

# **Construcción Jurídica del Delito de Tortura en Persona Protegida por el DIH en Colombia\***

---

## **Legal Construction of the Crime of Torture in Person Protected by IHL in Colombia**

*Maria Daniela Herrera Rojas\*\**

### **Resumen**

En Colombia el conflicto interno armado ha generado una gran influencia en la composición de la legislación, especialmente en materia penal, ya que tradicionalmente la creación de tipos penales ha sido una de las principales políticas criminales de disuasión, en particular ha creado tipos penales específicos para la sanción de aquellos ilícitos en contra del Derecho Internacional Humanitario. Sin embargo, esto también obedece a un contexto internacional que propende por la cooperación en la prevención y eliminación de aquellos comportamientos en contra de la dignidad humana.

Si bien Colombia ha sido un Estado que participa activamente en la ratificación de tratados de esta materia, en la aplicación se ha visto que es necesario adoptar las leyes internacionales a los contextos propios permitiendo una mejor sanción a estos comportamientos teniendo siempre presente la consecución del objetivo final que es la administración de justicia.

### **Palabras clave**

Derecho Internacional Humanitario, jurisprudencia colombiana, tortura, tipo penal, conflicto armado.

---

\* Este trabajo surge como producto del semillero de investigación "Política pública y control fiscal" de los grupos "Socio Humanística del derecho" y "Derecho Público Francisco de Vitoria" dentro de la línea de corrupción, en el Programa de Derecho de la Universidad Santo Tomás sede Bogotá.

\*\* Estudiante de X semestre de la Facultad de derecho de la Universidad Santo Tomás, perteneciente al semillero de investigación política pública y control fiscal de los grupos Socio Humanística del derecho y Derecho Público Francisco de Vitoria. E-mail: [mariaherrerar@usantotomas.edu.co](mailto:mariaherrerar@usantotomas.edu.co); [mdanni1208@gmail.com](mailto:mdanni1208@gmail.com)

## **Abstract**

The Colombian armed conflict has been a great weight on the composition of the legislation, especially in criminal matters, since traditionally the criminal sanction has been one of the main criminal policies which objective is the deterrence of commission of crime; in particular it has created a title for the criminalization and punishment of those crimes against International Humanitarian Law. However, this is also due to an international context that tends towards cooperation in the prevention and elimination of those behaviors that are contrary to human dignity.

Although Colombia has been a State that actively participates in the ratification of treaties on this matter, in the application there has been noticed that exists the necessity to adapt international laws to their own contexts allowing a better sanction to these behaviors without losing sight of the ultimate objective to administer justice.

## **Key Words**

International humanitarian law, Colombian jurisprudence, torture, criminal type, armed conflict.

## **Introducción**

Colombia, en desarrollo del Estado Social de Derecho, ha legislado para tipificar aquellas conductas calificadas como delitos que vayan en contravía del Derecho Internacional Humanitario presentadas en el desarrollo del conflicto no internacional, armado en aras de proteger a los civiles que han quedado en medio de los enfrentamientos. Esta medida es tomada en uno de los momentos en los cuales crecen los índices de violencia en el marco del conflicto, y que afecta de manera especial a la población civil, quienes se sienten desprotegidos ante la falta de materialización de los diversos tratados y leyes que en su momento quedaron tan solo en el papel.

El delito de la tortura genera discusiones interpretativas que serán analizadas en el presente trabajo, que tiene como objetivo realizar un análisis jurisprudencial de las sentencias de las altas cortes colombianas sobre el delito de Tortura en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario, para conocer el tratamiento y desarrollo que se le ha dado con el fin de lograr lo anterior se iniciará por dar una contextualización del ámbito de aplicación de la protección a la cual hace referencia el Derecho Internacional Humanitario, se continuará analizando la definición de tortura, para lo cual se dará un breve recorrido histórico de la misma. A continuación, se verificará su autonomía y diferencia con el delito de Tortura consagrado en el artículo 178 y sus agravantes a partir de su bien jurídico tutelado. Después, se analizará la calificación de los sujetos, tanto activo como pasivo, que componen el delito; así como otros cambios que ha surtido el delito vía Sentencias de Inexequibilidad; para finalizar con una conclusión que expresará cómo ha afectado la jurisprudencia a la conceptualización jurídica de la Tortura.

Este trabajo visibilizará la alta influencia que ha tenido la legislación externa en la concreción del delito de Tortura en Persona Protegida por el Derecho Internacional Humanitario en la legislación colombiana y cómo lo anterior ha sido posible gracias a la intervención y armonización entre los contextos nacionales y las normas internacionales de las altas cortes colombianas.

Con el fin de lograr lo anterior se iniciará por dar una contextualización del ámbito de aplicación de la protección a la cual hace referencia el Derecho Internacional Humanitario, se continuará analizando la definición de tortura, para lo cual se dará un breve recorrido histórico de la misma. A continuación, se verificará su autonomía y diferencia con el delito de Tortura consagrado en el artículo 178 del Código Penal y sus agravantes a partir de su bien jurídico tutelado. Después, se analizará la calificación de los sujetos, tanto activo como pasivo, que componen el delito; así como otros cambios que ha surtido el delito vía Sentencias de Inexequibilidad; para finalizar con una conclusión que expresará cómo ha afectado la jurisprudencia a la conceptualización jurídica de la Tortura.

### **Conflicto Armado Colombiano**

Resulta necesario, en primer lugar, establecer cuando se aplica el Derecho Internacional Humanitario. El conflicto armado colombiano, es de carácter no internacional por lo tanto, se rige por el Protocolo de Ginebra II donde se establece a quienes debe dirigir la protección del Estado y cómo deben ser las medidas que se tomen.

En particular, la jurisprudencia generada por la Corte Suprema de Justicia ha designado reglas para establecer cuándo se está ante un conflicto armado no internacional, ya que tradicionalmente los Estados han sido propensos a ignorar la existencia de los conflictos armados internos para evitar la aplicación del DIH, limitándolo a aquellos conflictos armados internacionales, es decir, entre países. Claramente una de las condiciones fundamentales para hablar de un conflicto armado interno es el enfrentamiento entre dos o más partes de las cuales usualmente una de ellas es el Estado, en oposición a grupos cuyo objetivo es hacerse con el poder.

Es necesario que exista un mando constituido en ambas partes del conflicto, la Corte especifica que dicho mando no hace referencia a un mando militar sino que se refiere a la constitución de una organización capaz de establecer objetivos y logros en el ámbito militar. Es necesario que estas organizaciones tengan el control de un territorio, en la jurisprudencia no hay una especificidad de la clase de territorio que deba controlar, solo se hace referencia a la capacidad de mantener un territorio desde el cual planear objetivos militares y resguardarse del enemigo. De igual manera, otra condición existente radica en la frecuencia de las operaciones, estas no deben ser hechos aislados sino que deben componer un patrón de conducta característico de dicha organización sin necesidad de tener una calificación de duración de tiempo dejando abierta una amplia gama de posibilidades. Finalmente, la última regla de la Corte implica no solo el logro de los objetivos sino las capacidades de dichas organizaciones de lograr efectivamente los factores referidos por las anteriores reglas.

Dado lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que en Colombia, los grupos insurgentes y el Gobierno Nacional reúnen los requisitos para constituir un conflicto armado de carácter no internacional al cual le es aplicable el DIH. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 35099 de 23 de marzo del 2011)

En las últimas décadas los Gobiernos de Colombia, han advertido la imperiosa necesidad de tomar acciones efectivas para lograr la protección los derechos humanos dentro de su conflicto armado, por lo cual han utilizado su política exterior para reforzar sus actuaciones a través de la suscripción de un gran número de tratados en esta materia. Aunado a ello y en desarrollo de su política criminal, se vio la necesidad de legislar nuevamente el Código Penal reformándolo para que éste se adecue al contexto sociopolítico colombiano, por lo que se tipifican las conductas que violen la puesta en práctica de estos compromisos internacionales, especialmente que atenten contra los civiles en el marco del conflicto armado interno.

En el caso particular del delito a analizar, está tipificado en el código en el artículo 137, establece como conducta infligir sufrimientos con ocasión del conflicto armado, es importante resaltar cómo desde el principio limita el ámbito de aplicación del delito a este tipo conflicto. El legislador intenta no especificar de ninguna manera el tipo de sufrimientos que se pueden infligir ya que dice: “*dolores o sufrimientos, Físicos o síquicos*”. Sin embargo, si establece un ingrediente ya que estos sufrimientos deben buscar una confesión, un castigo, intimidar, coaccionar o discriminar; incurrirá en el delito de tortura.

Frente a la sanción, ese artículo establece una pena privativa de la libertad de ciento sesenta a trescientos sesenta meses, más una multa de sesenta y seis punto sesenta y seis a mil quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como una privación del ejercicio de derechos y funciones públicas por tiempo igual al tiempo de prisión (artículo 137, Ley 599 de 2000); pena aplicable solo a los delitos cuyo bien jurídico tutelado son las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario

### **Definición de Tortura**

Como ya se dijo anteriormente la tortura es uno de los comportamientos históricamente sancionados, es por esto que a través del tiempo se han dado un gran número de definiciones de lo que implica esta conducta y que hoy en día se ha tratado de plasmar en los diferentes tratados internacionales que tienen esta conducta como su objeto.

Una de las primeras acepciones que se conoció fue la “*Quaestio*”, definición griega que describe el acto de buscar la verdad mediante tormento; si bien es casi imposible encontrar con exactitud el surgimiento de la tortura a través de la historia de la humanidad, se sabe

que fue una institución que a través de los pueblos antiguos se perpetuó y persiste hoy en día, infligiendo tormento a una persona, con el objetivo de una confesión, obtener una información o simplemente la verdad.(, AI Catalunya Grup d'educació (2019)

A través de la historia, la tortura ha estado permitida y se ha concebido como un medio legítimo para interrogar y obtener información. Fue solamente hasta la Ilustración que se empezó a considerar a la tortura como un medio indeseables y se empieza a cuestionar su práctica, es en este clima que surgen instituciones del derecho moderno como el Derecho Penal que nace con la intención de frenar el poder punitivo del soberano, es en esta época que surgen importantes textos contra estas conductas como “*De los Delitos y de las Penas*” de Cesare Beccaria que denuncian las prácticas desmedidas como castigo por faltas mínimas y en algunos casos inexistentes, el pueblo estaba a merced de la voluntad del soberano.

La primera prohibición de la tortura se da en 1734 en Suecia, al cual lo siguen Prusia y Austria hasta extenderse totalmente por Europa para el siglo XIX. Actualmente alrededor del mundo se han realizado un gran número de tratados para proteger y erradicar la tortura de las prácticas estatales. (Macagno, M 2019); una de las más importantes se dio en 1975 a través de la Declaración sobre Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles e Inhumanos que define la tortura como: “*Todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya*”, es decir que se tratad de sujeto calificado, “*(...) inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales con el fin de obtener de ella o de un tercero*”, es importante para la definición que el sufrimiento producido tenga una finalidad, cual es la búsqueda de “*(...) información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras*”( Artículo 1)

De igual manera se ha suscrito la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, que establece que “*todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales,*” y al igual que en la anterior definición establece que dichos actos sean cometidos por sujeto calificado “*(...) infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o*

*acquiescencia*”. El sufrimiento físico puede ser impuesto a la persona directamente o a un tercero; se establece la exigencia de una finalidad específica, que es la búsqueda de “*confesión, información, castigo, intimidación o coacción, o cualquier motivo basado en acto de discriminación*”. Esta definición se diferencia de la anterior por realizar una salvedad: “*No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.*” (Artículo 1), esto es importante porque ratifica la diferenciación entre el establecimiento legal de las penas y la tortura como crimen contra la humanidad.

Para América ha sido importante la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1987, que ha definido la tortura como: “*todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales*” (Artículo 1). Nuevamente la definición no difiere de las anteriores permitiendo así una unanimidad internacional en cuanto a que es tortura. De igual manera permite cualquier fin pero resalta el castigo, la confesión y la intimidación, es interesante que a pesar de no calificar el sujeto activo, entre los fines para realizar la tortura, pone como medida preventiva, investigación criminal y como pena; ya que son actividades de índole estatal. La convención agrega: “*Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica*” (Artículo 1) la redacción de esta definición, termina ampliando el marco de protección en el sistema interamericano. Finalmente reitera como no se deben confundir las penas y sufrimientos establecidos bajo un marco de legalidad con tortura.

De igual manera se consideran importantes el Estatuto de Roma y la Convención Interamericana de Derechos Humanos que han permitido plasmar el rechazo y la voluntad de proteger, prevenir y sancionar estas conductas.

Como se ha establecido, las definiciones actuales reconocen que al infligir sufrimientos o tormentos puede darse de distintas formas, las primeras definiciones de tortura sólo se refieren a la tortura física que puede realizarse, pero ha sido una construcción moderna, la concepción de que puede infligirse tortura psicológica, esto ha sido todo un reto para el derecho ya que probatoriamente requiere un examen arduo que no es sencillamente evidenciable, y como todo Estado de Derecho, debe respetar los procedimientos de probatorios para constatar que efectivamente fueron causados. Al respecto la Corte

Interamericana ha determinado a través de su jurisprudencia que una violación a la integridad psíquica de una persona implica: una violación a la integridad personal cuyo impacto afecta distintas áreas y en distintos grados, dicho impacto tiene consecuencias tanto físicas como psíquicas, que varían según sean los factores específicos de cada caso en concreto que si bien deben probarse a la luz de la Corte (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Comunidades Afro descendientes de la Cuenca del Río Cacarica VS Colombia 20/ 13/ 2011).

Estas codificaciones de tortura reafirman la búsqueda común de una prohibición por medio de la fuerza del derecho que acompañado de la acción política que se conforma a partir de la legitimidad de los ciudadanos, en el caso particular el derecho se eleva por encima de las fronteras físicas para conformar valores mínimos de un derecho común a todos los ciudadanos basado en la dignidad humana.

### **Tortura como Delito Autónomo.**

El Código Penal colombiano establece el tipo penal de tortura en su artículo 178, en los cuales se establece como tortura el *“infligir dolores o sufrimientos a una persona”* pero ya no enfatiza en el ámbito de ninguna situación particular como lo es el conflicto armado interno. Por otro lado, si continua estableciendo como ingrediente subjetivo del tipo el objetivo de conseguir una confesión, información o como castigo por algún crimen o sospecha de crimen, así como continua específicamente mencionando cualquier acto de discriminación. La diferencia respecto al artículo 137 analizado, es el ámbito de aplicación, es decir, encontrarse *“en ocasión o en desarrollo de conflicto armado”*.

De igual manera la graduación de la pena es distinta ya que en este artículo la tortura se penaliza con una pena privativa de la libertad mínima de ciento veintiocho meses hasta doscientos setenta meses. Al igual, la multa tiene un valor de mil sesenta punto seis a tres mil salarios mínimos legales mensuales vigentes; y se restringe el ejercicio de funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de prisión. Lo anterior deja ver como la penalización en este caso es menor, tanto en pena de prisión como en pena económica; mostrando así otra diferenciación que quiso consagrar el legislador. Finalmente el artículo 178 agrega la clarificación de la diferencia entre la tortura y los sufrimientos causados por las penas establecidas bajo el principio de legalidad.

En la lectura del artículo se observa, como ya se estableció anteriormente, que una de las diferencias es que la tortura a la cual alude el artículo 137 sólo aplicará en el ámbito del conflicto armado no internacional mientras que el artículo 178 se aplicará a todas aquellas conductas del ilícito fuera de este contexto. Esto sucede porque el legislador ha considerado pertinente sancionar de distinta manera la tortura cometida en acciones que tengan su raíz en el conflicto armado interno. Ante esto, el Consejo de Estado ha reafirmado la prevalencia del Derecho Internacional Humanitario cuando exista un conflicto armado en el ámbito interno, definición que busca salvaguardar aquellas personas que no tomen parte de las hostilidades entre los beligerantes como lo es la población civil (según lo consagra el artículo tres común de los Acuerdos de Ginebra), en virtud del principio de distinción que implica precisamente la diferenciación en el ataque a aquellas personas a quienes se les extiende esta protección del Derecho Internacional Humanitario que, es importante recordar, hace parte del *ius cogens* lo cual implica su necesaria aplicación en el conflicto armado interno sin la necesidad de su previa ratificación. (Consejo de Estado, 2015-, Sentencia n° 11001-03-15-000-2014-00747-01.)

Claramente la duración y barbarie del conflicto armado interno ha llevado a la legislación colombiana a adoptar un sin número de medidas para prevenir y sancionar las actuaciones que se han dado en el contexto, así mismo en la Política Criminal de Estado se ha considerado la agravación punitiva de sanciones como medio de disuasión de la comisión del ilícito.

Se observa que en el artículo 178 se agregan dos incisos, uno de ellos se refiere al elemento subjetivo del tipo y prescriben la sanción con la sola comisión del acto de infligir sufrimientos a otra persona tanto física como psíquica, abriendo así un espectro mucho más amplio para su aplicación. Por otro lado, el segundo inciso indica que las penas establecidas en la legislación colombiana, en ningún caso serán consideradas como tortura ya que a pesar de que puedan causar sufrimientos como lo indica el artículo, no implican una violación a la defensa de los derechos humanos que profesa el país y si esto llegase a suceder, se encuentran establecidos los medios para su reparación.

El artículo 179 enumera las causales de agravación de la tortura descrita en el artículo 178, el numeral 4 de este artículo, agrava la sanción cuando la tortura se realiza en determinadas personas por sus cualidades: “*servidores públicos, periodistas, comunicadores sociales, defensores de derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes o testigos*”, o se trate también de sus “*cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil*”.

La diferencia principal entre la aplicación del agravante y la aplicación del artículo 137 se encuentra en que a pesar de que las calidades descritas en el agravante sean personas protegidas por el derecho internacional humanitario, este solo aplicará cuando se cometan acciones que constituyen tortura a cualquiera de estas personas en razón de sus calidades y no suceda con ocasión del conflicto no internacional armado. La Corte Suprema de Justicia ha aceptado a través de sus jurisprudencias como la entidad del delito se mantiene tanto en el artículo 178 como en el artículo 137, ambos tienen como objetivo la protección del bien jurídico tutelado de la autonomía personal pero lo hacen de distintas formas, en uno se protege directamente mientras que en el otro se protege de manera secundaria teniendo como principal objetivo el cumplimiento de la garantía de protección otorgada por el DIH. Es debido a lo anterior que las circunstancias de agravación de ambos son distintas, las calidades descritas en el artículo 179 implican sujetos civiles que deben ser protegidos pero no son específicamente sujetos de protección del DIH, ya que este solo se aplica, como se ha especificado anteriormente, en el ámbito de la confrontación, reafirmando así la autonomía del delito de Tortura en Persona Protegida por el DIH. Según la Corte Suprema de Justicia es claro que ambos artículos describen el comportamiento acorde con la tortura pero la comisión del delito se puede dar en dos contextos distintos que han creado para el legislador la necesidad de diferenciarlos tipificándolos de manera autónoma y estableciendo agravantes acordes que contemplen todas las circunstancias que probablemente se puedan perpetrar. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 29 de agosto de 2012),

La Corte Suprema de Justicia ha reiterado otra de las principales diferencias se encuentra en el bien jurídico que tutelan ambos delitos son distintos, el delito consagrado en el artículo 137 tiene como bien jurídico tutelado las personas protegidas por el DIH mientras que en el delito consagrado en el artículo 178 tutela la autonomía personal.

A través de la doctrina se ha clarificado la definición de los diferentes bienes jurídicos que tutelan los delitos, en el caso de la autonomía personal como:” *como:”(...) una aplicación de la libertad de la persona a fin de que ésta dirija y controle su conducta, de modo que se refiriere a la disposición de determinarse independientemente de referentes y decisiones externas” (Pérez, 1985: 40).*Citado por Suárez López; 2013

Mientras que la jurisprudencia de la Corte ha definido los bienes jurídicos protegidos por el DIH como “*la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados* (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-240 de 2009.) La Corte Constitucional a través de sus jurisprudencias ha considerado al Derecho Internacional Humanitario como la valiosa manifestación en normas jurídicas del compromiso internacional por preservar el principio de dignidad humana especialmente durante las circunstancias caracterizadas por la hostilidad, sin importar el reconocimiento de un gobierno sino basándose simplemente en la práctica de reiterada e imperativa de mantener ciertos valores mínimos y exigibles a todas las personas por sólo pertenecer a la raza humana.

EL Código Penal que se divide según el bien jurídico tutelado que protejan, implementa en dos partes distintas cada uno de estos diferentes artículos. Lo anterior implica que el artículo a analizar, es decir el 137, tiene una aplicación mucho más restringida y delimitada que ha sido definida gracias a la jurisprudencia de las Cortes y se da específicamente en violaciones a derechos internacionalmente protegidos a través de tratados internacionales.

### **Sujeto Activo**

En el plano internacional, el sujeto activo es calificado como ha quedado plasmado en los instrumentos internacionales como la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas crueles, Inhumanas o Degradantes; esta definición fue acogida por la Asamblea General de la ONU a través de la resolución 39- 46 del 10 de diciembre de 1984, ratificada por Colombia en 1985, de igual manera esta definición fue incorporada través de la Ley 78 de 1986 y el Decreto 768 de 1988.

La distinción entre la calificación del sujeto activo la tipificación colombiana se debe a una sentencia de la Corte Constitucional en 1992, que derivó en un nuevo planteamiento jurisprudencial de entender el delito permitiendo que ni en la modalidad prevista en el artículo 137 ni en la modalidad del 148 el sujeto activo sea calificado para que así pueda ser cometido tanto por civiles como por funcionarios públicos sin limitar el acceso a la justicia. La Corte Constitucional ha enfatizado en que lo anterior no representa una violación al principio de legalidad ya que faculta al Estado cumplir con sus deberes de protección tanto de los funcionarios públicos como de los particulares. (*Corte Constitucional*, Sentencia C 587 de 1992.)

La Corte Constitucional ha dejado claro que en Colombia el sujeto activo no tendrá que ser obligatoriamente un sujeto activo calificado para que se configure el delito, ya que en dicha sentencia la Corte ha considerado que aquellos delitos que tienen como bien jurídico tutelado la autonomía personal involucra intrínsecamente una vulneración al derecho de la libertad volitiva de la persona sin que necesariamente se restrinja la libertad física, afectando así la antijuridicidad de manera distinta, ya que la esfera volitiva del sujeto pasivo va a verse sometida a la voluntad del sujeto activo. Si bien en gran parte del mundo se ha considerado que son los funcionarios estatales, al tener la fuerza de las armas y representar a la autoridad, los que tienen el dominio de la capacidad para llevar a cabo esta conducta, en Colombia por el contexto histórico se ha entendido que el comportamiento de dominar la voluntad de otro mediante sufrimiento puede ser llevado a cabo por cualquier persona. (*Corte Constitucional*, Sentencia C 587 de 1992.)

### **Sujeto Pasivo y Reparaciones**

El sujeto que recibe la protección de este artículo como ya se dijo antes, es aquel que igualmente recibe la protección del Derecho Internacional Humanitario, la Corte Suprema de Justicia ha definido la noción de “*persona protegida*” como: aquellas que integran el conjunto de la población civil y que no hacen parte de los beligerantes participantes en las confrontaciones (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 36460 del 28 de Agosto de 2013). De igual manera, la Corte Suprema de Justicia ha definido como sujetos de protección del DIH aquellas personas que no pueden responder al ataque sin importar si en el pasado pertenecieron a los grupos beligerantes como lo son los

reinsertados, lo primordial es que no puedan responder al ataque o no se encuentren en condiciones de “oponerse a la fuerza agresora” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 36563 del 3 de agosto de 2011)

Debido a la gravedad de los delitos contra el DIH, la jurisprudencia nacional ha establecido ciertas garantías de satisfacción que se deben tener en cuenta para las víctimas siempre teniendo como objetivo darles una reparación integral. Esta búsqueda por lograr el objetivo de una verdadera reparación integral a las víctimas ha estado presente en casi todas las sentencias que juzgan este tipo de delitos desde que empezó a implementarse este concepto en la legislación colombiana (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 35099 de 23 de marzo del 2011)

Ese ha sido precisamente uno de los requerimientos que ha solicitado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a todos los Estados bajo su jurisdicción en la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizada el 19/14 del 19 de Agosto de 2014, en la cual reafirma, al igual que en su jurisprudencia, la creación de todo un régimen jurídico de carácter internacional que prohíbe absolutamente toda forma de tortura sea física o psicológica (dentro de la cual son incluidas las amenazas y el peligro real de lesionar el bien jurídico de la integridad física o psicológica). Lo anterior implica el compromiso de todos los países dentro y fuera del Sistema Interamericano de tomar acciones tanto positivas como negativas para garantizar la supresión de la tortura en el mundo. Para lograrlo se suscribieron tratados cuya finalidad es la materialización de esos compromisos, uno de los más importantes a nivel interamericano ha sido la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura que obliga al establecimiento por parte de los Estados en su interior de estas medidas efectivas para lograr los objetivos de este Convenio. De igual manera la Corte Interamericana reafirma su compromiso por el respeto de los derechos a todas las personas incluyendo las garantías judiciales por lo cual los Estados deben realizar todos los procedimientos de sanción bajo los marcos dados por la Convención Americana de Derechos Humanos.

Según la Convención Americana de Derechos Humanos el bien jurídico que defiende la censura de la tortura es la integridad personal, consagrada en el artículo 5 de dicho tratado; este derecho implica la prohibición de toda clase de tortura y penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, al ser esta prohibición parte del *ius cogens*, este derecho bajo

ningún circunstancia puede ser suspendido (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina. 26/ 08/ 2015.)

Es así que el Estado colombiano en su búsqueda por garantizar los derechos, especialmente de las víctimas cuyos derechos han sido violados y sus garantías no han sido satisfechas. El Estado ha buscado reparar los daños a través de un afianzamiento del sistema de justicia, permitiéndoles así un acceso rápido y eficaz al aparato tanto nacional como internacional para buscar la satisfacción de sus derechos, a través de eliminación de barreras, creación del registro único de víctimas o la implementación de una nueva jurisdicción.

### **Modificaciones Jurisprudenciales en el Delito**

La principal reforma que se ha realizado a este delito ha sido la inexecutableidad de la Corte Constitucional en la sentencia C 148 de 2005 así como la Corte Suprema de Justicia en su sentencia 94772016 (42129), del 13 de julio de 2016 por la cual se elimina la expresión “graves” al calificar los sufrimientos infligidos al sujeto pasivo del delito. La Corte ha dicho que si bien los instrumentos internacionales han incluido la expresión graves, sino que se ha limitado la definición de tortura en todo acto que consolide en la víctima sufrimientos cuyos efectos socavan la personalidad del sujeto pasivo así como sus capacidades tanto físicas o mentales. Esto no necesariamente se lleva a cabo a través de métodos que causen dolor, pueden ser diversos los métodos usados y la Convención no los limita ni especifica métodos especiales para que se constituya la tortura. Por lo tanto el legislador nacional tampoco hace referencia ni en el artículo 137 ni en el 148 a una forma específica en la cual sea realizada la tortura. En realidad, limitar la aplicación de la Convención Interamericana es en realidad una violación a sí misma y al Bloque de Constitucionalidad consagrado en el artículo 93 constitucional. Por cuanto en Colombia se elimina la expresión “graves” al calificar el sufrimiento o los dolores que constituyen tortura. (Corte Constitucional, C 148 de 2005)

A pesar de la inexecutableidad del calificativo “graves” este se aplica tanto en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes como en el Estatuto de Roma y en la Declaración sobre la Protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y en el Protocolo de Estambul.

La Corte Constitucional toma esta decisión teniendo en cuenta el Bloque de Constitucional y la misma Constitución, ya que una norma como el Código Penal no puede contradecir las disposiciones constitucionales ni añadir sin una motivación válida requisitos para la configuración de un delito contradiciendo al tratado marco del tema, además es importante resaltar, como ya se mencionó anteriormente, la importancia que tiene La Corte Interamericana así como sus instrumentos jurídicos al hacer parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en el cual Colombia ha buscado cumplir sus objetivos a cabalidad. Por lo cual, si bien otros importantes instrumentos internacionales mantienen el calificativo de “graves” la legislación colombiana ha considerado la importancia de permanecer acorde con el Sistema Interamericano y ampliando la definición para dar cabida a cada caso en concreto, extendiendo así la protección de la prohibición a las víctimas que sientan que vulneren sus derechos y acudir así al Sistema de Justicia.

Sin embargo, al desaparecer la calificación de “graves” en el delito de Tortura en Persona Protegida por el DIH la Corte Constitucional deja al juez competente la tarea de dilucidar los comportamientos que serán meritorios de ser juzgados por constituir tortura. Para ello el juez penal deberá ceñirse a los principios del derecho penal ya que al ser estos aquellos referentes de las normas legales (Sentencia C 284, Corte Constitucional, 2015)

El derecho penal en una sociedad democrática guiada por los principios de un Estado liberal debe actuar como última ratio, el Estado en su evolución ha considerado fundamental el respeto por la esfera íntima del individuo, basado en los principios liberales de intervenir lo menos posible, solo debe garantizar un sistema que haga cumplir las leyes y garanticen los derechos de los ciudadanos cuando estos se vean amenazados (Easton, 2006) Por lo anterior el Derecho Penal contempla entre sus principios para determinar cuándo es necesaria la intervención del Estado para garantizar justicia, por lo anterior existe el Principio de Lesividad que plantea intervenir solamente cuando el bien jurídico protegido se ponga en peligro o se lesione de manera directa (Ramos, M. & Zanazzi, S. 2013 P 6)

El principio de lesividad permite determinar cuándo un acto es meritorio de ser llevado ante la justicia penal al establecer como límite “*intervención punitiva cuando no media por lo menos un conflicto jurídico, ya sea que se trate de una afectación individual o*

*colectiva, más o menos concreta, total o parcial de un bien jurídico.*”(Ramos, M. y Zanazzi, S. 2013 P 6) El menoscabo de un bien jurídico tutelado puede realizarse de diversas formas, sin embargo, no todas ellas son meritorias de una intervención estatal a través del derecho penal. Lo anterior obedece a la primera limitación.

Sin embargo, es claro que deben existir mayores límites, el principio de subsidiariedad ofrece una limitación al poder punitivo del Estado ya que implica que si hay otro medio de defensa al bien jurídico que menoscabe en menor medida al individuo, debe ser aplicado por encima del derecho penal, en aquellos casos en los cuales la conducta constituya los verbos rectores del delito pero pueda verse contenida mediante otras sanciones sociales estas deben aplicarse resultando así la intervención de la sanción penal innecesaria (Torres, 2011) Puesto que, parafraseando al doctrinante Luigi Ferrajoli, si el derecho penal no existiera se cometieron abusos peores.

Una vez delimitada la acción en el posible menoscabo al bien jurídico o la efectiva lesión del mismo, es la antijuricidad la que debe determinar si existe o no efectivamente un delito según dos postulados: 1 “*la efectiva afectación de un bien jurídico tutelado por el derecho penal y 2 la adecuación de la conducta a un tipo penal. Una vez se encuentran verificados, se puede afirmar que estamos en presencia de un injusto penal.*” (Grosso, M. 2019 P 85) Es la Antijuricidad la que determinara que está conducta sea típica y atenta por ende a la legislación penal y constituye un injusto típico, antijurídico y culpable que deba ser sancionado por lo tanto.” (Grosso, M. 2019 P 69)

Es por lo anterior que en el delito consagrado en el artículo 137 sólo se puede considerar necesario su juzgamiento o su comisión cuando se realice *una lesión importante* al bien jurídico tutelado que verdaderamente provoque una violación al mismo.

De igual manera en Colombia se aplica el principio de proporcionalidad de la pena que corresponde a la necesidad de restringir el castigo a imponer, en palabras de Roxin:” “la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense” (Roxin, 1997, p 82) también deviene del principio de intervención mínima puesto que busca regular la pena, según Beccaria la pena debe tener una función y no imponerse por el mero hecho del castigo sino que tiene una función resocializadora por lo tanto esta tiene que ser acorde con el ilícito cometido. En

el caso específico de la tortura sería una total incongruencia no tener en cuenta este principio al momento de su sanción puesto que no es posible sancionar la tortura con una pena que constituya tortura o cualquier tipo de tratos crueles e inhumanos. Es así que se han establecido penas a través del Código Penal que no contravengan este principio y distintas garantías judiciales para garantizar que las penas sean acordes con el ilícito como las tasaciones los artículos 60 y 61 según las circunstancias del caso en concreto por lo tanto si un acto es constitutivo de reproche por el derecho penal deberá tenerse en cuenta la magnitud del acto y las actuaciones en concreto que llevaron a la comisión del tipo penal y así asegurar el cumplimiento de los fines sociales de la pena.

Recordemos también el principio de máxima taxatividad dentro del principio de legalidad (también llamada exigencia de ley estricta) por el cual la ley penal debe expresarse en palabras claras sin dejar dudas interpretativas. Este principio “*exige al legislador el mayor esfuerzo de precisión semántica, en la descripción del tipo penal que debe ser lo suficientemente claro para que no dé lugar a confusión*” (Zaffaroni; 2000:106); principio que fue tomado también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las críticas contenidas en el caso Kimel Vs. Argentina, al advertir que la imprecisión de la elaboración del tipo penal conlleva a dudas, abriendo espacio para el arbitrio de la autoridad. Y es que, al quitar la palabra grave, la Corte Constitucional contradice su propia jurisprudencia cuando se olvida que el principio de tipicidad busca que las leyes sean dictaminadas y entendidas de manera correcta, reafirmando así la importancia de tener una ley que describa claramente la conducta punible, escindiéndola de aquellas que no son consideradas delito de manera “*clara, precisas e inequívoca*” (sentencia C 301, de 2011 Corte Constitucional); pero lo más grave, desde nuestra posición, delega con esta acción al arbitrio del juez penal, la decisión sobre el ámbito de lo prohibido, vulnerando el principio de estricta legalidad por no atender al principio de máxima taxatividad de la ley penal.

Por lo tanto la tortura en Colombia, se determina cuando, a criterio del operador judicial, bien jurídico primario y secundario se vean lesionados, es decir, en primer lugar quienes sean protegidos por el derecho internacional humanitario y en segundo su autonomía personal se vea vulnerada, de manera meritoria para que deba intervenir el Estado con el derecho penal que se sabe es la última ratio, con las finalidades o las formas descritas en el artículo, serán meritorias de ser llevadas ante el juez competente.

## **Conclusión**

Se puede concluir que el delito de la tortura en persona protegida por el DIH, se compone de varias aristas que lo han ayudado a diferenciarse de otras conductas similares delictuales que se presentan en nuestro país. Ha sido a través de la jurisprudencia que se ha logrado establecer una clara hoja de ruta en su aplicación, esto no ha sido sencillo ya que se trata de un comportamiento casi tan antiguo como el ser humano y que ha estado presente alrededor del mundo, es por esto que en la actualidad los países conforman alianzas a través de tratados internacionales, que tienen como fin cooperar en la erradicación de estos comportamientos, de los cuales el Estado Colombiano ha buscado participar y cumplir activamente. Debido a que evoca ideas tan amplias que en cada legislación puedan surgir confusiones que sean necesarias aclarar por medio de las altas cortes, estas en particular han permitido la ampliación del tipo previendo que abarque todas las posibles situaciones que puedan necesitar ser cobijadas por este tipo, siendo claramente garantistas sin sacrificar por ello el principio de legalidad.

## **Bibliografía**

- AI Catalunya Grup d'educació, (2019) “Historia de la Tortura”, retomado de <http://www.amnistiacatalunya.org/edu/es/historia/inf-tortura.html>
- Macagno, M. (2019) “Apuntes Históricos sobre la Tortura”, retomado de <http://www.defensapublica.org.ar/biblioteca.aspx?op=Doctrina>
- Carreño, D. & Restrepo, J. (2017) “Una Teoría Crítica del Derecho para el Postconflicto”, Justicia Transicional,
- Moya, M. (2017) Fundamentos de la Semiótica jurídica. Hacia una semiótica del derecho penal; Revista Derecho Penal y Criminología
- Torregrosa, N. (2015) “El Artículo Científico que Debemos Escribir y como Escribirlo”, Revista Verba Iuris
- Lascuráin, J. (2007) “Bien jurídico y Objeto Protegible, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales”
- Zaffaroni, E. (2007) “Manual de Derecho Penal”, Buenos Aires, Argentina, Editorial Ediar
- Torres, F. (2014) “Teoría General del Derecho”, Ediciones USTA
- Suárez, C. (2013) “El delito de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, Revista Asuntos Internacionales,4 (7)
- Grosso, M. (2019) “Principio de Legalidad” Editorial B de F
- Ramos, M. & Zanazzi, S. (2013) Los delitos de peligro y el principio de lesividad, Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal
- Roxin, C. (2014) ”Derecho Penal Parte General Tomo I”, Editorial Civitas
- Cita, R. & González, I. (2017) La Proporcionalidad de las Penas en la Legislación Penal Colombiana. Bogotá, Colombia. Editorial Ibáñez

## **Legislación**

- Ley 599 de 2000: Código Penal, Congreso de la Republica (24 de julio de 2000)
- Declaración sobre Protección de todas las Personas contra la Tortura y otros Tratos Crueles e Inhumanos. ONU 9 de diciembre 1975,
- Convención Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, Nueva York. 10 de diciembre de 1984. Colombia, Congreso de la República, Ley 70 de 1986 (diciembre 15)

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. 12 de Septiembre de 1985, Colombia, Congreso de la República, Ley 406 de 1997 (28 de octubre)

Convenio de Ginebra Relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra, (12 de Agosto de 1949) Colombia, Congreso de la Republica, Ley 171 de 1994 (diciembre 16) York. Colombia, Congreso de la Republica, Ley 742 de 2002 (5 de junio)

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, (17 de julio de 1998) Nueva Consejo de Estado, Sala Plena, Sección Quinta, (12 de Febrero de 2015) Sentencia n° 11001-03-15-000-2014-00747-01(AC) [C.P. ALBERTO YEPES BARREIRO (E)]

### **Jurisprudencia**

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (20/ 13/ 2011), Caso de las Comunidades Afro descendientes de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) VS Colombia

Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, (29 de agosto de 2012) Sentencia 35195 [MP: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (23 de marzo de 2011)

Suárez López Carlos Alberto; octubre 2013, El delito de tortura a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana Revista Asuntos Internacionales, 215-249 Universidad Jorge Tadeo Lozano

Corte Constitucional de Colombia, (1 de abril de 2009) Sentencia C-240 de 2009, [M.P. Mauricio González Cuervo.]

Corte Constitucional, Sala Plena, (12 de Noviembre de 1992) Sentencia C 587 de 1992, [Magistrado ponente: Ciro Angarita]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (del 28 de Agosto de 2013), [MP María Del Rosario González Muñoz].”

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (3 de agosto de 2011) Sentencia 36563 [M.P: JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO]

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (19 de Agosto de 2014) Opinión Consultiva 19/14

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (26/ 08/ 2015). Caso Torres Millacura y otros Vs. Argentina.

Corte Constitucional, Sala Plena, (22 de febrero de 2005), Sentencia C 148 de 2005,  
[MP: Álvaro Tafur Galvis]