delitos comunes, de los cuales cualquier persona puede ser autora” (2007: 511).

19 El actor consideraba que la norma acusada era violatoria del Título II y en especial del artículo 12 de la Constitución Nacional, pues argumentaba que dicho título se estableció únicamente como un conjunto de deberes de abstención por parte del Estado. Los particulares, según el demandante, “jamás podrían incurrir en delito proveniente de establecer la pena de muerte, extradición, aplicación de penas crueles. Todas estas funciones corresponden única y exclusivamente al Estado”. De igual manera, la tortura jamás podría atribuirse a los particulares por ser propia de organismos del Estado (cfr. C. Const., sentencia C-587/1992).

(...) una de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del Estado pueden vulnerar dichos derechos. Tal es el caso del tipo penal de tortura. La inexistencia de ese tipo penal eliminaría un eficaz instrumento de protección de derechos, mediante el cual el Estado anuncia una sanción penal para quien realiza esa conducta vulneradora y, de realizarse, la aplica (C. Const., sentencia C-587/1992).

Al contrastar el tipo penal de tortura del artículo 279 del estatuto penal de 1980 con los instrumentos internacionales de derechos humanos que proscriben esta práctica, la Corte parece reconocer implícitamente que la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984, en su definición de tortura consignada en su artículo 1° arriba citado (*vid. supra* nota al pie 10), circunscribe esta práctica a los funcionarios públicos como sujetos activos, bien sea de modo directo o indirecto. Sin embargo, resalta que: “(...) el mismo artículo, en su segundo numeral, establece que esa definición se entiende sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance” (C. Const., sentencia C-587/1992).

Se trata de una manifestación del principio *pro homine*,

(...) que consiste en que debe aplicarse la norma que favorezca más a la persona afectada, independientemente de la jerarquía de las normas en cuestión, o independientemente de que se trate de una norma especial derivada de un tratado sinalagmático frente a uno normativo, o de que se trate de cuerpo normativo posterior frente a otro anterior (Corcuera, 2004: 166).

Precisamente –según el alto tribunal– una protección más amplia de los derechos fundamentales en juego es la que brinda la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la OEA de 1985, que en su definición de tortura, incorporada en su artículo 2° ya referenciado (*vid. supra* nota al pie 10), no restringe esta práctica a los funcionarios públicos como autores y, por ende, admite la tortura por parte de particulares.

Concluye entonces el tribunal constitucional que:

(...) también a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, la tortura es susceptible de ser cometida por particulares o por agentes del Estado, sin perjuicio de la mayor responsabilidad de este en la protección y defensa de todos y cada uno de los derechos fundamentales (C. Const., sentencia C-587/1992).

La Corte admite que, por principio, la conducta del sometimiento a tortura es propia de los funcionarios del Estado y se da normalmente sobre personas privadas de la libertad, pero señala que nada obsta para que también sea realizada por particulares sobre personas no privadas de la libertad.

Es claro que ninguno de estos instrumentos, al prohibir la tortura, limitan dicha prohibición a los casos de personas privadas de la libertad. Por supuesto, las normas citadas son más específicas en los casos de privaciones de la libertad, entre otras razones porque es en esos casos donde es más posible que se presente la conducta de tortura, y porque el universo jurídico de los derechos humanos se ha desarrollado como un conjunto de limitaciones frente al Estado. Esto no quiere decir que el Estado sea el único ente susceptible de torturar. Los mismos instrumentos internacionales arriba citados, son contundentes al no limitar la prohibición de tortura a los casos en que proviene del Estado, lo cual no impide que sean más específicos en esta hipótesis en razón a su propia naturaleza y finalidad (C. Const., sentencia C-587/1992).

En consecuencia, para el alto tribunal el artículo 279 del C. P. de 1980 —que al tipificar el delito de tortura, no cualificaba al sujeto activo del mismo, y permitía así que pudieran ser autores tanto los servidores públicos como los particulares—, resulta constitucional:

En cualquiera de las dos modalidades [tortura física o tortura moral], de todas maneras, el sujeto activo es indeterminado, lo que implica que puede ser cometido por cualquier persona, y también por funcionarios públicos, lo cual, como se vio, está en un todo de acuerdo, no solo con la naturaleza de la Carta de Derechos de la Constitución, sino también con la norma constitucional expresa y los instrumentos internacionales que prohíben concretamente la práctica de la tortura (C. Const., sentencia C-587/1992).

Aún más, para la Corte dicho tipo penal, al no limitar la autoría de la tortura a los funcionarios públicos, resulta plausible por brindar una mayor protección a los derechos fundamentales en cuestión: “Por supuesto, tanto el artículo 12 de la Constitución Nacional, como el demandado artículo 279 del Código Penal, le dan ese mayor alcance al concepto de la tortura pues la predicen incluso de los particulares” (C. Const., sentencia C-587/1992).

La argumentación del tribunal constitucional en este fallo puede sintetizarse así:

1. La Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984 (suscrita y aprobada por Colombia y que hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad”²⁰) restringe en su artículo 1° la autoría de la tortura a los funcionarios públicos, de modo directo o

20 La C. Const. ha sostenido en reiteradas oportunidades que: “el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*” (C. Const., sentencia C-225/1995).

indirecto, pero dicha Convención de manera expresa, en virtud del principio *pro homine*, no se opone a una mayor protección de los derechos esenciales en juego por parte de otros ordenamientos jurídicos internacionales o nacionales.

2. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la OEA de 1985 (suscrita y aprobada por Colombia y que también constituye el denominado “bloque de constitucionalidad”), en cambio, no limita en su artículo 2° la autoría de la tortura a los funcionarios públicos, motivo por el cual puede concluirse que es la que ofrece una mayor protección de los derechos fundamentales en cuestión y, por tanto, en virtud de que el principio *pro homine*, debe ser el referente internacional para analizar la constitucionalidad del artículo 279 del C. P. de 1980.
3. Como quiera que el artículo 279 del C. P. de 1980 no cualifica el sujeto activo del delito de tortura y, por ende, admite que puedan ser autores del mismo, tanto los servidores públicos como los particulares, resulta ajustado a la mencionada Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA, razón por la que debe ser considerado constitucional (ver figura 3).

Figura 3.

Darí­a la impresión de que esta decisión de la Corte no concede ningún cuestiona-



miento. Se propugna a través de esta interpretación por una mayor protección de los derechos fundamentales comprometidos, lo que en principio no puede ser criticado. Sin embargo, esto es más problemático de lo que aparenta.

Para empezar, la no cualificación del sujeto activo del delito de tortura en el derecho penal colombiano, contrasta con la experiencia histórica de la tortura. Señala Rafecas que se trata de “una historia que siempre tuvo a la tortura como un procedimiento de carácter

público y en procura de unos fines eminentemente públicos” (2010: 8). Es más, el mismo autor destaca que según la doctrina mayoritaria:

(...) el alcance del término *tortura* no resulta compatible con la construcción de un delito común, pues (...) la calidad de funcionario público en el autor resulta inherente a la historia semántica de la tortura, hace a la propia connotación del término y de la institución significada.

En efecto, si se analizan las finalidades que suelen motivar la imposición de torturas, y su contexto institucional (la privación de libertad cometida por agentes públicos en ejercicio de sus funciones), puede observarse un común denominador: que es el Estado mismo, con toda la violencia de la que es capaz, el que de modo unilateral y autoritario interfiere en los derechos fundamentales del ciudadano que se encuentra a su merced (Rafecas, 2010: 110).

De igual manera, esta indeterminación del autor del delito de tortura, propia del ordenamiento jurídico-penal colombiano, difiere con lo que ocurre en el derecho penal comparado. Por ejemplo, contrasta con lo que sucede en el derecho penal argentino, en el cual el delito de tortura se encuentra circunscrito a los funcionarios públicos, bien sea directa o indirectamente, en armonía con la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU. En efecto, puede afirmarse que el tipo penal de tortura del artículo 144 tercero inciso 1° del C. P. argentino²¹ “se trata de un delito especial, ya que en principio solo puede ser cometido, en carácter de autor, por un *funcionario público* o –nota distintiva de la tortura– por un particular que actúa bajo su amparo” (Rafecas, 2010: 108-109). Se trata entonces, de una u otra forma, de un delito restringido al ámbito estatal o público.

Ahora bien, tratando de hallarle una explicación sociológica a estas diversas regulaciones del sujeto activo del delito de tortura en Argentina y Colombia, tenemos que la limitación de la autoría de esta conducta punible a los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico-penal argentino obedece, seguramente, a la particular experiencia histórica de dicho país, en especial durante la dictadura militar de 1976 a 1983 (cfr. Rafecas, 2010). Como bien lo destaca Rafecas:

21 El artículo 144 tercero del C. P. argentino dispone que: “1. Será reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura.

Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que este tenga sobre aquella poder de hecho.

Igual pena se impondrá a particulares que ejecutaren los hechos descritos.

(...).

3. Por tortura se entenderá no solamente los tormentos físicos, sino también la imposición de sufrimientos psíquicos, cuando estos tengan gravedad suficiente”.

En el caso de la más reciente dictadura militar argentina, el catálogo de respuestas jurídico penales que ofrecía el Estado de derecho usurpado les resultaba manifiestamente insuficiente a los diseñadores del régimen instaurado para canalizar el enorme caudal de violencia estatal que prevenían inyectar en la sociedad, afectando de modo masivo bienes jurídicos fundamentales de los ciudadanos.

Frente a la disyuntiva –absolutamente factible debido a la sustitución de la mismísima *norma fundamental* del orden jurídico vigente– de cambiar a su antojo la legalidad formal en lo referente a delitos, juicios y penas, prefirieron una solución aún más drástica, como lo fue la de transferir todo el aparato bélico de poder estatal a la más pura clandestinidad, esto es, a la más abierta ilegalidad, para entonces desde allí desplegar un amplio *sistema penal extralegal o subterráneo* (2010: 37-38).

En este sistema penal extralegal, subterráneo o paralelo²², los agentes estatales practicaron de manera extensa e intensa la tortura contra los supuestos revolucionarios y opositores políticos que habían sido detenidos arbitrariamente. Para ello fue necesaria la creación de “unos ámbitos espaciales radicalmente nuevos, en donde pudiera desplegarse la violencia sin límites ni controles exteriores” (Rafecas, 2010: 42). Estos nuevos espacios en los cuales los agentes del Estado practicaron a placer la tortura contra los pretendidos enemigos, además de perpetrar allí otros atroces crímenes, han sido denominados en Argentina “centros clandestinos de detención y tortura” (cfr. Rafecas, 2010)²³.

Por otra parte, la cualificación del sujeto activo del delito de tortura en el derecho penal argentino también puede explicarse, con probabilidad, en su particular contexto normativo, pues –como consecuencia de esta desafortunada experiencia histórica– este crimen tiene asignadas en dicho ordenamiento jurídico, las penas más elevadas, equivalentes incluso a las del delito de homicidio²⁴. Estos castigos bastante severos conllevan a que las exigencias normativas para la configuración del delito de tortura sean mayores y, entre otras cosas, se restrinja su autoría a los funcionarios públicos, pensando especialmente en los miembros de las agencias policiales.

Por el contrario, en el caso de Colombia, la no restricción de la autoría del delito de tortura a los servidores públicos obedece, seguramente, a una particular experiencia histórica bien distinta.

22 Sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar que: “la atención discursiva centrada en el sistema penal formal del Estado deja de lado una enorme parte del poder punitivo, que ejercen otras agencias con funciones manifiestas muy diferentes, pero cuya función latente de control social punitivo no es diferente de la penal desde la perspectiva de las ciencias sociales. Se trata de una compleja red de poder punitivo ejercido por *sistemas penales paralelos* [o subterráneos] (2002: 25)”.

23 Se comprobó que durante la dictadura militar (1976-1983) operaron alrededor de 400 de estos centros clandestinos de detención y tortura en el territorio argentino, una cifra realmente estremecedora.

24 Ambas conductas punibles tienen establecida, en principio, una pena de reclusión o prisión de 8 a 25 años, pero si se configuraran circunstancias de agravación punitiva (en el caso del delito de tortura, que con motivo u ocasión de ella resultare la muerte de la víctima) la pena será de reclusión o prisión perpetua (cfr. C. P. argentino, arts. 79, 80 y 144 ter).

Para empezar, los colombianos no hemos padecido dictaduras o, al menos, no unas tan feroces como las que sufrieron otros países sudamericanos, entre ellos Argentina, durante el siglo XX²⁵. En cambio, en Colombia sí hemos sufrido durante décadas una cruenta situación de conflicto armado interno o sin carácter internacional²⁶, que tiene su génesis en los años 50, época en la cual, como consecuencia del asesinato del líder político Jorge Eliécer Gaitán el 9 de abril de 1948, se generó una sangrienta violencia partidista, que se profundizó en los años 60 cuando surgieron los grupos guerrilleros de extrema izquierda, y en los años 70 con la aparición de los grupos paramilitares de extrema derecha (cfr. Pardo, 2004). Conflicto armado interno que se ha visto consolidado y acrecentado en las últimas décadas por las disputas por el dominio de las fértiles tierras y el rentable nego-

25 El único dictador que tuvo Colombia en el siglo XX fue el militar Gustavo Rojas Pinilla, que tras un golpe de Estado al presidente de la República de aquel entonces, el conservador Laureano Gómez, ocupó la presidencia de Colombia de facto de 1953 a 1957. Dicho golpe de Estado se caracterizó por el hecho de realizarse sin derramamiento de sangre, pues ninguna persona murió durante el mismo. Se decía que la finalidad de la dictadura era la pacificación del país, que venía de algunos años de feroz violencia política partidista. Más allá de que durante el gobierno de Rojas Pinilla se cometieron las arbitrariedades propias de cualquier dictadura (censura a la prensa, represión a la oposición, etc.), lo cierto es que es posible decir que se trató de una dictadura *soft* comparada con las brutales dictaduras sobrellevadas por otros países sudamericanos.

26 Por más que haya habido quienes se niegan a reconocer que en Colombia ha tenido lugar en las últimas décadas una situación de conflicto armado interno, seguramente con la finalidad de que no se apliquen las reglas del derecho internacional humanitario, lo cierto es que parece innegable que ha sido así. En efecto, el artículo 8.2.f del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional establece que son conflictos armados internos “los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos”. Este concepto “pone de manifiesto que las partes del conflicto deben alcanzar un cierto grado de organización” (Werle, 2005: 453), lo que sin duda alguna ocurre en Colombia con relación a los grupos guerrilleros y los grupos paramilitares y, naturalmente, con relación a las fuerzas del propio Estado, pues se trata de organizaciones que tienen millares de miembros organizados jerárquicamente. Esta norma “exige además que el conflicto sea ‘prolongado’” (Werle, 2005: 454), lo que también es predicable del conflicto armado colombiano, pues el mismo viene desde hace por lo menos cinco décadas. Señala el mismo Werle que: “Esto no debe entenderse, sin embargo, como un elemento meramente temporal. La larga duración de un conflicto es, más bien, usualmente un indicio de su intensidad. Debe tratarse de conflictos profundos que comprometan los intereses de la comunidad internacional, que justifiquen por consiguiente una intromisión en el ámbito de la soberanía estatal” (2005: 454). Esta exigencia también se cumple en el caso colombiano, pues según el gobierno nacional: “Más de cinco millones de víctimas ha dejado el conflicto armado que padece Colombia desde hace cerca de medio siglo, de las cuales unas 600.000 fueron asesinadas” (<http://diarioadn.co/actualidad/colombia/n%C3%BAmero-de-v%C3%ADctimas-que-ha-dejado-el-conflicto-armado-colombiano-1.25465>); esto sin contar con el hecho de que “hay un subregistro impresionante” (<http://diarioadn.co/actualidad/colombia/n%C3%BAmero-de-v%C3%ADctimas-que-ha-dejado-el-conflicto-armado-colombiano-1.25465>). En síntesis, el conflicto armado interno en el derecho internacional debe ser “comparable con un conflicto interestatal, independientemente de la participación de tropas estatales en el conflicto” (Werle, 2005: 454), y no cabe duda de que el conflicto armado interno colombiano alcanza sobradamente esta magnitud.

cio del narcotráfico, que –paradójicamente– es rentable precisamente por ser prohibido y reprimido²⁷.

Los principales agentes de este conflicto armado interno colombiano han sido organizaciones armadas ilegales de particulares que, o bien se han alzado en armas contra el Estado (como es el caso de los grupos guerrilleros o de los grupos de narcotraficantes) o bien cuentan con la aquiescencia o incluso el apoyo de este (como es el caso de los grupos paramilitares), pero que, en todo caso, no son servidores públicos formalmente. Estos actores particulares que participan de este conflicto armado interno, han practicado de manera extensa e intensa la tortura²⁸, sin desconocer que también las fuerzas formalmente

27 Como bien lo anota Fernández: “los hechos parecen demostrar que un exceso de represión y una persecución muy amplia e intensa sirven ciertamente para disminuir el volumen de la producción de drogas, pero en cambio surten un contraefecto bastante grave al elevar excesivamente los precios y hacer más efectivo el gran negocio del tráfico ilícito” (1989: 163). Y es que en términos generales, como bien lo pone de presente Zaffaroni: “Toda prohibición que reduce la oferta y deja en pie una demanda rígida, hace que la porquería prohibida adquiera una plusvalía que la convierte en oro y desata competencia por su producción y distribución en el mercado ilícito” (2012: 130).

28 Por ejemplo, en el caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia, la Cte. IDH encontró probados los siguientes hechos: “Los testimonios de los sobrevivientes indican que el 15 de julio de 1997 las AUC separaron a 27 personas identificadas en una lista como presuntos auxiliares, colaboradores o simpatizantes de las Farc y que estas personas fueron torturadas y descuartizadas por un miembro de las AUC conocido como ‘Mochacabezas’. Los paramilitares permanecieron en Mampiripán desde el 15 hasta el 20 de julio de 1997, lapso durante el cual impidieron la libre circulación a los habitantes de dicho municipio, y torturaron, desmembraron, [visceraron] y degollaron aproximadamente a 49 personas y arrojaron sus restos al río Guaviare. Además, una vez concluida la operación, las AUC destruyeron gran parte de la evidencia física, con el fin de obstruir la recolección de la prueba” (Cte. IDH. Caso de la Masacre de Mampiripán vs. Colombia, sentencia 15/09/2005).

De igual manera, para abundar en ejemplos, en el caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, la Cte. IDH dio por probados los siguientes hechos: “El 14 de enero de 1990, entre las 20:30 y las 22:50 horas de la noche, incursionó violentamente en el corregimiento de Pueblo Bello dicho grupo de paramilitares, en dos camiones marca Dodge-600, aparentemente hurtados, divididos en cuatro grupos. Cada grupo estaba al mando de un ‘jefe de comisión’ y tenía funciones específicas: ocupar el centro de la población y ‘capturar’ a las personas ‘sospechosas’; cubrir las vías de escape aledañas a Pueblo Bello; y bloquear las vías que de Pueblo Bello conducen a Turbo y a San Pedro de Urabá. Dichos paramilitares portaban armas de fuego de diferente calibre, vestían de civil, así como prendas de uso privativo de las Fuerzas Militares, y llevaban en el cuello trapos rojos y rosados.

Los paramilitares saquearon algunas viviendas, maltrataron a sus ocupantes y sacaron de sus casas a un número indeterminado de hombres, a quienes llevaron a la plaza del pueblo. Así mismo, algunos miembros del grupo armado ingresaron a la iglesia ubicada frente a dicha plaza, donde ordenaron a las mujeres y niños que permanecieran en el interior y a los hombres que salieran y se dirigieran a la plaza. Allí los colocaron boca abajo en el suelo y, lista en mano, escogieron a 43 hombres que fueron amarrados, amordazados y obligados a abordar los dos camiones utilizados para el transporte de los paramilitares.

(...).

Los dos camiones, con las personas secuestradas, salieron de Pueblo Bello aproximadamente a las 23:30 horas y se desplazaron nuevamente hacia la finca ‘Santa Mónica’ por el camino que comunica Pueblo Bello con San Pedro de Urabá en una zona declarada ‘de emergencia y de operaciones militares’.

estatales lo han hecho²⁹. Esta especial experiencia histórica, muy diferente a la argentina, explica entonces que en Colombia se considere que circunscribir la autoría del delito de tortura a los servidores públicos resulta insuficiente.

Por otra parte, también el particular contexto normativo ha influido, probablemente, en esta decisión del legislador, ya que el delito de tortura en Colombia no tiene asignada una sanción penal tan drástica como en Argentina o, por lo menos, su punibilidad no se encuentra entre las más elevadas del ordenamiento jurídico-penal³⁰, pese a ser considerado, naturalmente, como un delito muy grave e, incluso, como un crimen de lesa humanidad; y tener asignado un término de prescripción de la acción penal bastante alto (30

(...).

Aproximadamente a la 1:30 de la madrugada del 15 de enero de 1990, llegaron a la finca ‘Santa Mónica’, donde fueron recibidos por Fidel Castaño Gil, quien ordenó que los individuos secuestrados fueran conducidos hasta una playa del río Sinú, ubicada en la finca ‘Las Tangas’. Una vez allí, Fidel Castaño Gil dispuso retirar los camiones y que los detenidos fueran divididos en dos grupos de tres a cinco personas para interrogarlos ‘sobre un ganado que se le había perdido días antes’ (...) y sobre la muerte de Humberto Quijano (...).

Durante dichos interrogatorios, a algunos de los secuestrados les cortaron las venas, las orejas, los órganos genitales o les ‘chuzar[on]’ los ojos.

Como resultado de esos primeros actos, habrían perdido la vida 20 personas. Los sobrevivientes habrían sido trasladados a una arboleda para evitar que fueran vistos. Alrededor de las siete de la mañana del 15 de enero de 1990, Fidel Castaño Gil procedió personalmente con el interrogatorio; los sobrevivientes habrían sido ‘golp[eados] a patadas y puñetazos’, hasta su muerte” (Cte. IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, sentencia 31/01/2006).

Lo anterior se trata solo de una “pequeña muestra” de la brutalidad que ha alcanzado el conflicto armado interno colombiano.

29 Como ocurrió, por ejemplo, en el caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*, también juzgado por la Cte. IDH (sentencia 12/09/2005).

30 En el C. P. de 1980 –tal como ya se ha indicado– el delito de tortura tenía asignada una pena ínfima, dada la gravedad del delito, de 1 a 3 años de prisión.

En la actualidad el delito de tortura genérico en el derecho penal colombiano, regulado por el ya citado artículo 178 del C. P., tiene asignada una pena de 8 a 15 años de prisión, por regla general; pena que se ve agravada hasta en una tercera parte cuando concurre alguna de las circunstancias de agravación punitiva del artículo 179 *ibídem*. Por su parte, el delito de tortura en persona protegida, tipificado en el artículo 137 *ibídem*, es sancionado con una pena de 10 a 20 años de prisión. Todas estas penas se incrementaron en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo por el ya citado artículo 14 de la ley 890/2004.

Se trata de penas indiscutiblemente altas, pero que son muy inferiores a las asignadas para otros delitos en el derecho penal patrio, como el genocidio (30 a 40 años de prisión, C.P., art. 101), el homicidio agravado (25 a 40 años de prisión, C.P., art. 104), el homicidio en persona protegida (30 a 40 años de prisión, C.P., art. 135) o el secuestro extorsivo (320 a 540 meses de prisión, C.P., art. 169). Todas estas penas a su vez se incrementaron en una tercera parte en el mínimo y en la mitad en el máximo por el mencionado artículo 14 de la ley 890/2004. En todo caso, estas penas no pueden pasar de 50 años de prisión, que es el tope máximo del castigo de prisión en Colombia (C.P., art. 37, núm. 1°), salvo en los casos de concursos de delitos en los que dicho límite está fijado en 60 años de prisión.

años contados desde el momento del hecho)³¹. Esta punibilidad “no tan severa”, probablemente, influye en el hecho de que no se vea ningún inconveniente en tipificarlo como un delito común.

Todo lo anterior constituye una explicación acerca de por qué en Colombia, a diferencia de lo que ocurre en Argentina, el delito de tortura no ha sido configurado como un delito especial, limitado en su autoría a los servidores públicos, sino como un delito común, que puede ser cometido también por particulares; y que dicha normatividad haya sido avalada en su constitucionalidad, sin ningún inconveniente, por la C. Const. en la sentencia que se comenta.

Pero, aún más, lo anterior es una justificación de la indeterminación del sujeto activo de este crimen en el derecho penal colombiano, pese a ser contraria a la experiencia histórica y al derecho penal comparado, pues de esta forma, aberrantes actos de tortura practicados por organizaciones criminales de particulares, no van a quedar en la impunidad y van a ser sancionados con la severidad adecuada. En otros términos, atendiendo al particular contexto sociológico colombiano, esta decisión del tribunal constitucional debe valorarse también como plausible.

3. La gravedad de los dolores o sufrimientos

La tercera y última cuestión a ser analizada con relación al concepto de tortura del derecho penal colombiano es la siguiente: si la conducta del delito de tortura en este ordenamiento jurídico consiste en la imposición a una persona de dolores o sufrimientos, ¿de qué gravedad deben ser dichos dolores o sufrimientos para que se configure esta conducta punible? O, en otros términos: ¿la imposición a una persona de cualquier clase de dolor o sufrimiento puede dar lugar a que se estructure este crimen? Este problema fue abordado por la C. Const. en la sentencia C-148/2005.

Se debe tener en consideración que la Corte ya había declarado inexecutable en la sentencia C-1076/2002 la expresión “graves” incluida dentro de la definición de la tortura como falta disciplinaria de la ley 734/2002 (Código Disciplinario Único)³². Se trataba de

31 El inciso 2° del artículo 83 del C. P. de 2000, modificado por el artículo 1° de la ley 1426/2010, dispone que: “El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura, homicidio de miembro de una organización sindical legalmente reconocida, homicidio de defensor de derechos humanos, homicidio de periodista y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años”.

Sin embargo, como bien lo anota Ramelli: “En la actualidad se presenta un intenso debate en Colombia acerca de si los crímenes de lesa humanidad prescriben o no” (2011: 310). Este autor incluso llega a plantear la existencia de diez tesis distintas al respecto (cfr. Ramelli, 2011), por lo que puede afirmarse que se trata de un tópico bastante polémico aún en el derecho penal colombiano.

32 En dicha sentencia C-1076/2002 la C. Const. consideró que: “Para la Corte la expresión graves que figura en numeral 9 del artículo 48 de la ley 734/2002 viola la Constitución por varias razones como pasa a explicarse.

un precedente jurisprudencial importante, como quiera que en el ordenamiento jurídico colombiano tanto el derecho penal como el derecho disciplinario comparten la naturaleza de derechos sancionatorios³³.

En la sentencia C-148/2005 al alto tribunal le correspondió examinar la constitucionalidad de los ya citados artículos 178 y 137 del C. P. de 2000. Estos dos tipos penales establecían como un elemento normativo³⁴ del delito de tortura (tanto del genérico como del específico), que los dolores y sufrimientos infligidos debían ser graves y por ello se demandaba su declaratoria de inconstitucionalidad parcial³⁵.

Del análisis de los antecedentes legislativos de la ley 734/2002 se desprende que fue la voluntad del legislador configurar como sanción disciplinaria el crimen internacional de tortura, en los términos que lo recoge la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura:

‘En la descripción de la tortura se acogió el texto de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar esta conducta, que es el instrumento más reciente sobre esta materia y el que la trata de manera más avanzada, le resta importancia a la gravedad del sufrimiento o a la ausencia del mismo, para acentuar el reproche en la anulación de la personalidad o en la disminución de la capacidad física o mental, con el fin de obtener información o confesión o para intimidar o castigar a la persona’ (Gaceta del Congreso, núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000:24).

Aunado a lo anterior, si bien es cierto que el Estado colombiano es parte en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y que fue incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la ley 70/1986, también lo es que existe un tratado internacional posterior, del orden regional, que igualmente fue adoptado por nuestro país y que fue recepcionado en el orden jurídico interno mediante la ley 409/1997. Ambos instrumentos internacionales, es cierto, contienen una definición del crimen internacional de tortura distinta, por lo cual, recurriendo a la más autorizada doctrina iusinternacionalista (...), la Corte ha de concluir que la norma internacional posterior prima sobre la anterior, amén de que esta última resulta ser mucho más garantista que la anterior.

(...).

Así las cosas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura es un instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad, y por ende, la definición que recoge del crimen de tortura vincula al legislador.

Por las anteriores razones, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión ‘graves’ que figura en el numeral 9 del artículo 48 de la ley 734/2002”.

33 La C. Const. ha manifestado al respecto que: “Esta Corporación ha reiterado que ‘el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado” (C. Const., sentencia C-310/1997).

34 Según Reyes, los elementos normativos del tipo penal son “expresiones cuya interpretación requiere juicios de valor” (2002: 112).

35 El actor afirmaba que las expresiones acusadas favorecían en forma injustificada a quienes ejecutan conductas torturadoras a través de lesiones leves o levisimas, toda vez que el ámbito de protección que estas establecían operaba solamente en relación con los dolores o sufrimientos que tengan el carácter de graves. En este sentido, consideraba que no se garantizaba la integridad personal en condiciones de igualdad. Manifestaba también que las expresiones acusadas

El tribunal constitucional analiza de nuevo como punto de partida las definiciones de tortura consignadas en los tratados internacionales de derechos humanos y reconoce que: “los referidos instrumentos internacionales no han adoptado una definición constante” (C. Const., sentencia C-148/2005).

En todo caso, la Corte manifiesta que:

(...) como ya lo explicó la Corte en la sentencia C-1076/2002, el instrumento internacional a tomar en cuenta, en virtud de la aplicación en esta materia del principio *pro homine* que impone que siempre habrá de preferirse la hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos establecidos en ellos, es el que se contiene en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Téngase en cuenta al respecto que dicha Convención no solamente es el texto que mayor protección ofrece a los derechos de las personas víctimas de tortura sino que los demás instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia dejan claramente a salvo la aplicabilidad de la referida Convención Interamericana (C. Const., sentencia C-148/2005).

En ese entendido el alto tribunal concluye que:

(...) en el presente caso y contrariamente a lo que se señaló para el delito de genocidio [cuya declaratoria de inconstitucionalidad parcial también se reclamaba en este caso por las mismas razones], es clara la contradicción entre el texto de los artículos 137 y 178 de la ley 599/2000 –que tipifican respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y tortura– y la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, instrumento internacional que en armonía con el artículo 93 superior y el principio *pro homine* es el que corresponde tomar en cuenta en este caso como se explicó en los apartes preliminares de esta sentencia.

En efecto, en dicho instrumento internacional aprobado mediante la ley 409/1997 no solamente se excluye la expresión “graves” para efectos de la definición

dejaban en la impunidad una gran cantidad de situaciones en las que las víctimas han recibido torturas blandas que no dejan huella y que pueden ser calificadas por los intérpretes de turno como leves. Además sostenía que la expresión “graves” resultaba inconstitucional y peligrosa por lo difícil de conceptualizar: ¿qué es una lesión grave?, ¿quién calificará en últimas la gravedad de la lesión? Establecer qué es grave y qué es leve, ofrece dificultades de conceptualización. Sin embargo –según el demandante– para los efectos del tipo penal de la tortura, es obvio que la intención dolosa de atentar contra la autonomía personal, pone de presente la gravedad de la conducta, independientemente de los mecanismos que para llevar a cabo su propósito escoja el torturador (cfr. C. Const., sentencia C-148/2005).

El error del actor radicaba en confundir la gravedad de la tortura con la gravedad de las lesiones personales infligidas, como si la tortura fuese *solo* un atentado contra el bien jurídico de la integridad personal. Olvidaba el demandante que –tal como se ha expuesto– este crimen constituye también una afrenta contra los bienes jurídicos de la autonomía personal y la dignidad humana. Por ende, la imposición de dolores y sufrimientos puede no dejar ninguna secuela física o psíquica (esto no es descabellado dada la sofisticación que han alcanzado los métodos para torturar), y aún así puede ser considerada como grave.

de lo que se entiende por tortura, sino que se señala claramente que se entenderá 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. Es decir que de acuerdo con la Convención Interamericana configura el delito de tortura cualquier acto que en los términos y para los fines allí señalados atente contra la autonomía personal, incluso si el mismo no causa sufrimiento o dolor.

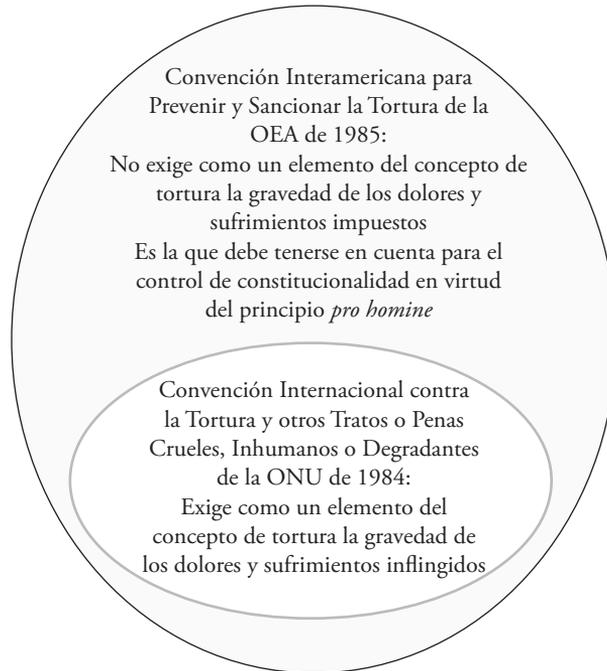
En ese orden de ideas en la medida en que tanto en el artículo 137 como en el artículo 178 de la ley 599/2000 el legislador al regular respectivamente los delitos de tortura en persona protegida y de tortura, incluyó en la definición de estas conductas la expresión graves para calificar los dolores o sufrimientos físicos o psíquicos que se establecen como elementos de la tipificación de los referidos delitos, no cabe duda de que desconoció abiertamente la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y consecuentemente vulneró el artículo 93 superior (C. Const., sentencia C-148/2005).

Por ende, la Corte le halla la razón a la demanda y declara inexecutable la expresión “graves” contenida en los artículos 137 y 178 del C. P. de 2000.

La argumentación del tribunal constitucional en este fallo es muy similar a la de la sentencia C-587/1992 ya aludida y puede sintetizarse así:

1. La Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984 (suscrita y aprobada por Colombia y que hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad”) exige como un elemento del concepto de tortura, la gravedad de los dolores y sufrimientos infligidos, pero dicha convención expresamente, en virtud del principio *pro homine*, no se opone a una mayor protección de los derechos fundamentales en juego por parte de otros ordenamientos jurídicos internacionales o nacionales.
2. La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, de la OEA de 1985 (suscrita y aprobada por Colombia y que también hace parte del denominado “bloque de constitucionalidad”), en cambio, no exige como un elemento del concepto de tortura la gravedad de los dolores y sufrimientos impuestos, motivo por el cual puede concluirse que es la que ofrece una mayor protección de los derechos fundamentales en cuestión y, por ende, en virtud del principio *pro homine*, debe ser el referente internacional para analizar la constitucionalidad de los artículos 137 y 178 del C. P. de 2000.
3. Como quiera que estos dos tipos penales exigen para que se configure el delito de tortura que los dolores y sufrimientos infligidos sean “graves”, resultan contrarios a la mencionada Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA, razón por la cual la expresión “graves” de los mismos debe ser declarada inconstitucional (ver figura 4).

Figura 4.



La argumentación de las dos sentencias (C-587/1992 y C-148/2005) es entonces muy parecida, pero la diferencia es que en la primera dicho razonamiento le permite a la C. Const. declarar exequible la no cualificación del sujeto activo del delito de tortura en el derecho penal colombiano, en tanto que en la segunda le posibilita declarar la inconstitucionalidad de la cualificación de gravedad de los dolores y sufrimientos cuya imposición constituye la conducta de este crimen en el ordenamiento jurídico-penal nacional. En todo caso, tanto en uno como en otro fallo, el alto tribunal propende por la ampliación del concepto de tortura y, por tanto, de su ámbito de aplicación.

De nuevo vemos aquí un contraste con lo que ocurre en el derecho penal comparado. Por ejemplo, apunta Rafecas que en el derecho penal argentino:

La referencia normativa acuñada por el legislador de 1984 en el sentido de que la prohibición penal comprende la imposición de actos de *tortura*, debe ser interpretada en el sentido de que abarca la comisión de *graves sufrimientos, tanto físicos como psíquicos*.

Si bien es cierto que el criterio del legislador de 1984 no es el más apropiado para cimentar el principio de *lex certa*, cuando define el núcleo del tipo como la imposición de “cualquier clase de tortura”, sin definir expresamente qué debe entenderse por tortura, lo cierto es que (...) de otros pasajes del tipo penal en estudio surgen elementos de juicio claros que indican cuál debe ser el alcance que debe

asignársele a dicha expresión, alcance que coincide con su significado etimológico y que resulta además compatible y armónico con la definición proveniente del contexto supranacional.

Así, no cualquier imposición de sufrimiento va a encuadrar por principio en el tipo de torturas (como sugiere alguna doctrina y jurisprudencia minoritarias), sino tan solo aquel que revista una cierta gravedad, elemento normativo del tipo que deberá ser verificado en el supuesto de hecho (2010: 120).

Ahora bien, contrario a lo que ocurre con la decisión de la C. Const. sobre la constitucionalidad de la indeterminación del sujeto activo del delito de tortura en el derecho penal colombiano, este otro fallo del tribunal constitucional se considera aquí censurable. Lo anterior porque la no exigencia del carácter de gravedad de los dolores y sufrimientos infligidos para que se configure esta conducta punible (tanto la genérica como la específica), encierra el riesgo latente de ampliar en demasía el ámbito de aplicación de este delito y conllevar su banalización o trivialización, generando, de hecho, el efecto contrario al deseado por la comunidad internacional, expresado en los instrumentos internacionales.

Una muestra de ello son las siguientes consideraciones del mismo tribunal constitucional en la ya citada sentencia C-587/1992, que aun cuando pertenecen a otro fallo (precisamente el que se encontró justificado), reflejan el riesgo del cual se habla:

Pero también es claro, así mismo, que puede existir la tortura entre los particulares, que adquiere manifestaciones concretas en el ámbito de la familia, la escuela y las relaciones laborales, contractuales y de confianza.

La violencia intrafamiliar, por ejemplo, adquiere manifestaciones de tortura física en formas tales como los maltratamientos de obra entre sus miembros, la privación consciente de alimentos, los abusos sexuales, las constricciones indebidas, los incumplimientos graves e injustificados de los deberes de auxilio mutuo, la vida licenciosa, la embriaguez habitual, el uso de sustancias alucinógenas o estupefacientes o las diversas formas de abandono, siempre que infrinjan un sufrimiento excesivo.

[En lo] psicológico, la tortura puede adquirir manifestaciones como ultrajes, trato cruel, y manipulación de los regímenes de visitas a los hijos menores en tratándose de cónyuges separados.

Es de señalar aquí que la Constitución de 1991 no ignora que la tortura puede darse también entre particulares, tal como se desprende de la protección que ofrece a los niños contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, abuso sexual, y trabajo riesgoso (artículo 44).

La escuela es otro lugar donde abundan los ejemplos de torturas entre particulares. Las ofensas de palabra y obra por parte de los maestros y educandos; las prácticas fundadas en normas reglamentarias fruto de un autoritarismo ciego que vulnera derechos fundamentales de los estudiantes que se traducen en abusos o maltratos,

tales como los de no permitir el acceso a la institución educativa por razones no imputables al alumno, por ejemplo.

En el trabajo, por su parte, abundan los malos tratos de palabra y obra entre los patronos y los trabajadores, la asignación de labores riesgosas sin el oportuno suministro de instrumentos adecuados para afrontar las consecuencias; el incumplimiento de las normas mínimas de medicina industrial en materia de protección contra ruidos, olores y sustancias nocivas para la salud.

Igualmente, en las relaciones contractuales suele presentarse el abuso manifiesto de las condiciones de inferioridad de una de las partes, que la constriña a actuar en grave detrimento de sus intereses, particularmente en desarrollo de contratos de suministro de bienes indispensables para su subsistencia, tales como víveres, ropa, servicios médicos y de luz y agua.

Inclusive en las relaciones de confianza se presentan abusos que se configuran cuando personas que por razón de su profesión, oficio o relaciones de amistad adquieren sobre otras un dominio o control de su conducta tal que les permite constreñirlos a actuar en forma que afecta gravemente sus intereses. Tal puede ser el caso de médicos, psiquiatras, abogados, directores espirituales, psicólogos. Todos ellos pueden eventualmente abusar y torturar a sus clientes (C. Const., sentencia C-587/1992).

La Corte aclara que en muchos de estos casos no estaremos ante un delito de tortura, pero preocupa que tan solo se mencionen algunos de estos comportamientos en esta sentencia que tiene por tema dicha conducta punible, pues se trata de conductas cuya prevención se encuentra claramente por fuera del fin de protección de este tipo penal³⁶. Al no exigir como requisito la gravedad de los dolores o sufrimientos impuestos para que se estructure el delito de tortura, se corre el riesgo de que los operadores jurídicos terminen considerando que algunas de estas conductas pueden estimarse típicas frente al mismo, con la consiguiente banalización o trivialización de este crimen.

El alto tribunal invoca como argumento a favor de su tesis, que de acuerdo con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA “se entenderá 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” (C. Const., sentencia C-148/2005). No obstante, olvida la Corte que tales métodos de tortura a los cuales alude este instrumento internacional, tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, pese a no

36 Según Roxin: “Con la realización de un peligro no cubierto por el riesgo permitido se da por regla general la imputación al tipo objetivo. Sin embargo, cada vez se impone más la opinión de que pese a ello en el caso concreto aún puede fracasar la imputación en que el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica (o sea, de la prohibición de matar, lesionar, dañar, etc.), no abarca resultados de la clase de los producidos, en que el tipo no está destinado a impedir tales sucesos” (2001: 386).

causar dolor físico o angustia psíquica, no pueden dejar de catalogarse igualmente como graves. Es más, probablemente es en el uso de tales métodos que radica la mayor gravedad de la tortura, si la misma se entiende más que como un atentado contra la integridad personal, como una afrenta contra la dignidad humana.

En ese sentido señala Rafecas (2010) que en el espacio diseñado para torturar de forma subterránea o clandestina (que, tal como se expuso, ha sido denominado en Argentina como centro clandestino de detención y tortura):

(...) lo que se revela como constante, además de la gran cantidad de víctimas que pasan por él, tiene que ver con una transformación radical de la percepción de los reclusos en ellos: invariablemente, estos pierden su condición de ciudadanos, de personas, de seres humanos, para convertirse en objetos, en *no-personas*.

Repárese en que Todorov (...) refiere que “la transformación de las personas en *no-personas* requiere de varias técnicas: las víctimas son desnudadas puesto que sin ropa son menos humanos, deben convivir con sus excrementos, se los priva de sus nombres, se los numera, no se refieren a ellos como a ‘personas’ sino a ‘piezas’ o ‘carga’, evitan el cara a cara rehuyendo las miradas”; todos ellos rasgos distintivos de las prácticas sistemáticas empleadas por los perpetradores en los distintos centros clandestinos de detención y tortura en la Argentina (Rafecas, 2010: 43).

De modo que el hecho de que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA aluda a estos métodos de tortura un poco más “sutiles”, lejos de hablar en pro de la no exigencia del carácter de gravedad de los dolores y sufrimientos impuestos para que se configure este delito, es un argumento para que se mantenga este requerimiento, pues en dicha despersonalización radica precisamente la mayor lesividad de esta práctica como atentado contra la dignidad humana.

Conclusiones

Las conclusiones de este texto son las siguientes:

1. Uno de los crímenes que hoy la comunidad internacional condena de manera unánime es la tortura, conducta frente a la cual existe en la actualidad un claro imperativo de *ius cogens* para los Estados, consistente en la obligación de prevenirla, prohibirla y sancionarla adecuadamente.
2. Para ello resulta esencial que la regulación interna de los Estados con relación al delito de tortura se encuentre ajustada a los estándares internacionales, que son establecidos por declaraciones y convenciones internacionales. Son especialmente relevantes en materia de tortura los siguientes instrumentos globales: a) la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, In-

- humanos o Degradantes de la ONU de 1975; b) la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU de 1984; c) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA de 1985; y d) el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998.
3. Un aspecto de diametral importancia en dichas regulaciones internas es el concepto de delito de tortura que se adopte. No se trata de una cuestión meramente conceptual, sino que tiene una gran trascendencia político-criminal y práctica, dado que dicha noción va a determinar –ni más ni menos– cuáles comportamientos se consideren como constitutivos de este crimen y cuáles no.
 4. Pese a que el delito de tortura genérico (art. 178) en el C. P. colombiano vigente está tipificado en el título que se denomina “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en concreto, en el capítulo llamado “Delitos contra la autonomía personal” –lo que llevaría a pensar que este último es el bien jurídico tutelado de forma exclusiva a través de la punición de esta conducta–, la jurisprudencia de la C. Const. es enfática en manifestar que con la prohibición y castigo de este comportamiento se protegen, además de la autonomía personal, los bienes jurídicos de la integridad personal y la dignidad humana. Se trata, entonces, de un delito pluriofensivo.
 5. En el ordenamiento jurídico-penal colombiano también existe un delito de tortura específico (art. 137), denominado “Tortura contra persona protegida por el derecho internacional humanitario”, a través del cual se tutelan los mismos tres bienes jurídicos individuales (autonomía personal, integridad personal y dignidad humana) amén del abstracto bien jurídico del derecho internacional humanitario.
 6. En el derecho penal colombiano el sujeto activo, sujeto agente o autor del delito de tortura (tanto del genérico como del específico) es no cualificado o indeterminado. Se trata, entonces, de un delito común, lo que implica que pueden ser autores del mismo, tanto los servidores públicos como los particulares. Lo anterior contrasta con la experiencia histórica y con el derecho penal comparado (por ejemplo, con el derecho penal argentino), en los que el crimen de tortura ha estado restringido, directa o indirectamente, a los funcionarios públicos; y ha sido concebido, esencialmente, como una práctica contra detenidos.
 7. La C. Const. avaló la constitucionalidad de esta no cualificación o indeterminación del sujeto activo del delito de tortura, manifestando que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA tampoco limita la autoría de esta conducta a los funcionarios públicos, y que, si bien la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de la ONU sí lo hace, la misma no se opone a una protección mayor de los derechos fundamentales en juego en virtud del principio *pro homine*, como lo es la que ofrece la Convención Interamericana y el propio ordenamiento penal colombiano, al no restringir la autoría de este crimen a los servidores públicos.

8. La no cualificación o indeterminación del sujeto activo del delito de tortura en el ordenamiento jurídico-penal colombiano, obedece a la particular experiencia histórica colombiana, país que ha padecido en los últimos 50 años un conflicto armado interno cuyos principales actores, aparte naturalmente del Estado, han sido grupos armados ilegales de particulares (guerrilleros, paramilitares y narcotraficantes), los cuales han practicado de manera extensa e intensa la tortura, sin desconocer que el Estado también lo ha hecho. Este panorama histórico contrasta con lo ocurrido, por ejemplo, en Argentina, nación en la que la tortura ha sido primordialmente practicada por el Estado, especialmente en la época de la dictadura militar (1976-1983).
9. También influye seguramente en dicha no cualificación o indeterminación del autor del delito de tortura en el derecho penal colombiano el particular contexto normativo, dado que, si bien el delito de tortura tiene asignadas en él unas penas severas, no se trata de una de las más altas de este ordenamiento, contrario a lo que ocurre en el derecho penal argentino, en el cual el crimen de tortura es sancionado hasta con la pena más alta que contempla dicha normatividad (la pena de prisión o reclusión perpetua).
10. Por ende, el hecho de que en el derecho penal colombiano el sujeto activo del delito de tortura sea no cualificado o indeterminado, admitiendo la posibilidad de que tanto los agentes estatales como los particulares puedan ser autores del mismo, encuentra una explicación. Aún más, lo anterior constituye una justificación de esta indeterminación del autor de este crimen, pese a ser contraria a la experiencia histórica y al derecho penal comparado, pues, de esta forma, aberrantes actos de tortura practicados por organizaciones criminales de particulares no van a quedar en la impunidad y van a ser sancionados con la severidad adecuada.
11. La C. Const., en cambio, sí declaró inexecutable la cualificación de gravedad para los dolores y sufrimientos cuya aplicación a otro configura la conducta del delito de tortura (tanto el genérico como el específico), de nuevo arguyendo que la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de la OEA tampoco exige que los dolores y sufrimientos sean graves, y que, si bien la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes de la ONU sí lo hace, la misma no se opone a una protección mayor a los derechos fundamentales en cuestión, en virtud del principio *pro homine*, como lo es la que ofrece la Convención Interamericana y la que debería ofrecer el propio ordenamiento penal colombiano, no exigiendo tal carácter de gravedad.
12. Esta decisión del alto tribunal, por el contrario, se considera censurable, toda vez que la no exigencia del carácter de gravedad de los dolores y sufrimientos infligidos para que se configure el delito de tortura (tanto el genérico como el específico) encierra el riesgo latente de ampliar en demasía el ámbito de aplicación de esta conducta punible, y conllevar como resultado su banalización o trivialización, generando precisa-

mente el efecto contrario al deseado por la comunidad internacional, expresado en los instrumentos internacionales.

Bibliografía

Doctrina

- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.). Buenos Aires, Hammurabi, 1999.
- CORCUERA CABEZUT, Santiago. “La incorporación y aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el sistema jurídico mexicano”. En: AA.VV. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B. (comp.). México D. F., Universidad Iberoamericana – Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Washington College of Law, American University – Distribuciones Fontamara, 2004.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. “Hacia una alternativa para la política de las drogas en América Latina”. En: AA.VV. *Drogas. Problemática actual en España y América*. Fernando Velásquez Velásquez (ed.). Bogotá, Temis, 1989.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho penal. Parte general* (6ª ed.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- PACHECO OSORIO, Pedro. *Derecho penal especial* (tomo I). Bogotá, Temis, 1959.
- PARDO RUEDA, Rafael. *La historia de las guerras*. Bogotá, Ediciones B, 2004.
- PÉREZ, Luis Carlos. *Derecho penal. Partes general y especial* (tomo IV). Bogotá, Temis, 1985.
- RAFECAS, Daniel Eduardo. *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2010.
- RAMELLI ARTEAGA, Alejandro. *Jurisprudencia penal internacional aplicable en Colombia*. Bogotá, Universidad de los Andes – Agencia de Cooperación Internacional Alemana (GIZ), 2011.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Derecho penal* (11ª ed., 8ª reimp.). Bogotá, Temis, 2002.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general* (tomo I): *fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (2ª ed.). Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal (trad.). Madrid, Civitas, 2001.

- SAMPEDRO ARRUBLA, Camilo. “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”. En: AA.VV. *Lecciones de derecho penal. Parte especial* (2ª ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto. *Autoría* (3ª ed.). Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- TOCORA, Luis Fernando. *Derecho penal especial. Delitos contra la vida y la integridad personal, el patrimonio económico y delitos sexuales* (11ª ed.). Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2009.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho penal. Parte general* (4ª ed.). Medellín, Librería Jurídica Comlibros, 2009.
- VILA CASADO, Iván. *Fundamentos del derecho constitucional contemporáneo*. Bogotá, Legis, 2007.
- WERLE, Gerhard. *Tratado de derecho penal internacional*. Claudia Cárdenas Aravena, María del Mar Díaz Pita, María Gutiérrez Rodríguez y Antonio Muñoz Aunió (trad.). Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal* (4ª ed.) Buenos Aires, Planeta, 2012.
- _____, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal. Parte general* (2ª ed.). Buenos Aires, Ediar, 2002.

Jurisprudencia

Corte Constitucional

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-587 del 12 de noviembre de 1992, exp. D-055, M.P.: Ciro Angarita Barón.
- _____. Sentencia C-225 del 18 de mayo de 1995, exp. L.A.T.-040, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.
- _____. Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997, exp. D-1515, M.P.: Carlos Gaviria Díaz.
- _____. Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, exp. D-3676, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra.
- _____. Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, exp. D-3954 y D-3955, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.
- _____. Sentencia C-148 del 22 de febrero de 2005, exp. D-5328, M.P.: Álvaro Tafur Galvis.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo).

____. Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras, sentencia del 20 de enero de 1989 (fondo).

____. Caso Gutiérrez Soler *vs.* Colombia, sentencia del 12 de septiembre de 2005.

____. Caso de la Masacre de Mapiripán *vs.* Colombia, sentencia del 15 de septiembre de 2005.

____. Caso de la Masacre de Pueblo Bello *vs.* Colombia, sentencia del 31 de enero de 2006.

____. Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, sentencia del 26 de noviembre de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).