

Los “sufrimientos” del delito de tortura

RODRIGO SILVA MEDINA*

Resumen

El delito de tortura previsto en el Código penal colombiano inicialmente preveía que los sufrimientos físicos o psíquicos que constituyen la parte objetiva del tipo de tortura debían ser graves. En 2005, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “graves” de dicha definición. No obstante, pueden surgir dudas sobre el sentido de los sufrimientos propios del delito de tortura. ¿Cualquier sufrimiento es susceptible de ser delito de tortura? ¿Hay alguna diferencia entre el sufrimiento del delito de tortura respecto del sufrimiento de otros delitos? En este artículo se propone una interpretación del tipo objetivo del delito de tortura que cumple con el mandato de determinación de la ley penal, es decir, que intenta diferenciar suficientemente la conducta constitutiva de tortura de otras figuras delictivas, para alcanzar la seguridad jurídica en su aplicación.

Palabras clave

Tortura, Derecho penal, sufrimiento, autonomía personal, dignidad.

Abstract

The Colombian Constitutional Court abolished the word “severe” from the legal definition of torture in 2005. As a result of that decision, torture was formulated as “physical or mental suffering” in Colombian criminal law. Nevertheless, the actual

* Doctor en Derecho penal por la Universidad Pompeu Fabra. Abogado adjunto de la Dirección de Revisión y Doctrina del Ministerio Público, Venezuela. E-mail: rsilvamedina@gmail.com

legal definition of the term is so broad that it opens the door to confusion between torture and other similar crimes. This misconstruction is problematic in the scope of the criminal law, where the rule of law is especially important. This paper proposes a solution.

Keywords

Torture, criminal law, suffering, individual autonomy, dignity.

Sumario

1. Introducción. 2. El problema de la interpretación gramatical del concepto de tortura. 3. ¿Qué es lo que se protege cuando se castiga penalmente la tortura? 4. Entonces, ¿en qué consiste el sufrimiento propio del delito de tortura? 5. Conclusiones.

1. Introducción

La tortura no es solamente un fenómeno de permanente actualidad, sino que ha venido siendo parte de nuestra civilización desde hace centurias. Ya en el Imperio romano, a partir del siglo III, la tortura debía confirmar el testimonio de los ciudadanos libres y de los esclavos cuando eran procesados, a diferencia de los llamados *honestiores* –rango superior de la sociedad romana constituido por los senadores y los caballeros–, cuyos dichos poseían credibilidad porque portaban dignidad (con la excepción de los procesos por traición o por orden personal del Emperador)¹. Sin embargo, a pesar de la antigüedad de este fenómeno, todavía sigue siendo objeto de discusión el alcance de qué es lo que se quiere decir cuando se habla de tortura. Este concepto ha sido debatido sobre todo cuando se sopesan las libertades individuales de los ciudadanos con el derecho a la seguridad de la colectividad en momentos de crisis, es decir, cuando las sociedades se sienten vulnerables frente a peligros que pueden alcanzar cierta envergadura y las herramientas tradicionales de investigación no se perciben como suficientes. Las técnicas de interrogatorio adoptadas por el ejército del Reino Unido para extraer información de los detenidos pertenecientes al Ejército Republicano Irlandés en los años 70², o los métodos empleados por el Ejército de Israel para interrogar

1 EDWARD PETERS, *La tortura*, (trad. Míguez), Madrid, Alianza Editorial, 1987, pp. 50-54.

2 Las mencionadas técnicas eran las siguientes: “a) “Colocación de pie contra una pared”: Se obligaba a los detenidos a que permanecieran, durante períodos de algunas horas, en una “postura de tensión” (*Stress position*); según los interesados, estuvieron, con los brazos y piernas separados, frente a una

a los árabes palestinos son ejemplos de cómo el concepto de tortura puede ser relativizado cuando un régimen político, incluso uno democrático, se siente amenazado³.

La ambigüedad del concepto de tortura se alimenta en buena parte por el Derecho internacional de los derechos humanos. No todos los instrumentos internacionales incluyen definiciones de tortura cuando prevén su prohibición, y los instrumentos que sí las incluyen contemplan conceptos amplios, susceptibles de una extensa gama interpretativa. Así, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (DCT)⁴, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (CCT)⁵ y en la Convención

pared, apoyando en ella los dedos por encima de la cabeza, los miembros inferiores muy separados y los pies hacia atrás, de forma que el peso recayera principalmente sobre los dedos; b) "Encapuchar": Se cubría la cabeza de los detenidos con un saco negro o azul marino que, por lo menos al principio, llevaban siempre, excepto durante los interrogatorios; c) "Ruido": Antes de los interrogatorios se llevaba a los detenidos a una habitación en la que resonaba constantemente un silbido fortísimo; d) "Falta de sueño": Antes de los interrogatorios no se les dejaba dormir; e) "Falta de alimento sólido y líquido": Durante su estancia en el centro, y antes de los interrogatorios, sólo recibían una alimentación escasa" (cfr. Irlanda v. Reino Unido, 18 de enero de 1978, § 96).

- 3 La Comisión Landau fue establecida como respuesta a la crisis de confianza que sufrieron los servicios secretos israelíes y sus métodos de interrogatorio en los años 80. Dicha comisión concluyó que el interrogatorio efectivo de sospechosos por terrorismo es imposible sin el uso de medios de presión para superar una voluntad reticente a aportar la información requerida; y que un interrogatorio de esta clase es legalmente permisible y las confesiones adquiridas son de admisible incorporación en el procedimiento penal. El Reporte Landau incluyó un apéndice en el que se detallaban unas pautas para el uso de técnicas de presión admisibles (MICHAEL LEWIS, "A Dark Descent into Reality: Making the Case for an Objective Definition of Torture", en *Washington and Lee Law Review*, N.º 77, 2010, p.116-117).
- 4 Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1975.
- 5 Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. El origen de esta importante Convención, cuya definición de la tortura ha influenciado la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es el siguiente: a la luz de la DCT aprobada en 1975, en 1977 la Asamblea General de Naciones Unidas requirió a la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social que preparase un borrador de una convención que prohibiera la tortura. En su trigésima cuarta sesión en 1978, la Comisión de Derechos Humanos estableció un grupo de trabajo para que elaborara el borrador de la convención. Sin embargo fueron necesarios otros seis grupos de trabajo que se reunieron en cada sesión anual de la Comisión de Derechos Humanos entre 1978 y 1984. En estas reuniones los grupos de trabajo debatieron las disposiciones del borrador de la convención artículo por artículo a partir de un primer borrador propuesto por la delegación sueca. En su cuadragésima sesión en 1984, la Comisión de Derechos Humanos sometió a la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través del Consejo Económico y Social, el borrador de la CCT. La Asamblea General delegó el borrador al tercer comité, el cual recomendó su adopción. El 17 de diciembre de 1984, la Asamblea General de las Naciones Unidas

Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CPST)⁶ se prevén definiciones de tortura que no son del todo unívocas y que resultan representativas de la complejidad del problema⁷.

Estas definiciones tienen en común que identifican tortura con infligir sufrimientos físicos o mentales (parte objetiva del concepto de tortura). Las diferencias más fundamentales se refieren a que, por una parte, la CPST no exige que los sufrimientos que el sujeto activo debe causar al sujeto pasivo sean graves mientras que la CCT y la DCT sí requieren el elemento gravedad en la conducta; y, por otra parte, la CPST amplía el ámbito de los comportamientos susceptibles de ser catalogados como tortura a la aplicación de métodos sin que sea necesaria la causación de dolor físico o angustia psíquica. Por su parte, el Código penal

votó la adopción de la CCT (KAREN F. BOTTERUD, "International Protection Of Fundamental Freedoms And Human Rights: The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", en *Asiis International Law Journal*, N.º 8, 1984, pp. 70-71).

- 6 Adoptada el 9 de diciembre de 1985 y entró en vigor el 28 de febrero de 1987.
- 7 Para la DCT, tortura es: "Artículo 1: 1. A los efectos de la presente Declaración, se entenderá por tortura todo acto por el cual un funcionario público, u otra persona a instigación suya, inflija intencionalmente a una persona penas o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar a esa persona o a otras. No se considerarán tortura las penas o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de la privación legítima de la libertad, o sean inherentes o incidentales a ésta, en la medida en que estén en consonancia con las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos". Por su parte, en la CCT la tortura es definida en su artículo 1 de la siguiente manera: "Artículo 1: 1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término "tortura" todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas. 2. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance". Por último, la CPST prevé lo siguiente: "Artículo 2. Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflija a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo".

colombiano⁸ se había inspirado en la definición de la CCT en lo que se refiere al tipo objetivo de la conducta típica, porque se previó inicialmente, en el artículo 178 de dicho código, que comete tortura el que inflija dolores o sufrimientos graves, físicos o psíquicos. Sin embargo, la Corte Constitucional entendió que el concepto jurídico-penal de tortura debía adaptarse a lo previsto en la CPST, por lo que declaró la inexecutable de la expresión “graves” contenida en los artículos 137 y 178 del Código penal colombiano⁹.

Es de resaltar que, tomando en consideración la parte objetiva de la conducta, la definición de tortura se refiere a un comportamiento tan amplio que bien podría solaparse con otros comportamientos típicos, como el delito de lesiones. Se podría sostener que lo que diferencia al delito de torturas con el delito de lesiones es la cualidad del sujeto activo que suele preverse en el delito de tortura y/o los elementos subjetivos del tipo distintos del dolo señalados también en las definiciones de tortura. Pero hay legislaciones, como la colombiana, por ejemplo, que no prevé el delito de tortura como un delito especial susceptible de ser cometido por un grupo determinado de sujetos. Asimismo, aunque históricamente el fenómeno de la tortura ha estado vinculado a las finalidades indagatoria y sancionatoria del poder público, modernamente se ha venido ampliando a otras finalidades como la discriminación o la intimidación e incluso se han eliminado las finalidades específicas de la tortura¹⁰. Por lo tanto, resulta necesario establecer diferencias del delito de tortura con otros delitos ya desde la parte objetiva del tipo.

8 Ley 599 de 2000, de 24 de julio, por la cual se expide el Código penal.

9 Sentencia C-148/05, de 22 de febrero de 2005 (ponente Álvaro Tafur Galvis).

10 La definición legal de tortura en el Derecho penal internacional ha suprimido los elementos subjetivos del tipo adicionales al dolo y la imprudencia. El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional define la tortura, en su artículo 7.2.e), como la causación intencional dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control. Asimismo, la definición de tortura más asentada, prevista en la CCT, señala un listado de finalidades enunciativo: en su versión inglesa, el listado de finalidades está precedido por la fórmula “propósitos tales como” (*such purposes as*) (J. HERMAN BURGERS/HANS DANIELIUS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, 1988, p. 118); mientras que en su versión francesa tal listado está encabezado con la expresión “particularmente” (*notamment*). Sin embargo, la versión castellana de la CCT difiere de la inglesa y de la francesa, porque no se incluyó ninguna expresión que diera cuenta del carácter enunciativo de las finalidades (CARLOS VILLÁN DURÁN, “La convención contra la tortura y su contribución a la definición del Derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, N.º 2, 1985, p. 397). Por su parte, la CPST prevé, en su definición de tortura, la expresión “o con cualquier otro fin” después de indicar un listado de propósitos, con lo cual estos se eliminan en la práctica.

En el presente trabajo se propondrá una interpretación de “infligir sufrimiento físico o mental” que abarque correctamente el valor que se pretende proteger con la prohibición de la tortura y que, además, sirva para delimitar esta conducta de otras que también son jurídico-penalmente relevantes. Si el legislador ha preferido establecer un delito autónomo de tortura antes que agravar el delito de lesiones, por ejemplo, en razón del sujeto activo, los medios empleados o las finalidades perseguidas, se debe a alguna razón que va más allá de la simple causación de dolor o sufrimiento a otro.

2. El problema de la interpretación gramatical del concepto de tortura

Cuando el intérprete pretende analizar el alcance del concepto de tortura “infligir sufrimiento físico o mental” puede optar por admitir como decisivo el sentido literal posible en toda su extensión¹¹. Para ello, se requiere determinar de la manera más precisa, en aras de la seguridad jurídica, qué es un sufrimiento. Así, sería necesario indicar cuándo un sufrimiento, que inicialmente puede ser insignificante, pasa a tener relevancia penal y, por lo tanto, se convierte en la realización del supuesto de hecho de la disposición en estudio.

La doctrina, que ha estudiado el concepto de tortura en el ámbito internacional, se ha ocupado de este asunto con pocos resultados plausibles. Se ha instalado un debate en el que se sopesa desde una perspectiva cuantitativa el sufrimiento que el sujeto activo debe infligir al sujeto pasivo de la tortura. Así, de manera gráfica, se tiende a observar el fenómeno como si fuera una línea de continuidad en la misma escala valorativa (*continuum*) en el que el sufrimiento causado a una persona empieza siendo inocuo o no relevante y termina siendo relevante desde el punto de vista de la tortura. En algún momento de tal *continuum* hay un umbral que transforma el sufrimiento en penalmente relevante. La discusión, desde esta perspectiva cuantitativa, radica en dónde colocar el umbral que da relevancia al sufrimiento.

Comentando la definición de tortura de la CCT que exige que el sufrimiento sea grave, un sector de la doctrina defiende que una conducta es constitutiva de tortura cuando produce sufrimientos físicos tales como la remoción de órganos, la mutilación genital, la aplicación de electricidad en los órganos genitales, la extracción de uñas, la fractura de huesos, las quemaduras en la piel, las agresiones

11 ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 45.

sexuales y, en general, las mutilaciones físicas¹². A modo de ejemplo, se cita la propuesta de DERSHOWITZ, que sostiene que insertar agujas esterilizadas bajo las uñas de los sospechosos de terrorismo produce un dolor insoportable que no alcanza a ser tortura (sino que se trata de un simple trato inhumano o degradante que no tiene la prohibición absoluta de la tortura en la CCT, por lo que puede ser utilizada dicha técnica cuando sea requerido)¹³. Otro sector extiende el ámbito de conductas típicas a los sufrimientos psíquicos extremos como la violación de familiares del interrogado, la simulación de fusilamiento, la privación prolongada de sueño combinada con suministro de drogas, la extrema privación sensorial por largos períodos de tiempo, entre otros¹⁴.

Cuando estos autores defienden que la tortura son aquellas conductas que implican coerciones de alta intensidad sobre la víctima están señalando, al mismo tiempo, que los apremios menos graves, que no dejan marcas visibles en el cuerpo del detenido, no son torturas y, por lo tanto, entran dentro del ámbito de la atipicidad. De esta manera, los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado podrían tener un amplio margen de maniobra para extraer información de ciudadanos para salvaguardar la estabilidad del sistema establecido. Por esta razón, después de los sucesos de las Torres Gemelas en Nueva York el año 2001 se insistió desde el Departamento de Estado de los Estados Unidos que la tortura prohibida por la legislación de aquel país debía ser interpretada en sentido restringido; de tal manera que no se frustre la llamada “guerra contra el terror”¹⁵. Asimismo,

12 JOHN ALAN COHAN, “Torture and the necessity doctrine”, en *Valparaíso University Law Review*, N.º 41, 2007, p. 1597; JEAN BETHKE ELSHTAIN, “Reflection on the Problem of ‘Dirty Hands’”, en SANFORD LEVINSON (ed.), *Torture. A Collection*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 86.

13 ALAN DERSHOWITZ, “Why Terrorism Works”, 2002, p. 144 (citado por JEANNINE BELL, “Behind This Moral Bone: The (In)Effectiveness of Torture”, *Indiana Law Journal*, Vol. 83, N.º 1, 2008, p. 351).

14 JEANNINE BELL, *‘Behind This Moral Bone’: The (In)Effectiveness of Torture*, cit., p. 344.

15 Es conocido el caso del memorándum de JAY S. BYBEE, mientras se desempeñaba el cargo de *Assitant Attorney General*, en el que indicó que la tortura constituye un dolor físico semejante a la intensidad que implica una lesión física importante, como la muerte o la mutilación de un órgano. En lo que se refiere al sufrimiento mental, BYBEE señaló que solamente se alcanza el umbral de la tortura cuando se produce en la víctima un desorden psicológico prolongado (DAVID SUSSMAN, “Defining Torture”, en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2005-2006, pp. 226-227). En este sentido, Schlink (quien es profesor de Derecho Público y Filosofía de la Universidad Humboldt) sostiene, desde una perspectiva crítica, que si es moralmente aceptable provocar un pequeño dolor para prevenir cierto daño, también sería moralmente aceptable producir una gran cantidad de dolor para prevenir una gran cantidad de daños, por lo que el grado de dolor permitido será un asunto de conveniencia política y de alarma social (BERNHARD SCHLINK, “The Problem with ‘Torture lite’”, en *Cardozo Law Review*, Vol. 29, N.º 1, 2007, pp. 88-89.)

resulta paradigmático el caso Irlanda contra el Reino Unido decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en 1978. En esta decisión, se sostuvo que la denominadas cinco técnicas de interrogatorio empleadas por los miembros del Ejército inglés en los detenidos que eran sospechosos de pertenecer al Ejército Republicano Irlandés no alcanzaban el nivel de gravedad (intensidad y crueldad especiales) que implica la tortura, por lo que dicho tribunal entendió que constituían tratos inhumanos o degradantes¹⁶. Es de destacar que las mismas técnicas de interrogatorios habían sido calificadas como torturas por la hoy suprimida Comisión Europea de los Derechos Humanos, y que la jurisprudencia posterior del TEDH ha reconocido la relativización del concepto de tortura a lo largo del tiempo y del tipo de sociedad, reconociendo en posteriores decisiones que las simples amenazas de tortura podrían, de acuerdo a las circunstancias, constituir tortura porque la naturaleza de tortura abarca tanto el dolor físico como el sufrimiento mental¹⁷.

Otro sector de la doctrina, acaso más preocupado por el respeto de los derechos humanos individuales, lo constituye quienes sostienen que el umbral que marca la gravedad de la tortura no debe esperar a una mutilación física de un miembro o la causación de una enfermedad mental prolongada, sino que la gravedad del sufrimiento constitutivo de tortura ya se manifiesta en estadios anteriores. Así, se ha defendido que ya es grave cualquier tensión o coacción al sujeto pasivo, incluso los actos que produzcan un dolor insignificante o que no dejen marcas visibles. Así, una coerción mínima, pero que quiebre la voluntad de la víctima, debe ser considerada tortura¹⁸. En este sentido, POSNER sostiene que un interrogatorio legal a un detenido se torna ilegítimo cuando hay un contacto físico entre el sujeto activo y el sujeto pasivo o un daño a la salud de la víctima; pero en el supuesto de las

16 El gobierno irlandés había denunciado al del Reino Unido alegando que las personas privadas de libertad en Irlanda del Norte habían sido sometidas por la policía a tratamientos que violaban los derechos humanos previstos en el artículo 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. En particular, el gobierno demandante señaló que a los detenidos les aplicaban cinco técnicas de interrogatorio, que eran torturas, en centros de interrogatorio no identificados (cfr. pie de página n.º 2).

17 Cfr. *Gäfgen v. Alemania*, n.º 22978/05, 1.º de junio de 2010, § 108; *Selmouni v. Francia*, n.º 25803/94, 28 de julio de 1999, § 101.

18 MICHAEL IGNATIEFF, "Moral Prohibition at a Price", en KENNETH ROTH/MINKY WORDEN, (eds.), *Torture. Does It Make Us Safer? Is It Ever OK? A Human Rights Perspective*, Nueva York, The New Press/Human Right Watch, 2005, p. 22; JULIANNE HARPER, "Defining Torture: Bridging The Gap Between Rhetoric And Reality", en *Santa Clara Law Review*, N.º 49, 2009, p. 922; ANTHONY CULLEN, "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", en *California Western International Law Journal*, N.º 34, 2003, pp. 42-45.

torturas psicológicas –privación de sueño, confinamiento en celdas sucias o frías, gritos, amenazas, aplicación de sueros de la verdad, mentiras, entre otros– es opcional denominar a tal apremio como tortura¹⁹.

El problema que se observa al analizar esta postura es que no reconoce las diferencias que pueden existir entre propinar una bofetada a un detenido y someter, al mismo individuo, a golpizas durante horas o agredirle sexualmente. Es decir, no es lo indicado colocar en el mismo grado de desvaloración conductas tan distintas si se considera que la eventual sanción que sufriría el autor se movería dentro de un mismo marco penal. Asimismo, los sufrimientos mentales también tienen relevancia penal, por lo que considerar que una mínima coerción psicológica ya puede ser entendida como tortura tendría como consecuencia que podría ser delito el supuesto de un funcionario de investigaciones que insta al detenido para que confiese, toda vez que su compinche ya le había inculcado en la habitación contigua. Por último, se evidencia de las posturas señaladas que no hay un criterio seguro para determinar el mínimo de coerción necesario para que una conducta se convierta en un sufrimiento constitutivo de tortura.

Por todos estos motivos, resulta plausible que la Corte Constitucional haya declarado inexecutable la expresión “graves” del tipo objetivo del delito de tortura. Tal expresión obligaba a la intérprete a un análisis cuantitativo moralmente discutible, porque permitía abrir un debate sobre si una determinada conducta alcanzaba el umbral de la tortura o se trataba de un mero trato degradante o una conducta inocua. Con ello, por ejemplo, un funcionario policial, que sabía que su conducta se encontraba en un *continuum* en el que en determinado punto se convertiría en delictiva, tenía el legítimo interés en saber a partir de qué momento exacto empezaba a ser catalogada su conducta como tortura, para poder actuar libremente lo más cerca posible de tal límite que marca la “gravedad”. WALDRON, que sostiene que la tortura es un *malum in se*²⁰, defiende

19 RICHARD A. POSNER, “Torture, Terrorism, and Interrogation”, en SANFORD LEVINSON (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 292.

20 Este autor sostiene que las torturas son conductas inherentemente malas, por oposición a las conductas que son malas porque se encuentran prohibidas por una norma (*mala prohibita*). A diferencia de las conductas *mala prohibita*, las conductas *mala in se* no podrían ser inocuas o valorarse positivamente aunque no estuvieran prohibidas por el ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista de la interpretación de las normas, si la prohibición de una conducta *mala in se* se interpreta de un modo muy restrictivo, de tal manera que algunas conductas dudosamente quedan fuera de la prohibición, es inapropiado sostener que cualquier conducta no prohibida en los exactos términos del texto legal deba considerarse como algo que se está en la total libertad de realizar (JEREMY WALDRON, *Torture, terror, and trade-offs: Philosophy for the White House*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 195-196).

que hay escalas valorativas o *continuum* en los que no se debe estar (por ejemplo, el caso del marido que quiere golpear a su esposa un poco y necesita saber exactamente cuán lejos puede llegar antes de que sus actos se consideren violencia machista; o el caso del profesor que dice tener interés en flirtear con sus estudiantes y necesita saber exactamente cuán lejos puede llegar a galantear sin caer en el acoso sexual²¹), y una de ella es precisamente la que prevé coerciones y apremios que en un punto no son graves y en otro punto son graves²². En este caso, nadie debe tener un interés legítimo en saber cuán lejos a lo largo de tal *continuum* se está permitido avanzar²³. En consecuencia, cuando se establecen niveles de gravedad de los apremios de manera tal que a partir de determinado punto se está frente a una conducta de tortura se está estableciendo, quizás inadvertidamente, un ámbito de riesgo permitido que puede anteponer los intereses de seguridad y estabilidad del sistema político antes de la salvaguarda de los derechos individuales de los ciudadanos.

Pero, si el tipo objetivo del delito de tortura es “infligir sufrimientos”, es decir, si la conducta típica del delito de tortura se limitara a las afectaciones a la estructura física y psicológica de la víctima, ¿qué diferencia habría entre el delito de tortura y los delitos que afectan el bien jurídico salud humana? La mutilación intencional de un órgano de un sujeto privado de libertad puede ser una conducta que sea útil a la tortura, pero no debe confundirse con la tortura misma, porque si no se igualaría su desvalor al de la afectación de la salud humana en sentido amplio, es decir, comprensiva tanto del bienestar físico y mental de la persona como del sustrato corporal²⁴. La tortura es algo más que afectar gravemente la salud humana de las personas.

21 Ibid., p. 205.

22 Ello es lo que legítimamente ocurre en el caso del contribuyente que dice tener interés en realizar operaciones de ingeniería financiera en sus negocios para disminuir al máximo su responsabilidad tributaria, por lo que necesita saber exactamente cuánto puede deducir por sus gastos en entretenimiento; o el conductor de un vehículo automotor que quiere saber a qué velocidad máxima puede ir sin violar el límite (cfr. Ibid., p. 204).

23 Ibid., p. 205.

24 FELIP I SABORIT señala que el bien jurídico salud humana, que se protege mediante el delito de lesiones, se afecta tanto “con las situaciones de funcionamiento anormal del organismo (enfermedad), como las alteraciones de la configuración del cuerpo humano que supongan una merma funcional en su sentido más amplio (desde la cicatriz hasta la mutilación de un miembro)” (DAVID FELIP I SABORIT, “Las lesiones”, en JESÚS-MARÍA SÁNCHEZ (dir.)/RAMÓN RAGUÉS I VALLÉS (coord), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Atelier, 2006, p. 62.

3. ¿Qué es lo que se protege cuando se castiga penalmente la tortura?

Las dificultades que presenta el intento de interpretar “infligir sufrimiento físico o mental” a partir del sentido literal en toda su extensión obliga a limitar tal sentido con ayuda de la interpretación teleológica. Sólo teniendo presente qué pretende proteger el delito de tortura se podrá valorar con seguridad cuándo una conducta es constitutiva de tal delito y cuándo no lo es.

Los bienes jurídicos dan forma y límites a los tipos previstos en la ley para su protección, porque sirven como pauta de interpretación para la aplicación de los distintos tipos penales a los casos concretos. En España el delito de tortura se encuentra en el capítulo referido a los delitos contra la integridad moral, mientras que en Colombia se incluye dentro de los delitos contra la autonomía personal. Evidentemente es discutible sostener que la integridad moral y la autonomía personal son sinónimas. En todo caso habría que dilucidar qué son ambos conceptos y determinar cómo se relacionan, si es que se pueden relacionar. Sin embargo, hay razones para pensar que ambas denominaciones de bienes jurídicos se refieren a lo mismo: en definitiva son protegidos por el mismo delito. Vamos a ver de qué se tratan estas denominaciones.

En España se han ventilado diferentes posturas que podrían bifurcarse a partir de si la integridad moral se vincula o no con la noción de dignidad de la persona²⁵. En efecto, a partir de la idea de que la tortura afecta la dignidad de la persona, algún sector de la doctrina se ha preocupado por construir el bien jurídico tutelado a partir de la idea de dignidad. Sin embargo, hay otro sector que no le otorga preponderancia a la dignidad, pero que finalmente le atribuye al bien jurídico protegido por la tortura características que están relacionadas con la idea de dignidad.

Por su parte, la autonomía personal también ha sido señalada como una manifestación de la dignidad de la persona. En efecto, desde la perspectiva de la noción kantiana de dignidad, Pérez Triviño considera que se irrespeta la dignidad del otro cuando no se le permite perseguir los fines y propósitos que ha elegido autónomamente²⁶. En este mismo sentido se pronuncia Nino, que concibe como principio de dignidad que las personas deben ser tratadas conforme sus decisiones,

25 Aunque se admite que, en términos prácticos, tal sistematización no tiene mayores consecuencias prácticas.

26 JOSÉ LUÍS PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México D.F., pp. 25-26.

intenciones o manifestaciones del consentimiento²⁷. Esto significa, según este autor, que las voliciones de las personas deben ser tomadas en serio, es decir, se debe permitir que el individuo incorpore las consecuencias de sus decisiones al curso de su vida²⁸. Cuando se intenta condicionar a la persona sin dejarle perseguir los fines y propósitos que ha elegido autónomamente, se le niega lo que Dworkin ha señalado como la importancia distintiva de la vida de la persona²⁹.

La aproximación más intuitiva cuando se quiere precisar cuál es el valor o interés protegido por la tortura conlleva a indicar que ésta vulnera la dignidad de la persona humana y, en este sentido, se trata de una conducta inherentemente inmoral³⁰. Cuando se habla de dignidad necesariamente hay que remitirse a Kant, cuyo planteamiento es el que ha tenido mayor influencia en la literatura desde la Ilustración.

Kant entiende que los seres humanos tienen una naturaleza dual: pertenecen al mundo inteligible y al mundo sensible. En el ámbito de lo inteligible el ser humano es visto como persona, mientras que en el ámbito de lo sensible (mundo empírico) el ser humano es visto como parte del sistema de la naturaleza³¹. En el mundo inteligible, los seres humanos son seres morales que tienen autonomía y capacidad para razonar. La persona sería un ser racional que puede dictarse leyes y elegir, determinar y perseguir fines. *La autonomía y la capacidad de razonar de las personas, que no poseen los animales, son los fundamentos de la dignidad*³².

27 Asimismo, según el autor, las creencias y opiniones de las personas también deben ser tomadas en serio en virtud del principio de dignidad, es decir, intentando que sean compatibles con otras creencias del mismo individuo y de otros. "Esto implica promover la adopción, cambio o abandono de creencias promoviendo argumentos en su favor o en su contra, es decir, operando sobre los factores que el individuo tomó en cuenta en la formación de la creencia u opinión". CARLOS S. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 287-289.

28 Ibid., p. 290.

29 RONALD DWORKIN, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (trad. Caracciolo/Ferrerres), Barcelona, Ariel, 1994, p. 309.

30 PATRICK LEE, "Interrogational Torture", en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 51, 2006, p. 133.

31 JOSÉ LUÍS PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, cit. pp. 19-21.

32 Ibid., pp. 22-23 y 33. Siguiendo esta misma línea de pensamiento sobre la dignidad, PECES-BARBA MARTÍNEZ sostiene que la dignidad es un "valor intrínseco de la persona derivado de una serie de rasgos de identificación que la hacen única e irrepetible, que es el centro del mundo y que está centrada en el mundo". En el desarrollo de su concepción de la dignidad, este autor destaca como una dimensión relevante de aquella la perspectiva de carácter "humanista y renacentista" que se refiere específicamente a los rasgos que caracterizan al ser humano y lo distinguen de los restantes animales. En este sentido, el dato relevante sería la noción de autonomía, en el sentido de capacidad

Una consecuencia de que todas las personas poseen este valor interno –dignidad– es la igualdad. Cada persona es un ser racional y autónomo que se encuentra igualmente subordinado a la ley moral³³. Así, ley moral es la fuente de igualdad porque frente a ella nadie tiene una especial posición o ventaja³⁴. De esta igualdad se desprende que entre los seres racionales no se justifican tratos desiguales entre iguales³⁵ y que los seres racionales se deben respeto recíproco, en el sentido de que cada persona está obligada a ser consciente de la dignidad de las otras personas y a mostrar determinados comportamientos y actitudes frente a los demás por poseer dignidad³⁶.

En este sentido, Kant sostiene que así como el hombre “no puede autoenajenarse por ningún precio (lo cual se opondría al deber de la autoestima), tampoco puede obrar en contra de la autoestima de los demás como hombres, que es igualmente necesaria; es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre. (...) *Despreciar (contemnere)* a otros, es decir, negarles el respeto que se debe al hombre en general, es, en cualquier circunstancia, contrario al deber; porque se trata de hombres. (...) Con todo, yo no puedo negar ni siquiera

de elección precedida de una deliberación racional sobre lo que procede hacer o decidir; y en el sentido de condición moral que dirige a los seres humanos “a buscar su independencia a través de la búsqueda del bien, de la virtud, de la felicidad o de la salvación”, GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2002, pp. 68-69. De esta manera, la dignidad de la persona humana podría verse afectada cuando se ataca su autonomía.

33 Según ROSENKRANTZ, hay dos concepciones de la autonomía, una sustancial y otra procedimental. La sustancial, que es la que interesa a la presente investigación, es la propuesta por KANT, que sostiene que la autonomía es una propiedad de la voluntad de los agentes morales que solo se permiten actuar sobre la base de principios sin estar determinados por causas empíricas, CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ, “El valor de la autonomía”, en CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ/ CARLOS SANTIAGO NINO/GABRIEL BOUZAT/ALEJANDRO D.CARRIÓ/CARLOS BALBÍN, *La autonomía personal*, Madrid, 1992, p. 14.

34 JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, cit., p. 14.

35 PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 112.

36 JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO, “La relevancia de la dignidad humana. Un comentario”, en *Doxa*, N.º 30, 2007, p. 161. En este sentido, HENRY sostiene que si se considera que las personas son capaces de dirigirse moralmente, son fines en sí mismos y merecedoras de respeto, LESLIE MELTZER HENRY, “The jurisprudence of dignity”, en *University of Pennsylvania Law Review*, N.º 160, 2011-2012, pp. 207-208. A mayor abundamiento, LARENZ sostiene que de la concepción de KANT conforme a la cual la persona es un fin en sí mismo deriva la pretensión de toda persona al respeto de su dignidad y su obligación de respetar a los demás del mismo modo, KARL LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, [trad. Díez-Picazo Giménez], Madrid, Civitas, 1985, p. 56.

al vicioso, en tanto que hombre, el respeto que no puede quitársele, al menos en calidad de hombre; aunque con su acción se haga sin duda indigno de él. De ahí que pueda haber castigos ultrajantes, que deshonran a la humanidad misma (como descuartizar, hacer que los perros despedacen al castigado, cortarle la nariz y las orejas), que no sólo son más dolorosos que la pérdida de los bienes y de la vida para quien es pundonoroso (para quien exige el respeto ajeno, cosa que todos deben hacer), sino que también hace sonrojarse al espectador por la vergüenza de pertenecer a una especie con la que se puede proceder así³⁷.

El propio Kant señala los vicios³⁸ que vulneran el deber de respetar a los demás: la soberbia, la maledicencia y la burla. La soberbia es una ambición según la cual una persona exige a otras que se menosprecien al compararse con la primera, es decir, es soberbio quien está "ávido de honores de tener a otros por debajo y que se cree autorizado a desdeñarlos"; la maledicencia es la tendencia inmediata de alguien a propagar algo perjudicial para el respeto de los demás, lo cual supone no sólo un menoscabo al honor ajeno, sino que además manifiesta una disminución del respeto por la humanidad en general; y la burla es la manía de criticar de un modo frívolo y la propensión de poner en ridículo a otros, es decir, convertir los defectos ajenos reales, o atribuidos como si fueran reales, en objeto inmediato de la propia diversión³⁹.

Ahora bien, ¿qué ámbito de la dignidad es protegido por la prohibición de la tortura o por el bien jurídico-penal protegido por el delito de tortura? en la presente investigación se sostiene que la identidad individual, la autoestima o el respeto ajeno que debe merecer todo ser humano son expresión de una característica relevante y digna de protección de la dignidad como es la igualdad de humanidad, en el sentido de que toda persona debe reconocer la dignidad de la humanidad en las demás personas. Este es el ámbito de la dignidad que es protegido por el bien jurídico bajo estudio desde la perspectiva del presente trabajo. Así, *el bien jurídico-penal protegido por el delito de tortura es el interés que toda persona tiene en recibir de los demás un trato mínimo que sea respetuoso con su condición de persona por constituir un ser moral*. Esta definición puede darle contenido tanto a la noción de autonomía personal prevista en el Derecho penal colombiano como a la noción de integridad moral del Derecho penal español.

37 IMMANUEL KANT, *La metafísica de las costumbres*, 2.^a ed., (trad. Cortina Orts/Conill Sáncho), Madrid, 1994, pp. 335-336.

38 Para este autor, la omisión del deber que surge del respeto es un vicio (*vitium*) (Ibid., p. 338).

39 Ibid., pp. 339-342.

Ya se ha señalado que la doctrina considera que se respeta la dignidad de otro dejándole perseguir los fines y propósitos que ha elegido autónomamente. Tal respeto puede vulnerarse de distintas maneras y por tal motivo se ha previsto una serie de derechos fundamentales y bienes jurídico-penales individuales o personales para abarcar las distintas vías de afectar la dignidad. Cuando no se permite a alguien perseguir sus fines negándole el trato mínimo que toda persona se merece, ya sea porque se la instrumentaliza, humilla, denigra o de cualquier manera se le irrespeta su condición de persona moral, se está afectando la dignidad personal de la víctima y el Derecho penal ha previsto unos tipos para protegerla, dentro de los que se encuentra el tipo previsto en el delito de tortura.

4. Entonces, ¿en qué consiste el sufrimiento propio del delito de tortura?

Como se sostuvo con anterioridad, la interpretación del sentido literal del precepto debe ser limitada con ayuda de la interpretación teleológica. Así, cuando el legislador establece que la tortura es infligir sufrimiento físico o mental a la víctima, necesariamente hay que vincular esa conducta con la posibilidad de que afecte o ponga en peligro el interés que toda persona tiene en recibir de los demás un trato mínimo que sea respetuoso con su condición de persona por constituir un ser moral. De esta manera, *los sufrimientos que el sujeto activo debe infligir al sujeto pasivo no debe entenderse desde una perspectiva cuantitativa limitada a aspectos meramente vinculados a la integridad física y psíquica, sino que debe interpretarse desde una perspectiva cualitativa, vinculada al trato que toda persona merece por el hecho de pertenecer a la humanidad.*

Para que una conducta constitutiva de sufrimientos físicos o mentales lesione el trato deferente o respetuoso que toda persona tiene derecho a recibir por constituir un ser moral –en tanto expresión de la libertad de autodeterminación de voluntad– resulta necesario que persigan doblegar la autonomía de la voluntad del sujeto, lo que se puede alcanzar solamente si la conducta en cuestión tiene determinadas características, que no se agotan en la simple causación de sufrimientos físico o mentales. Si lo requerido por el bien jurídico es la entereza de la libertad de autodeterminación de la voluntad, la conducta típica que la afecte debe ser una que doblegue tal entereza o integridad. Tal conducta debe ser una que produzca en la víctima un sentimiento de humillación o degradación.

Los sufrimientos físicos o mentales, para que sean constitutivos de tortura, deben producirse en el contexto de tratos que sean aptos para producir a la víctima

sentimientos de humillación o degradación no acordes con su condición de ser moral y autónomo. Esto significa que un acto de tortura puede consistir en la aplicación de una serie de comportamientos, como por ejemplo, obligar a un detenido a que se desnude y camine entre risas y burlas de otras personas, o el caso que consiste en obligar a un detenido a que lama la suela de los zapatos del funcionario policial, o el supuesto de negar al detenido el uso del baño obligándola así a orinarse o defecarse con la ropa puesta, lo cual es degradante al tratar a un adulto como si fuera un niño incapaz de controlar sus esfínteres, entre otros. El delito de tortura no consiste en una mera agravación de un delito contra la salud o la integridad física y psicológica, sino que, porque lesiona un bien jurídico diferente y autónomo, este delito consiste en producir sufrimientos físicos o mentales que sean, asimismo, humillantes. Así, estas conductas deben producir sufrimiento y humillación para que se lesione el bien jurídico autonomía personal⁴⁰.

WALDRON propone la siguiente lista de degradaciones: a) la bestialización, que consiste en otorgar un trato al detenido que es más acorde con los animales que con los humanos, por ejemplo, usarle como bestia de carga; pegarle; arrearle; tratarle como si no tuviese lenguaje ni capacidad de raciocinio o entendimiento, entre otros.; b) la instrumentalización, que implica tratar a la víctima como un objeto manipulable para los propósitos del torturador, o utilizarle de manera no suficientemente respetuosa con su humanidad como un fin en sí mismo, por ejemplo, el abuso sexual; c) la infantilización, en la que un adulto es tratado como si fuera un niño, por ejemplo, obligarle a orinarse o defecarse sin quitarse la ropa; y d) la demonización, según la cual se trata a la víctima –quien es vista como hostil, malvada, y, por tanto, es temida o despreciada– como si fuese simplemente la vil encarnación del mal⁴¹.

40 El Código penal español, en el artículo 174, tampoco establece que los dolores o sufrimientos físicos o mentales deban ser “graves”, por lo que conductas típicas menos graves también pueden dar lugar al delito de tortura. Sin embargo, REBOLLO VARGAS sostiene que podrían existir conductas que reuniesen todos los requisitos objetivamente típicos de tortura y que, según el autor, no serían constitutivas de tal delito por no ser graves, RAFAEL REBOLLO VARGAS, “Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral”, en JUAN CÓRDOBA RODA/MERCEDES GARCÍA ARÁN [dirs.], *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 272-273. Así, según el mismo autor, las conductas graves serían tortura, y entre las conductas no graves habría unas que serían torturas y habría otras que no lo serían. El autor defiende que no responde a la ratio del mencionado artículo 174 que se eleve a la categoría de tortura cualquier atentado a la integridad moral, sea de la clase e intensidad que sea; aunque tampoco aporta criterios para evaluar a partir de qué intensidad un atentado a la integridad moral se encuadra en el mencionado precepto.

41 JEREMY WALDRON, “Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 23, N.º 2, 2010, pp. 282-283.

Se ha sostenido que la clase de sufrimientos que son tortura deben implicar para la víctima una situación de indefensión. Entre el torturador y el torturado se debe conformar una relación “íntima”: entre los dos se construye un mundo distinto al conocido por el torturado antes de entrar en contacto con su torturador. Se trata de un mundo desconocido para el torturado, en el que todas las relaciones afectivas que tenía antes se van desdibujando y en su lugar sólo queda espacio para su torturador, que aparece como un ser inescrutable y todopoderoso⁴². En este punto, el torturado solamente se preocupa de agradar al torturador, porque éste podría someterlo a castigos severos⁴³. De esta manera se doblegaría (disminuiría) la autonomía del torturado.

Las conductas que tiendan al comentado estado de postración del torturado frente a su torturador comienza por colocar a la víctima en un estado de indefensión: la víctima debe verse impedida de evitar o de responder los embates del torturador, de tal manera que éste tenga el control total del cuerpo de la víctima y de sus sensaciones y percepciones físicas y psicológicas. En este sentido, SHUE defiende que la característica más importante de la tortura es la idea de la indefensión. Para este autor, la tortura constituye un cruel ataque de una persona sobre otra que se encuentra indefensa, y que no puede oponer resistencia a su favor⁴⁴.

Otro aspecto que se ha destacado de la conducta constitutiva de tortura, además de la comentada situación de indefensión en la que se debe encontrar la víctima, es la relación de dominación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo. Para ello el torturador debe crear un clima en el que exista la potencialidad de que el sufrimiento pueda seguir intensificándose en virtud de la sola voluntad del torturador⁴⁵. La posibilidad de dominación es necesaria para la relevancia penal del sufrimiento, porque la indefensión por sí sola no alcanza a afectar el trato deferente

42 LUBAN sostiene que el torturador se dedica al cuerpo de la víctima con la misma intensidad del amante, solo que va dirigido a causar dolor y a tiranizar el espíritu de la víctima, DAVID J. LUBAN, “Liberalism, Torture, and The Ticking Bomb”, en *Virginia Law Review*, Vol. 91, N.º 6, 2005, p. 1430.

43 DAVID SUSSMAN, “What’s Wrong with Torture?”, en *Philosophy & Public Affairs*, N.º 33-1, 2005, p. 4.

44 HENRY SHUE, “Torture”, en SANFORD LEVINSON (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 51.

45 JOHN T. PARRY, “Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad”, en SANFORD LEVINSON (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 154; DAVID SUSSMAN, “What’s Wrong with Torture?”, cit., p. 7. SUSSMAN señala que la víctima de la tortura debe percibir que el torturador puede hacer lo que le plazca con ella. Por su parte el torturador solo se encuentra limitado por sus propios deseos o por las órdenes de algún superior jerárquico. De esta manera, lo más íntimo de la vida de la víctima, incluyendo su cuerpo, se convierte en instrumento de uso público al alcance del torturador para que este lo explote como desee.

o respetuoso de la persona protegido por el delito de tortura: un funcionario policial puede propinar una serie de golpes de porra a manifestantes sentados en una vía pública desarmados y sin posibilidad de escapar. En este caso no podría hablarse todavía de una conducta constitutiva de tortura aunque efectivamente las víctimas se hallan indefensas.

Si una conducta cumple con todos los requisitos del tipo objetivo del delito de tortura (infligir sufrimiento físico o mental) significa se trata de condiciones o procedimientos que tienen una impronta de dominación, que se dirigen a la humillación o degradación, es decir, implica una lesión al bien jurídico protegido. Las conductas que constituyen sufrimientos, que son susceptibles de humillar o degradar a la víctima colocándola en una situación de indefensión y de sumisión, pueden revestir distintas modalidades de acción y no solamente las que ocasionen dolores físicos: encapuchamiento, amenazas, intimidaciones, privación de alimentos, forzar al detenido a permanecer de pie o en posiciones incómodas, el suministro de drogas, privación de sueño, fusilamientos simulados, y, en general, las presiones físicas moderadas que, sin dejar daños físicos o psíquicos duraderos, sí alcanzan a lesionar el bien jurídico debido al contenido relevante de humillación o degradación mediante la causación, en la víctima de las coacciones, sentimientos de temor, de angustia y de inferioridad⁴⁶. El sometimiento a algunos de estos procedimientos puede efectivamente suponer sufrimientos físicos o psíquicos capaces de negar el respeto que se debe a las personas en tanto seres morales, lo cual caracteriza a la humillación.

De esta manera, si un funcionario policial inflige sufrimientos físicos a otra persona que los consiente, no habría la humillación necesaria para la configuración del delito de tortura. Tampoco habría tortura, como antes se indicó, si la víctima todavía tiene posibilidad de defenderse frente al funcionario policial, porque aun cuando hay sufrimiento, la posibilidad de defensa enerva la humillación característica de un delito que protege la autonomía personal o la integridad moral. Por último, una bofetada aislada que un funcionario policial propine a un detenido esposado en comisaría, aunque constituya un procedimiento que tiene la aptitud de causar sufrimiento a la víctima, no presenta todas las características necesarias para la configuración del tipo objetivo del delito de tortura, porque un hecho aislado no es suficiente para que las condiciones de trato sean aptas para dominar al sujeto pasivo. Se requieren procedimientos más prolongados y complejos para que sean humillantes o degradantes los sufrimientos típicos del delito de tortura.

46 Cfr. Selmouni v. Francia, n.º 25803/94, 28 de julio de 1999, § 99; Keenan v. Reino Unido, n.º 27229/95, 3 de abril de 2001, §110.

Ahora bien, para que se perfeccione la tortura, ¿resulta necesario que el torturador haya logrado destruir totalmente la autonomía de la víctima? ¿Es necesario que el sujeto pasivo esté sometido a un estado de dominación tal que se encuentre instrumentalizado totalmente por parte del torturador? En la presente investigación se defiende que la tortura se perfecciona cuando las conductas son susceptibles de afectar el bien jurídico, es decir, es necesario que las características de la conducta del autor se correspondan con la previsión legal y que el resultado conectado causalmente a esa conducta pueda reconducirse normativamente a ésta. De esta manera, ha de concurrir un juicio de peligrosidad *ex ante* de la conducta; es decir, se requiere la realización de un riesgo no permitido por parte del agente, que consiste en infligir un trato humillante o degradante a otra persona, y a ello se refiere el legislador cuando prevé el sufrimiento como conducta típica. El resultado, por su parte, no debe ser entendido en el sentido naturalístico como fenómeno externo separado espacio-temporalmente de la conducta y apreciable por los sentidos, sino como efectiva lesión o puesta en peligro *ex post* del bien jurídico protegido.

En efecto, cuando se dice que basta la aptitud o idoneidad de la conducta para afectar el bien jurídico-penal, se está defendiendo la idea de que el delito de tortura se perfecciona cuando se determina que las características de la conducta realizada por el autor se corresponde con la previsión del tipo: no solo es tortura que el agente haya disminuido a la víctima a un nivel de cosificación importante, sino que además también es tortura la conducta desplegada aunque el torturador no haya logrado doblegar la voluntad de la víctima. De esta manera, los procedimientos vejatorios aplicados a un sujeto son tortura aun cuando la víctima no solamente no se haya quebrado y diera la información requerida, sino que además es tortura cuando el torturado se siente superior moralmente a su torturador, lo que puede suceder en casos de prisioneros políticos, por ejemplo. Asimismo, no es un trato respetuoso con la condición de persona como ser moral que un sujeto activo encierre al sujeto pasivo y lo someta durante toda la noche a ruidos molestos y con volumen alto, incluso en el caso en que el sujeto pasivo sea sordo, circunstancia esta desconocida por el sujeto activo. La sola aptitud general (perspectiva objetiva del hombre medio ubicado *ex ante*) de la conducta para afectar el bien jurídico es suficiente para detectar la relevancia penal del trato infligido.

Así, las conductas constitutivas de tortura deben ser aptas para doblegar la autonomía de voluntad del sujeto pasivo, pero no es necesario que la doblegue del

todo. Ahora bien, esa aptitud de la conducta para humillar o degradar puede variar en virtud del sujeto pasivo. Por ejemplo, para el miembro de un grupo religioso (judío ortodoxo) puede ser altamente ofensivo y denigrante que le sea rasurada la barba o el cabello, mientras que para otras personas tal conducta sea inocua. De esta manera, el criterio del hombre medio colocado en el lugar del sujeto activo antes o durante la ejecución del hecho debe, además, tomar en consideración las circunstancias especiales de la víctima concreta que sean conocidas por el autor, como la duración de los procedimientos, el sexo, las creencias religiosas, la contextura física, las enfermedades previas, entre otros.

Así, la lesión o puesta en peligro de bien jurídico protegido por el delito de tortura no depende de la cantidad de violencia con que la víctima haya sido tratada. De hecho, la tortura no persigue un dolor más o menos temporal, sino que busca negar el respeto que se debe a las personas en general. La degradación o la humillación pueden durar más que el dolor físico, y afectan a la personalidad y su integridad⁴⁷.

5. Conclusiones

El sufrimiento que constituye la parte objetiva de la conducta constitutiva de tortura se refiere, en todo caso, a comportamientos humillantes o degradantes que rebajan la condición de ser moral y autónoma que tiene toda persona. Dicha rebaja de nivel, que ninguna persona merece por el hecho de serlo, se concreta solamente mediante actuaciones y omisiones generadas en la víctima indefensión y dominación. Los golpes físicos y tratamientos psicológicos tienen en sí la virtualidad de humillar a una persona indefensa y dominada, pero también conductas que sin ser especialmente violentas en lo físico, también son humillantes o degradantes, como por ejemplo, las antes mencionadas cinco técnicas de interrogatorio evaluadas por el TEDH en la sentencia Irlanda contra el Reino Unido. En todo caso, no es necesario que la víctima alcance un grado de desintegración con su ego (doblegamiento extremo de la voluntad) para que se perfeccione la tortura, sino que basta que los procedimientos empleados por el sujeto activo tengan la aptitud general, que no particular, de producir humillaciones o degradaciones a cualquier persona colocada en el lugar de la víctima en perspectiva *ex ante*, tomando en consideración sus características personales.

47 RHONDA COPELON, "Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture", en *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 25, N.º 2, 1994, p. 341.

Bibliografía

- BELL, JEANNINE, "‘Behind This Moral Bone’: The (In)Effectiveness of Torture" en *Indiana Law Journal*, Vol. 83, N.º 1, 2008.
- BOTTERUD, KAREN F, "International Protection Of Fundamental Freedoms And Human Rights: The Convention Against Torture And Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", en *Asils International Law Journal*, N.º 8, 1984.
- BURGERS, J. HERMAN/ DANELIUS, HANS, *The United Nations Convention against Torture. A Handbook on the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, Dordrecht, 1988.
- COHAN, JOHN ALAN, "Torture and the necessity doctrine", en *Valparaiso University Law Review*, N.º 41, 2007.
- COPELON, RHONDA, "Recognizing the Egregious in the Everyday: Domestic Violence as Torture", en *Columbia Human Rights Law Review*, Vol. 25, N.º 2, 1994.
- CULLEN, ANTHONY, "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", en *California Western International Law Journal*, N.º 34, 2003.
- DURÁN, CARLOS VILLÁN, "La convención contra la tortura y su contribución a la definición del Derecho a la integridad física y moral en el Derecho internacional", en *Revista Española de Derecho Internacional*, N.º 2, 1985.
- DWORKIN, RONALD, *El dominio de la vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, (trad. Caracciolo/Ferreres), Barcelona, Ariel, 1994.
- ELSHTAIN, JEAN BETHKE, "Reflection on the Problem of ‘Dirty Hands’", en LEVINSON, SANFORD (ed.), *Torture. A Collection*, New York, Oxford University Press, 2004.
- FELIP I SABORIT, DAVID, "Las lesiones", en SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.)/ RAGUÉS I VALLÈS, RAMON (COORD.), *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*, Barcelona, Atelier, 2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1999.
- HARPER, JULIANNE, "Defining Torture: Bridging The Gap Between Rhetoric And Reality", en *Santa Clara Law Review*, N.º 49, 2009.
- IGNATIEFF, MICHAEL, "Moral Prohibition at a Price", en ROTH, KENNETH/WORDEN, MINKY, (eds.), *Torture. Does It Make Us Safer? Is It Ever OK? A Human Rights Perspective*, Nueva York, The New Press/Human Right Watch, 2005.

- KANT, IMMANUEL, *La metafísica de las costumbres*, 2.^a ed., (trad. Cortina Orts/Conill Sáncho), Madrid, Tecnos, 1994.
- LARENZ, KARL, *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, (trad. Díez-Picazo Giménez), Madrid, Civitas, 1985.
- LEE, PATRICK, "Interrogational Torture", en *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 51, 2006.
- LEWIS, MICHAEL, "A Dark Descent into Reality: Making the Case for an Objective Definition of Torture", en *Washington and Lee Law Review*, N.º 77, 2010.
- LUBAN, DAVID J., "Liberalism, Torture, and The Ticking Bomb", en *Virginia Law Review*, Vol. 91, N.º 6, 2005.
- MELTZER HENRY, LESLIE, "The jurisprudence of dignity", en *University of Pennsylvania Law Review*, N.º 160, 2011-2012.
- NINO, CARLOS S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.
- PARRY, JOHN T., "Escalation and Necessity: Defining Torture at Home and Abroad", en LEVINSON, SANFORD (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- PECES, GREGORIO — MARTÍNEZ, BARBA, *La dignidad de la persona desde la filosofía del Derecho*, 2.^a ed., Madrid, Dykinson, 2002.
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUÍS, *De la dignidad humana y otras cuestiones jurídico-morales*, México D.F., Fontamara, 2007.
- PÉREZ TRIVIÑO, JOSÉ LUÍS, "La relevancia de la dignidad humana. Un comentario", en *Doxa*, N.º 30, 2007.
- PETERS, EDWARD, *La tortura*, (trad. Míguez), Madrid, Alianza Editorial, 1987.
- POSNER, RICHARD A., "Torture, Terrorism, and Interrogation", en LEVINSON, SANFORD (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- REBOLLO VARGAS, RAFAEL, "Título VII. De las torturas y otros delitos contra la integridad moral", en CÓRDOBA RODA, JUAN/GARCÍA ARÁN, MERCEDES [dirs.], *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, t. I, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- ROSENKRANTZ, CARLOS FERNANDO, "El valor de la autonomía", en ROSENKRANTZ, CARLOS FERNANDO/NINO, CARLOS SANTIAGO/BOUZAT, GABRIEL/CARRIÓ, ALEJANDRO D./BALBÍN, CARLOS, *La autonomía personal*, Madrid, 1992.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, PABLO, *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons, 2012.

- SCHLINK, BERNHARD, "The Problem with 'Torture lite'", en *Cardozo Law Review*, Vol. 29, N.º 1, 2007.
- SHUE, HENRY, "Torture", en LEVINSON, SANFORD (ed.), *Torture. A Collection*, Nueva York, Oxford University Press, 2004.
- SUSSMAN DAVID, "Defining Torture", en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, 2005-2006.
- SUSSMAN, DAVID, "What's Wrong with Torture?", en *Philosophy & Public Affairs*, N.º 33-1, 2005.
- WALDRON, JEREMY, "Inhuman and Degrading Treatment: The Words Themselves", en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 23, N.º 2, 2010.
- WALDRON, JEREMY, *Torture, terror, and trade-offs: Philosophy for the White House*, New York, Oxford University Press, 2010.