

LA TORTURA EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO¹

TORTURE UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

*Milton César Jiménez Ramírez**

Fecha de recepción: 18 de agosto de 2015 - Fecha de aprobación: 23 de septiembre de 2015.

Forma de citar este artículo en APA:

Jiménez Ramírez, M. (julio-diciembre, 2015). La tortura en el marco del derecho internacional humanitario. *Summa Iuris*, 3(2), 309-329.

Resumen

Este artículo estudia el concepto de tortura desde su regulación en instrumentos internacionales referidos al DIH (Derecho Internacional Humanitario); entendiendo por este no sólo el hecho que proviene del poder constituido, o de los órganos del Estado, sino también el que proviene de los particulares que tienen capacidad para someter y controlar a cualquier persona con el objetivo de producirle sufrimientos, independiente de la causa que dé origen a esos vejámenes. En este sentido, se abordan los caracteres integradores de la tortura como delito susceptible de reproche jurídico en el ordenamiento penal internacional. Finalmente, se concluye que la tortura se encuentra clasificada como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra, susceptible de ser juzgado ante la Corte Penal Internacional.

Palabras Clave: tortura, delitos de lesa humanidad, Corte Penal Internacional, víctima.

¹ Este artículo de investigación (inédito) es producto del proyecto de investigación denominado, “La tensión entre la Constitución y la democracia”, desarrollado en el marco del Doctorado en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

* Abogado por la Universidad de Caldas, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Derecho Público por la Universidad Externado de Colombia; Doctorando en Derecho (Universidad Carlos III de Madrid); Docente Investigador del programa de derecho y Director de la Especialización en Derecho Administrativo, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Caldas. Correo electrónico: milton.jimenez@ucaldas.edu.co

Abstract

This paper studies the concept of torture from its regulation through IHL related international instruments; it not only considers facts associated with constituted power, or with State organisms, but also the ones from particulars who have the capability to submit and control any person to inflict suffering upon her, regardless of the cause and origin of such vexations. In this sense, the integrating elements of torture are approached as a felony worth of juridical censure in international criminal law. Finally, the conclusion is that torture has been classified as a crime against humanity and a war crime, and it is likely to be tried in the International Criminal Court.

Keywords: Torture, Crimes against humanity, International Criminal Court, victim.

INTRODUCCIÓN

La tortura o producir dolores, lesiones, maltratos físicos o psicológicos a otra persona con el propósito de obtener información o confesiones que interesan al Estado, a un grupo o factor armado e incluso a los particulares, es una práctica antigua, ilegítima y repudiable como forma de obtener la reivindicación de fines legales, constitucionales o de bienestar general o de preservación de la seguridad, como bien lo exponen las torturas hechas en el marco de la llamada guerra contra el terrorismo. También deben incluirse las torturas ejecutadas por placer, por gusto, o sin propósito específico alguno; las realizadas en marcos legales como los procedimientos ejecutados para las detenciones, o las realizadas en ámbitos sociales tradicionales, tal como el de la presión y la coacción familiar.

Definición que muestra que la tortura no sólo es un hecho que pueda provenir del poder constituido, o de los órganos del Estado, sino que incluye a los particulares que tengan capacidad para someter y controlar a cualquier persona con el objetivo de producirle sufrimientos, independiente de la causa que dé origen a esos vejámenes.

Esto, porque muchos órganos han privilegiado una presunta efectividad y una forma ineludible de este mecanismo para llegar a la verdad y para estructurar estrategias útiles para combatir al contrario, bien sea por ejemplo en un conflicto bélico o detectar nuevos ataques terroristas que afecten a sus poblaciones.

La lucha contra esta práctica irrazonable se ha expresado, entre otros instrumentos a mencionar, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5); el convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 3); la Convención contra la Tortura de las Naciones Unidas, siendo el primer instrumento internacional vinculante consagrado únicamente a la protección de este flagelo.

En este ámbito se describirán los principales instrumentos del derecho internacional humanitario contra la tortura. Adicionalmente, se tratará de mostrar algunas reflexiones sobre la ausencia de justificación de esta práctica infractora de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

1. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA DEFINICIÓN DE LA TORTURA EN EL ORDEN INTERNACIONAL

Los caracteres integradores de la tortura como delito susceptible de reproche jurídico penal en el orden internacional son los siguientes:

1.1 CAUSAR DOLOR O LOS SUFRIMIENTOS GRAVES A UNA PERSONA

Los dolores o sufrimientos graves pueden consistir en golpizas o maltratos infligidos a través de diversos mecanismos como la electricidad, o la angustia, la amenaza constante capaz de desestabilizar física y psicológicamente a la persona, entre otros.

Estas enunciaciones y cualquier otra formal de maltrato constitutivo de tortura no requieren de una intensidad extrema para que el hecho sea reprochable. Basta con la represión, la coacción o el mero deseo del torturador para producir daño y dolor a la víctima. Todo en un marco evidentemente doloso.

1.2 POSICIÓN DE CUSTODIA O CONTROL SOBRE LA VÍCTIMA

Este elemento constituye un avance respecto de definiciones anteriores del delito de tortura, ya que en otras versiones se limitaba el alcance de la protección a la víctima al exigir que el victimario fuera un servidor público, o un miembro de la estructura del Estado o que aun siendo un tercero o particular actuará bajo la dirección o determinación del agente estatal.

Así por ejemplo, la Declaración de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes consagraba que las penas o sufrimientos graves, físicos o mentales, debían ser ejecutados por un funcionario público². Esto, pese a que de manera clara, pero general, la Convención de Ginebra de 1949 ya había calificado la tortura como infracción grave (Convención de Ginebra, Artículo 50); o a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, donde en el artículo 7, se indicó que nadie será sometido a torturas ni a penas o a tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin sus libres consentimientos a experimentos médicos o científicos (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, Artículo 7).

Pero es que esta nueva construcción del texto normativo que define la tortura brinda un carácter democrático y de eficacia de los derechos humanos, es decir, que aparte de extender el grado de protección al hacer susceptible la garantía jurídica frente a la infracción que cometan factores públicos, privados o irregulares, se hace más material la idea de los derechos humanos y la posibilidad de exigir respeto no sólo a las autoridades sino a los particulares, conforme a la fuerza horizontal y vertical de los derechos humanos.

En concepto de Otto Triffterer, citado por Jaime Córdoba Triviño, los conceptos “custodia y bajo control del victimario” no son sinónimos de encarcelamiento u otras privaciones de la libertad. Para este autor, a quien describo textualmente, el término custodia incluye cualquier forma de detención o encarcelamiento, comprendiendo el arresto por las fuerzas de seguridad, otras restricciones de la libertad o desaparición forzada. El término “bajo el control del acusado” es más amplio e incluiría cualquier otra forma de restricción por otros, incluyendo la esclavitud. De acuerdo con la Declaración y la convención de las Naciones Unidas contra la tortura, a estos términos debe dársele una lectura amplia (2001, p. 185).

² Puede verse el artículo 1: Declaración de 1975 sobre la protección de todas las personas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Lo trascendental para la vigencia y materialidad de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, es que la definición del delito sea lo más amplia posible en el sentido de que contenga capacidad jurídica interpretativa para proteger efectivamente la dignidad e integridad de las personas sometidas a tortura y en consecuencia juzgar al responsable y facilitar la reparación integral como parte sustancial de cualquier juicio, sin la cual no existiría decisión judicial ajustada a la axiología humanista.

Sin embargo, surge la duda de si la definición jurídica dada a la tortura a través de los diversos instrumentos internacionales, especialmente del Estatuto de Roma, la cual parece ambigua o abstracta, o deja al menos la definición al tribunal de juzgamiento, podría en pos de la defensa de las víctimas terminar infringiendo un derecho humano de los victimarios, cual es el de legalidad y el debido proceso, máxime teniendo en cuenta la definición como crimen de lesa humanidad.

Para ilustrar veamos la definición de tortura brindada por el Estatuto de Roma³ (Ambos & Guerrero, 1999; Ambos, 2004), que la define en su artículo 7 (Num.2) como crimen de lesa humanidad:

(...) Causar intencionalmente dolor o sufrimiento graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas.

Lo primero para saldar esta duda, es que sí existe un parámetro interpretativo definido en la Convención de la Naciones Unidas que indica que los términos deben entenderse de manera amplia. Lo que no puede ser una razón para que la lucha contra la tortura genere nuevas infracciones a los derechos humanos. Valga decir, la doctrina y la jurisprudencia deben precisar caso tras caso los alcances de cada término.

³ Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Artículo 7, Num.2.

Hasta ahora el criterio histórico y la relevancia de las conductas infractoras en juicio, han determinado la definición del contenido normativo e incluso del lenguaje jurídico, especialmente de experiencias como la de la ciencia penal y los tribunales de Nuremberg y Yugoslavia⁴. Cuestiones ponderables y que relatan la práctica jurídica y decisional de esta clase de casos y que han relevado históricamente las ambigüedades e imprecisiones de verbos y expresiones rectoras.

2. COMPETENCIA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL PARA JUZGAR EL DELITO DE TORTURA

Es de resaltar, que frente a la Tortura la Corte Penal Internacional guarda competencia para su juzgamiento conforme al artículo 7 del Estatuto de Roma, que otorga conocimiento específicamente para los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión

Así, la tortura se encuentra clasificada como un delito de lesa humanidad, es decir, como un acto ejecutado como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque⁵. Para la Corte Constitucional Colombiana el concepto crímenes de lesa humanidad abarca un conjunto de conductas atroces cometidas de manera masiva o sistemática, cuyo origen es principalmente consuetudinario, y que han sido proscritas por el derecho internacional desde

⁴ Así mismo, el tribunal de Ruanda, Tokio y Londres. En este aspecto, el Estatuto de Roma, representa un avance en la relación de delitos, señala criterios y procedimientos para adelantar el respectivo juicio.

⁵ Estatuto De Roma De La Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional. Artículo 7, Num. I.

hace varios siglos. Aun cuando en un principio se exigía su conexidad con crímenes de guerra o contra la paz, esta condición se ha desvirtuado (Sentencia C 578 de 2002).

Adicionalmente, la tortura se constituye en crimen de guerra (Córdoba, 2001; Forer & López, 2010) o de aquellos cometidos como parte integral o ejecutiva de una política o estrategia de guerra en particular o como parte de la comisión a gran escala de estos hechos punibles de forma que infrinjan las costumbres y las leyes de la guerra, bien sea en un conflicto armado de carácter no internacional o internacional. En consecuencia, se entienden como una infracción grave a los convenios de Ginebra (1949), que prohíben expresamente someter cualquier persona a tortura o a tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos.

Respecto de esta última prohibición, bien cabe recordar los experimentos con la piel, el cabello y la muerte lenta en las cámaras de gas dada a los prisioneros de las fuerzas Alemanas o Nazis en la segunda Guerra Mundial; o las torturas sucedidas durante las dictaduras europeas de los regímenes de Franco (España), Salazar (Portugal) y Ceaucescu (Rumania).

Así mismo, la guerra química dada en Irak por parte de agentes del Gobierno de Husein y Al Mayid (Ali el químico) para discriminar a las comunidades Kurdas y Chiís. A la par, las ejecutadas por grupos del narcotráfico, guerrilleros y paramilitares a personas puestas en cautiverio por causa del conflicto, con fines económicos, de castigo u obtención de información. Incluso las brindadas en ambientes institucionales como la disciplina militar, o con efectos discriminatorios por causas raciales y por causa de sus preferencias sexuales.

Y no olvidar las producidas por las dictaduras de Videla en Argentina⁶; Pinochet en Chile; Trujillo en República Dominicana o el régimen de Fujimori en Perú, incluyendo las ejecuciones extrajudiciales y las desapariciones como resultado final de una cadena de torturas.

⁶ Se menciona que el mundial de fútbol de 1978 sirvió de cortina para las masacres, desapariciones y torturas ejecutadas por el gobierno Argentino a la población disidente. En esa época para responder a las dudas de la comunidad internacional el gobierno Argentino plasmó el eslogan: Derecho, pero humanos. Casi una ironía al observarla frente a la realidad.

Todos ellos, esquemas autoritarios que privilegiaron el egoísmo del poder por encima de las personas; lo artificial de sus visiones institucionales bajo el oasis de un presunto bienestar.

Entonces, los tratos inhumanos, los experimentos biológicos con seres humanos, la causación deliberada de sufrimientos y los atentados contra la integridad personal (física, mental o de la salud en general) son considerados como infracciones graves a los convenios de Ginebra de 1949 (Art.50, 51, 130 y 147)⁷. Por tanto, tendrá su eficacia sancionatoria en el marco internacional a través de la Corte Penal Internacional, especialmente por su capacidad para juzgar la responsabilidad penal individual o de coautoría; en sentido contrario de lo que pasa con la Corte Interamericana de Derechos Humanos que sanciona a los Estados como responsables de cumplimiento en el orden interno de los tratados de derechos humanos, especialmente del pacto de San José.

Otra infracción relacionada con el vejamen de la tortura y que representa grave contradicción de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales, es el relacionado con el sometimiento de personas que están en poder del contrario a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo, que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo por su interés, y que causen la muerte o pongan en grave peligro su salud (Convenios de Ginebra de 1949, Artículo 8, Numeral 2, literal b, x.).

En los conflictos armados de carácter no internacional, las infracciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra (1949) también serán de conocimiento del Tribunal Penal Internacional, esto es, cualquiera de los siguientes hechos (se relaciona los pertinentes a la presente exposición) cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa (Convenios de Ginebra de 1949, Artículo 8, Numeral 2, literal x, i, ii. En la legislación nacional Ley 742 de 2002):

⁷ El protocolo adicional I de 1977 también contempla la prohibición de realizar en el marco de un conflicto armado, las mutilaciones físicas, los experimentos científicos y médicos, las extracciones de tejidos u órganos que no estén relacionados con el estado de salud de la víctima.

“... i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;...”.

A la par, de acuerdo con lo explicitado por la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C 578 de 2002, a través de la cual se examinó la constitucionalidad de Estatuto de Roma, cuando se trata de la comisión de actos de tortura u homicidios, la mera comisión de estos actos es insuficiente para que se configure el crimen internacional de competencia de la Corte Penal Internacional. Para la Corte se requiere que la acción esté dirigida en contra de un grupo con la intención de destruirlo, como ocurre en el caso del genocidio; que la acción revista un patrón sistemático o generalizado basado en la característica civil de las víctimas, como sucede con los crímenes contra la humanidad; que la acción ocurra durante un conflicto armado, como se especifica para los crímenes de guerra o, finalmente, que la acción destruya sin base jurídica legítima una situación de paz como sucede en los crímenes contra la paz o el crimen de agresión.

Es de resaltar, que actualmente los crímenes de guerra no se definen o clasifican por la naturaleza internacional del conflicto⁸, siendo posible la comisión de estos punibles en los conflictos armados internos.

2.1. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD

Un aspecto trascendental para la efectiva defensa de los derechos humanos y su debida reparación integral, es que los crímenes de guerra y los de lesa humanidad no prescriben, es decir, que la acción para iniciar el juicio y adelantar el procedimiento en busca de las respectivas condenas continúa vigente en cualquier época.

⁸ Los crímenes de guerra vinculan violaciones a los principios fundamentales de la guerra dispuestos en los Convenios de la Haya de 1899 y 1907; de Ginebra de 1925; los Convenios de Ginebra de 1949 y sus dos Protocolos Adicionales; así como disposiciones sobre normas convencionales y sobre el uso de ciertas armas de guerra.

Lo anterior en virtud de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (1968), que al respecto indica en su artículo 1:

Los crímenes siguientes son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido:

- a) Los crímenes de guerra según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, sobre todo las “infracciones graves” enumeradas en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas de la guerra;
- b) Los crímenes de lesa humanidad cometidos tanto en tiempo de guerra como en tiempo de paz, según la definición dada en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 8 de agosto de 1945, y confirmada por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas 3 (I) del 13 de febrero de 1946 y 95 (I) del 11 de diciembre de 1946, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de apartheid y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948 para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio aun si esos actos no constituyen una violación del derecho interno del país donde fueron cometidos.

Por ello, conforme a la misma disposición (Artículo 3) es obligación de los Estados tomar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier orden, con el fin de hacer posible la extradición y juzgamiento, de las personas a que se refiere el artículo 2 de la presente convención, esto es, a los representantes de la autoridad del Estado y a los particulares que participen como autores o cómplices o que inciten directamente a la perpetración de alguno de esos crímenes, o que conspiren para cometerlos, cualquiera que sea su grado de desarrollo, así como a los representantes de la autoridad del Estado que toleren su perpetración.

Así mismo, es de agregar que en caso de juzgamiento, el cargo o argumentos como la debida obediencia, no actúan como medida de exoneración o cesación de la acción. Bien lo expresa la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado mediante la Ley 70 de 1986: “No podrá invocarse una orden de un funcionario superior o de una autoridad pública como justificación de la tortura” (artículo 2, numeral 3).

3. OTROS INSTRUMENTOS CONTRA LA TORTURA

A continuación se relacionan algunos de los principales instrumentos internacionales que contemplan la protección de los seres humanos frente a la tortura, los maltratos, castigos crueles, inhumanos y degradantes, entre otras aflicciones:

- 1) El Pacto de Derechos Civiles y Políticos – Artículo 7 y ss.- (1966). Ratificado a través de la Ley 74 de 1968.
- 2) La Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (1984). Ratificado en Colombia mediante la ley 70 de 1986.
- 3) los Convenios de Ginebra de 1949 (Ley 5 de 1960) y sus dos Protocolos Adicionales de 1977 (Ley 11 de 1992 y Ley 171 de 1994).
- 4) La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948): Artículo 5: “Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. (...)”.
- 5) las Reglas Mínimas de la ONU para el Tratamiento de la Personas Privadas de la Libertad.
- 6) los Principios de la ONU para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Privación de Libertad.
- 7) Preámbulo de la Convención de la Haya respecto de las leyes y usos de la guerra, de 29 de julio de 1899. En este instrumento se fijaron los métodos y armas inaceptables aún en época de guerra. Como consecuencia de ello, se establecieron reglas para garanti-

zar un tratamiento digno a los prisioneros de guerra y se prohibió el uso de ciertas armas que pudieran causar daños indiscriminados o innecesarios.

8) Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), aprobada internamente mediante la Ley 16 de 1972. Su artículo 5 indica respecto de la integridad personal:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral. 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. 3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente. (...).

9) La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura -Artículo 6- (Cartagena, Colombia, 1985).

10) La Convención Europea de Derechos Humanos -Artículo 3- (1950).

11) La Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos - Artículos 4 y 5- (1981).

Artículo 4: Los seres humanos son inviolables. Todo ser humano tendrá derecho al respeto de su vida y de la integridad de su persona. Nadie puede ser privado de este derecho arbitrariamente.

Artículo 5: Todo individuo tendrá derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano y al reconocimiento de su status legal. Todas las formas de explotación y degradación del hombre, especialmente la esclavitud, el comercio de esclavos, la tortura, el castigo y el trato cruel, inhumano o degradante, serán prohibidas.

12) Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (1992). En Colombia regulada mediante la Ley 405 de 1997.

La categorización directa de la tortura como crimen internacional se materializó en la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984. En su ar-

título 4 se impone la obligación de juzgar los actos de tortura, la tentativa, la complicidad y la participación en tales actos. A su vez, en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, en el artículo 6, se determina sancionar los actos de tortura y los intentos de cometer tales actos, así como los autores de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No obstante, ambos tratados tienen un campo de aplicación limitado a las actuaciones de funcionarios o empleados públicos y de las personas que actúan bajo su determinación. Los actos de tortura puramente privados no entran en el ámbito de aplicación de las convenciones. Sin embargo, el carácter privado de la tortura, no es óbice para que sea considerada, si las otras condiciones están reunidas, como un crimen contra la humanidad o un crimen de guerra⁹ (Bujosa, 2008, p. 46).

De acuerdo con los desarrollos del derecho internacional humanitario los miembros de grupos armados irregulares, al igual que los integrantes de la fuerza pública regular, pueden ser sujetos activos del crimen de tortura, basta con que cumplan con los supuestos consagrados en estos instrumentos (custodia y control). Por ello, la existencia de un conflicto armado, más allá de si se trata de una confrontación interna o internacional, puede generar la ocurrencia, por ejemplo, de crímenes de lesa humanidad, los cuales también pueden ocurrir por fuera del conflicto armado y sin la presencia, coautoría o determinación de agentes estatales.

En esta instancia considero pertinente relacionar algunos aspectos sobre la práctica ilegítima de la tortura.

3.1. CUALQUIER MEDIO PARA EL FIN NECESARIO: LA VERDAD

El poder, sus pretensiones, deseos de grandeza y la paranoia que producen sus alcances, exponen bajo un presunto utilitarismo social, es decir, la búsqueda del bienestar general, o la ausencia de otros medios ante una presunta situación límite, como la imposibilidad de conseguir información

⁹ Es de reseñar la Sentencia C 268 de 1998 por medio de la cual se revisa la constitucionalidad de la Ley 405 de 1997 “Por medio de la cual se aprueba la ‘Enmienda al párrafo 7 del artículo 17 y al párrafo 5 del artículo 18 de la Convención sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes’ adoptado en Nueva York el 8 de septiembre de 1992”.

necesaria para evitar ataques al esquema de seguridad estatal, máxime dentro de la política globalizadora del terrorismo, bajo la cual aparece la tortura como admisible y casi revestida en muchos casos de legalidad.

El poder institucional o el poder de los diversos factores de poder existentes en la sociedad pretenden alcanzar la verdad lejos del debate. Buscan en el presunto conocimiento de alguien lo que bajo una psicología agitada, de víctima y victimario, este quiere escuchar. El torturado siempre dirá lo que quiere escuchar su verdugo, quién no lo haría al encontrarse al borde del dolor, del desequilibrio, de la pérdida de la consciencia.

Este evento lejano a la democracia, pues no escucha más que lo que quiere oír; medio ilegítimo para defender presuntos fines legales y constitucionales; evento lejano a lo pragmático, pues reduce y humilla tras una presunta efectividad, cuando lo que consigue es algo falso, forzado, inhumano, que desconoce la dimensión de la persona y las posibilidades materiales de seguir los procedimientos establecidos para obtener la verdad; prefiere la brutalidad a la inteligencia, a la deliberación y la racionalidad de la ley.

Se guía por el autoritarismo en lugar de la autoridad del respeto y la convicción que genera el respeto a los derechos y a la axiología constitucional.

En muchos casos, los factores de poder victimarios alegan que las personas que han sufrido estos padecimientos eran personas inadecuadas para la vida social, de hábitos delictivos, capaces de afectar la integridad personal y patrimonial del resto de la comunidad. Tal como ha pasado en Colombia con las épocas de la limpieza social, de las confesiones mediadas por la ortodoxia del dolor; del orden creado por los grupos guerrilleros y paramilitares en sus zonas de incidencia y bajo su seudo legalidad capaz de imponer el seudo procedimiento del interrogatorio de los golpes y las mutilaciones como fase previa al fusilamiento, en muchos casos, con la tortura colateral para las familias obligadas a presenciar estos hechos.

Las masacres en nuestra nación son el resultado de la tortura individual y colectiva ejecutada por factores institucionales e irregulares, negativamente ilustrativos en Trujillo, la Hormiga, Arboleda, El Salado, Bojayá, la Gabarra, entre otros lamentables sucesos.

Entonces, la idea de la tortura como única posibilidad para la verdad, aparte de descomponer moralmente a las sociedades y menguar la confianza en las instituciones, por ser un foco de atentados y por actuar de una manera ambigua y poco certera ante las infracciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario; desconoce la variable de que la verdad sea un proceso social, constituido a través de consensos y disensos, con la participación social requerida y bajo parámetros de respeto a los derechos, a las minorías y manteniendo la legalidad como único parámetro para combatir el crimen, acceder a la información y solucionar las problemáticas sociales. Criterio que requiere de un rechazo a la verdad fabricada o publicitada, según los intereses de determinados actores.

Cabe preguntarse qué aspectos importantes desde el punto de vista del conocimiento pueden surgir de un hecho con objetivos negativos como éste. Ninguno.

De la intimidación de la población, de degradación moral, de la persecución y la minimización; de la visión del habitante como un enemigo que debe ser vencido a toda costa no puede surgir más que el resentimiento, la venganza y la desunión. Y es que en estos conflictos y dilemas la visión de la sentimentalidad juega un rol trascendental en su decisión real, sólo rescatando la humanidad puede llegarse a soluciones integrales que respeten lo religioso, lo cultural, la tradición y las visiones particulares de cada comunidad política¹⁰.

3.2. LA LÓGICA AMERICANA FRENTE A LA TORTURA

La era de la política de la lucha contra el terrorismo, motivada por la administración Bush y reproducida en varias latitudes, entre ellas Colombia, ha producido infracciones reconocidas como las de Guantánamo y Abu

¹⁰ Al respecto es dicente la tesis de Nussbaum (1997).

Ghraib, donde agentes militares humillaron, minimizaron, atemorizaron a los prisioneros o personas bajo su custodia acusadas por hechos de terrorismo.

Estados Unidos aparte de desconocer el Estatuto de Roma y promover el retiro de varias naciones de su jurisdicción, ha desconocido con los casos mencionados la normatividad aplicable, según la Convención de Ginebra, para los prisioneros de guerra. Generó su traslado, en muchos casos a prisiones secretas, sin una posibilidad de juicio y defensa temporal. Aparte de omitir su deber de cuidado sobre los prisioneros.

Para William Pfaff (2005) lo descrito se fundamenta en el cambio de lógica y de lenguaje respecto de las personas capturas y bajo la custodia y control del ejército americano, cual es que bajo esa óptica esas personas no son prisioneros de guerra, sino, debido a la atribución terrorista que se les imputa, combatientes enemigos, idea bajo la cual no existiría infracción alguna.

Evento que significa una infracción a los derechos humanos de la personalidad y el debido proceso, ya que estas personas ni siquiera pueden ser catalogadas conforme a lo definido en la juridicidad internacional ni acceder a los derechos propios de su condición humana.

Para el autor citado esta posición se fundamenta en la idea defendida por Alberto González, antiguo asesor jurídico de la Casa Blanca, según la cual no existe norma alguna, leyes americanas ni tratados internacionales que limiten al Presidente en el tema de la tortura, especialmente porque los asuntos de seguridad nacional están por encima de esas normas y cualquier cosa. Situación que refleja una discrecionalidad enorme en el Presidente, de manera que puede decidir la aplicación del procedimiento de juzgamiento y de las garantías de defensa, algo que una democracia debe ser una opción clara por las prerrogativas fundamentales, como medio posible, lícito y legítimo para llegar a la verdad y controvertir el delito.

Un aspecto visible en la psicología de estas infracciones, generalmente en los agentes estatales, han construido vía directriz o por el ambiente en el que viven, una consciencia de presunta corrección, según la cual

sus actuaciones de subyugación, violencia e intimidación están permitidas para defender a su Nación de la amenaza del terrorismo e incluso de amenazas insospechables.

Así, en el caso de Abu Ghraib los militares americanos que torturaron a detenidos Iraquíes, que no gozaron del derecho a la emisión de cargos y han sido retenidos sin oficialidad alguna, han manifestado que sus acciones fueron autorizadas por un memorándum del general Ricardo S. Sánchez, en el que se aprobaban técnicas como encapucharlos, imponerles posturas de estrés y utilizar perros para inspirarles miedo; métodos que violan manifiestamente las convenciones de Ginebra y el cúmulo normativo del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos. En otro memorando emitido por el Presidente de Estados Unidos (Bush) el 07 de febrero de 2002, se determinaba que las convenciones del derecho internacional debían dejarse de lado con personas consideradas como "combatientes ilegales"¹¹, evidente referida a cualquier contradictor de su lucha antiterrorista dada en Afganistán e Irak.

Estas diferenciaciones injustificadas constituyen a la par discriminación lingüística que conduce a la tortura. Una visión arbitraria que cree que lo puede cambiar todo, incluso las construcciones del derecho internacional que protegen a las personas. Evento que muestra que no existe límite moral alguno.

Se confía en que la ley y el criterio de la autoridad lo arreglan y lo justifica todo¹², y que eso es superior a la condición humana, todo bajo el supuesto interés de la nación que termina siendo un interés personal o al menos muy reducido.

Siguiendo a Pfaff, Estados Unidos (2002) definió para su actuar el concepto de tortura concediendo a favor del Presidente la capacidad de ordenar tortura de detenidos (no prisioneros, según su concepción) e indicando que el dolor infligido no debería implicar fallo orgánico, muerte o daños psicológicos permanentes.

¹¹ Esta clase de torturas fueron ilustradas en la obra del Pintor y escultor Colombiano Fernando Botero.

¹² Visión que se acompaña con la idea de que bajo los estados de excepción los derechos pueden ser alienados para rebatir el caos en el orden público. Sólo es admisible su limitación justificada y controlada, nunca su suspensión. Ni en tiempos de paz ni de guerra la tortura es un medio adecuado, idóneo, conducente ni imputable a la constitución ni a ninguna legalidad. También puede verse al respecto la Ley 137 de 1994.

Entonces, más allá de las negativas institucionales a estas categorizaciones, los hechos hablan con suficiente fortaleza, mostrando la tolerancia frente a esta práctica inhumana y a la par su posición de guardián corrector y certificador del respeto de los derechos humanos de las demás naciones, cuando es una de las naciones con prácticas más reprochables.

CONCLUSIONES

El vejamen de la tortura se encuentra clasificado como un crimen de lesa humanidad y un crimen de guerra, susceptible de ser juzgado ante la Corte Penal Internacional, que se presenta como un mecanismo complementario de la jurisdicción penal nacional y una forma de *efectivizar* la aplicación del derecho internacional humanitario; esto pese a los múltiples instrumentos que proscriben esta práctica.

La responsabilidad de estos hechos puede provenir no sólo de los agentes estatales, sino de cualquier factor armado¹³ o particular que tenga bajo su custodia y control a la víctima, espacio bajo el cual surge la responsabilidad individual frente a la Corte Penal Internacional y del Estado frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así mismo, la comisión de los crímenes de lesa humanidad no depende de la ocurrencia de un conflicto armado.

A su vez, la tortura ha sido vista por los factores de poder como un mecanismo admisible para combatir al contrario, o garantizar la comisión de actos terroristas, tal como lo materializa Estados Unidos, incluso con el alcance de desconocer la vigencia de los instrumentos de derechos internacional y redefinir la tortura.

Consideró que bajo la activación de la competencia de la Corte Penal Internacional (Aponte, 2003), capaz de reparar el sufrimiento de muchas de las víctimas como una prueba de que estos instrumentos representan una protección real y al alcance de los ciudadanos, especialmente en un ambiente donde la comisión de estos hechos punibles escapan a la esfera

¹³ La disidencia política armada es sujeto específico de derecho internacional humanitario, pese a que no concurre a la suscripción de los tratados o convenciones. Evento que no cambia su condición ni los convierte en sujetos de derecho internacional.

judicial, son ocultados, o envueltos en dilaciones procesales que solo tengan cosas juzgadas fraudulentas, es decir, sentencias que no representan la aplicación estricta de la ley ni la reparación integral de las víctimas, espacio que debe ser complementado con un entendimiento de la sentimentalidad envuelta en estos casos, en muchos casos oculta por la rutina del dolor.

REFERENCIAS

- Ambos, K. & Guerrero, O. (1999). *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 1° edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ambos, K. (2004). Impunidad, Corte Penal Internacional y Colombia, en Fundación País Libre/Fundación Konrad Adenauer (Eds). *Corte Penal Internacional. Instrumento de paz para Colombia*. Bogotá: Konrad – Adenauer.
- Aponte, A. (2003). “Colombia”, en Ambos, K. & Malarino, E. (Eds). *Persecución Penal Nacional de Crímenes Internacionales en América Latina y España*. Uruguay: Konrad – Adenauer – Stiftung A.C.
- Bujosa Vadell, L. (2008). *La cooperación procesal de los Estados con la Corte Penal Internacional*. Barcelona: Atelier.
- Córdoba Triviño, J. (2001). *Derecho Penal Internacional. Estudio de los Delitos de Genocidio, de Lesa Humanidad y de los Crímenes de Guerra*. Bogotá D.C.: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 578 del 30 de julio de 2002. M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

- Forer, A. & López, C. (2010). *Acerca de los Crímenes de Lesa Humanidad y su aplicación en Colombia*. Bogotá: GTZ, Embajada de la República Federal de Alemania, Alvi Impresores LTDA.
- Nussbaum, M. (1997). *Justicia Poética*. Barcelona: Editorial Andrés Bello.
- Pfaff, W. (2005). Sobre la Tortura. *Revista Política Exterior*, 4(105), 36-59.
- República de Colombia. Ley 742 (2002). "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma, el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)".