

Los derechos del hombre y la crisis del derecho

Liliana Fort

Quien tiene fe en la Justicia de su causa logra en todos los casos, aun a despecho de los astrólogos, modificar las estrellas; y aún ahora sigo queriendo ilusionarme en esta confianza, sin la cual el ejercicio de la abogacía perdería el más eficaz de sus estímulos.

Piero Calamandrei El Elogio de los Jueces

La Revolución francesa

La Declaración de los Derechos del Hombre

Al igual que el Congreso Americano había hecho, el Constituyente francés decidió hacer preceder la Constitución de una declaración hecha "para todos los hombres, para todos los tiempos, para todos los países", y que pudiese "servir de ejemplo al mundo". La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, adoptada por la Constituyente el 26 de Agosto de 1789, comienza con este preámbulo: "Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo pudiendo ser comparados en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados: a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, en el futuro, fundadas sobre principios simples e indiscutibles se

encaminen siempre hacia el mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos"⁽¹⁾.

En la Ilustración general que causó y acompañó a la Reforma, desaparecieron gradualmente las pasiones que habían creado las rígidas instituciones de la Edad Media. Por primera vez en la historia del hombre, al amor y la caridad universales son reconocidos como elementos en los que debe basarse la sociedad humana. En este periodo, el Humanismo de los gobiernos y de la jurisprudencia imaginaron con optimismo que impedirían el retorno de la superstición y violencia. La abolición de la tortura en el siglo XVIII seguramente estaba relacionado con el pensamiento de la Ilustración en los aspectos en que se subraya en la jurisprudencia penal: un creciente sentido moral de la dignidad y el valor humanos.

El hombre, nos dice Kant, como ser racional, existe como fin en sí mismo. Respetar la dignidad humana implica tratar a los humanos como personas capaces de planificar y diseñar su futuro. Respetar la dignidad humana supone respetar su autonomía, su derecho de controlar su futuro.

2. Dignidad y Estado de Derecho

Bajo las ideas de la dignidad humana surge el concepto de Estado de Derecho, si es que el derecho debe respetarla. Este concepto tiene dos aspectos:

a) "Las personas deben ser regidas por el derecho y deben obedecerlo.

.. b) Que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él"⁽²⁾.

1 Pirenne, Jacques, *Historia universal*, t. V, p. 15.

2 Raz, *La autoridad del Derecho*, p. 267.

Existen razones para evaluar el Estado de derecho. Nosotros evaluamos la habilidad de escoger estilos y formas de vida, fijar objetivos a largo plazo y dirigir efectivamente la vida de uno hacia ellos. La habilidad para hacerlo depende de la existencia de marcos estables y seguros para la vida y la acción. El Estado de derecho es una virtud negativa en dos sentidos: la conformidad a él no causa bien, salvo impidiendo el mal; y el mal que se evita es el mal que únicamente pudo haberse producido por el propio derecho.

El Estado de derecho es análogo a la honestidad cuando dicha virtud es interpretada como la forma de evitar el dolo. Honesta sólo puede ser una persona con posibilidad de defraudar. Que el derecho no pueda sancionar la fuerza arbitraria o las violaciones a la libertad y dignidad mediante la ausencia total de generalidad, prospectividad o claridad, no constituye un mérito moral para el derecho, únicamente significa que existe cierto tipo de males que no pueden ser provocados por el derecho⁽³⁾.

No es concebible un Estado de derecho en el cual no se establezcan ciertas limitaciones materiales. En las constituciones inspiradas en la Revolución francesa, existe un catálogo de los derechos del hombre en el cual se prohíbe la tortura. Mediante ésta, un hombre quita a otro su libertad, se convierten en desiguales y, la fraternidad queda rota.

3. Delitos en contra de la dignidad

Existen muchas maneras por las cuales la acción de una persona puede afectar la vida de otro, no todos pueden considerarse un delito a la dignidad o a la autonomía de la persona interesada, por fortuna. Aquellos que se pueden considerar como delitos pueden ser divididos en tres clases: insultos, esclavitud y manipulación.

Un insulto ofende la dignidad de una persona si consiste o implica la negación de que sea una persona autónoma o que merezca ser tratada como tal. La esclavitud por su parte niega la autonomía, es la eliminación del autocontrol, cambiando los factores externos de la persona, La manipulación opera sobre una persona cuando "intencionalmente se cambian sus gustos, sus creencias o sus posibilidades de actuar o decidir"⁽⁴⁾.

La tortura dicen historiadores y juristas que es un tormento infligido por una autoridad pública con fines ostensiblemente públicos. A través del devenir histórico han cambiado los motivos y las formas de justificación, sin embargo, nos parece que al igual que la esclavitud, niega la autonomía, elimina el autocontrol. Si la dignidad del hombre le lleva a tomar sus máximas desde el punto de vista de él mismo y de los demás como legisladores, como afirmó el Humanismo kantiano, podremos considerar a la tortura como un delito más contra la dignidad humana.

3 *Ídem*, p. 280.

4 *Ídem*, p. 276.

Durante el periodo del Sueño de la Razón, no sólo surgió el concepto de Estado de derecho, sino que la abolición de la tortura, así como del duelo y de la ordalía fueron el índice para medir el programa al cual el mundo racional europeo norteamericano había llegado.

4. La tortura en la historia

Grecia. Roma. Ley Germánica. Edad Media

Según parece, la tortura es un procedimiento que acompaña a la humanidad a lo largo de su historia, aunque no siempre haya tenido un mismo significado o se la haya justificado de igual manera.

En Grecia, la tortura fue llamada *basanos*, y fue "un tipo de investigación cuyos resultados podían servir como pruebas en un procedimiento legal más amplio"⁵. Los ciudadanos libres no podían ser sometidos a ella. Solamente a los esclavos se les sometía a una coerción física de manera rutinaria. La dignidad fue un patrimonio de los ciudadanos al igual que en Roma.

En la antigua ley Clásica Romana, el proceso se adhería estrictamente al principio de la inviolabilidad del ciudadano libre. Aun los esclavos sólo parecen haber sido vulnerables a la tortura en procesos criminales. Con la aparición de las Constituciones Imperiales, en los siglos I y II a.C., la distinción entre ciudadano libre y esclavo se hizo menos importante, constituyéndose en honestiones y humaliones, "Sin embargo la posición y el poder de los emperadores les permitió establecer procedimientos extraordinarios en lo concerniente al viejo crimen de la *maiestas* o *perduelio*: la ofensa al pueblo romano"⁽⁶⁾. A pesar que el término *maiestas* o *perduelio* originalmente denotaba una falta contra el padre, bando o ejército, al final de la República llegó a significar la dignidad del pueblo y el Estado romanos. Esto fortaleció extraordinariamente la valoración del Estado.

Para el siglo VI la implacabilidad del derecho penal bajo los emperadores hizo de los humiliores, los primeros romanos libres víctimas de la tortura judicial, aparte de los que habían sido torturados por las estipulaciones del crimen *laesae maiestatis*. Bajo la acusación de traición, todos sin excepción podían ser torturados si el caso lo requería.

"La primitiva distinción entre esclavos y hombres libres, entre patricios y plebeyos, incluía para los romanos la idea de dignidad personal, honor, estima, reverencia"⁷. El hecho de su pérdida fue nombrado como infamia o ignominia. Una persona infame carece de la dignidad necesaria para ofrecer un testimonio voluntario simplemente bajo interrogatorio; la tortura, llamada también *Ouaestio*, debía confirmar ese testimonio.

5 Peters, *La tortura*, p. 30.

6 *Ídem*, p. 42.

7 *Ídem*, p. 50.

Aunque tuvieron algunas dudas acerca de la legitimidad de la tortura, los romanos tuvieron pocas dudas acerca de su efecto sobre los seres humanos, por lo que del siglo II al V se amplió y desarrolló este método de investigación sobre cuya fiabilidad se hicieron pocas ilusiones.

La Ley Germánica permitió la tortura y castigos degradantes a los hombres no libres. Desde el siglo IV hasta VI, los germanos irrumpieron en las fronteras romanas coexistiendo sus prácticas en muchos lugares, esto hizo que la tortura romana de los esclavos fuese adoptada considerándose los germánicos como equivalentes a los honestiores. El homicidio, el adulterio, las ofensas contra el rey y el pueblo como un todo, y la hechicería fueron los crímenes con los cuales podía usarse la tortura.

En el siglo XII se produjo una revolución en el derecho y la cultura jurídica europea que modeló la jurisprudencia penal hasta fines del XVIII. Ello se derivó de una creciente conciencia de la necesidad de crear leyes universalmente obligatorias y aplicables a toda la Europa cristiana. Entre las consecuencias de la revolución jurídica, estaba la recuperación y adaptación del cuerpo escrito de Derecho Romano Docto, la creación de una educación específicamente legal. Otra consecuencia fue que el procedimiento inquisitorial desplazó al procedimiento acusatorio.

Al juramento, la ordalía y el combate judicial se les vio como modos de prueba irracionales, primitivos y bárbaros. Sin embargo, estos procedimientos arcaicos daban lugar a decisiones definitivas. Obtener decisiones igualmente definitivas de los testimonios parecía menos seguro y más arriesgado para el acusado. La confesión que antaño fue sólo uno más de los medios para corroborar una acusación, adquirió mayor importancia que nunca como medio de superar la incertidumbre, y para obtener la confesión se apeló nuevamente a la tortura.

A partir del siglo XII se impuso un tipo particular de racionalidad al proceso legal: la escritura. "El mundo de la experiencia humana exigió que se buscasen, se presentasen y se examinasen pruebas, que se clasificasen los testigos y se los interrogase bajo juramento, y que el acusado tuviese algún medio racional de defensa contra las acusaciones"⁽⁸⁾. Los primeros en usar la tortura fueron los magistrados locales, parece que fue introducida como procedimiento policial, quizás antes de que tuviese lugar ningún juicio, y por funcionarios laicos. "Sólo más tarde fue incorporada al procedimiento legal. Los ciudadanos protestaron por su uso, pero la aprobaron en el caso de mala fama"⁽⁹⁾. La tortura no fue un medio de prueba sino un medio para obtener una confesión.

Es también en el siglo XII que aparece el tan perseguido delito intelectual de la herejía. La Iglesia utilizó diferentes

medios para combatirla como la excomunión o la persuasión... Inocencio III en 1199 dijo que los herejes eran traidores a Dios, comparables con los traidores al César, y con base en ello les negó la libertad de pensamiento, y los hizo susceptibles de tortura, al igual que a las gentes de bajo rango, los acusadores de obispos, a los actores, etc.

Sin embargo el crimen de herejía es difícil de probar, echó raíces en lugares en donde los vecinos y familias se conocían unos a otros y la gente podía mostrarse renuente a testificar. Los herejes no existen individualmente, la herejía es un delito compartido. En el siglo XVI, la jurisprudencia francesa "distinguía entre la tortura para obtener una confesión, y la tortura aplicada después de la Declaración de culpabilidad para obtener los nombres de los cómplices"¹⁰. Durante la tortura el juez "acompañar al acusado al lugar de la tortura e interrogarlo cuando se la aplican. Estará presente un notario y un médico, especialmente en casos de tortura severa. El torturador y sus asistentes están presentes pero ningún abogado del acusado... El propósito de la tortura es la confesión del acusado, y la línea del interrogatorio debe ser desarrollada de tal modo que en ningún momento el acusado sea orientado por preguntas insinuantes"¹¹. La confesión, la reina de las pruebas, exigía la tortura: la reina de los tormentos. Así la tortura rápidamente se agravó en el duro mundo de la ley aplicada por el personal del sistema judicial.

5. La modernidad y la abolición de la tortura

La abolición de la tortura se relaciona con un creciente sentido de la dignidad y el valor humanos, manifestado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. La necesidad de castigo sin suplicio por primera vez se formula en primera persona como una necesidad del corazón. La tortura se volvió el centro de gran parte de la crítica de la Ilustración contra el antiguo régimen. A fines del siglo XVIII ya la tortura era atacada en todas partes, habiéndose convertido en la antítesis de los derechos humanos.

En su abolición, también influye la acción de dos fuerzas puramente jurídicas de principios del XVII: el desarrollo de nuevas sanciones penales y la revolución en la ley de la prueba. Según John Langheim las galeras, el correccional y la práctica de la deportación ofrecieron alternativas útiles para la muerte. Añadiendo estas sanciones, la sociedad europea eliminó uno de los puntales de la tortura. Estaba apareciendo un nuevo sistema de prueba que no requería la confesión para castigar el delito. Es así como la tortura se hizo vulnerable a las críticas morales hechas principalmente a través de la visión de la teoría del derecho natural, que pretendía tener valor universal y carácter obligatorio. La tortura violaba la dignidad natural de los seres humanos a decidir sobre los medios de preservación de su dignidad.

8 *Idem*, p. 69.

9 *Idem*, p. 76.

10 *Idem*, p. 98.

11 *Idem*, p. 99-100.

Foucault piensa por su parte que más que la sensibilidad moral de la Ilustración, la gran transformación se produjo por la escasa necesidad de los que estaban en el poder, de controlar el cuerpo de los criminales.

Del siglo XVIII al XIX, no dice el autor de "Vigilar y Castigar", desaparece el cuerpo como blanco mayor de la represión penal, al disciplinarlo; el castigo cesa poco a poco de ser teatral para convertirse en la parte más oculta del proceso penal, se pide su eficacia a la fatalidad con que la aplica el Estado de derecho y no a su intensidad visible. La ejecución de la pena tiende a convertirse en un sector autónomo, un mecanismo administrativo del cual descarga a la Justicia: "Lo esencial de la pena no consiste en castigar, trata de corregir, reformar, curar"⁽¹²⁾. Con la desaparición de los suplicios se relaja la acción sobre el cuerpo del delincuente, "No tocar el cuerpo o lo menos posible en todo caso, y esto para herir en él algo que no es el cuerpo mismo:"⁽¹³⁾ al alma; ella es invocada para juzgarla al mismo tiempo que el delito.

La sentencia que condena o absuelve ya no es simplemente un juicio de culpabilidad, sino una apreciación de normalización posible. El Estado moderno de derecho no tortura, reforma basándose en "un saber, una técnicas, unos discursos científicos que se forman y entrelazan con la práctica del poder de castigar"⁽¹⁴⁾.

Durante el siglo XIX, los Estados de Europa se hicieron mucho más articuladores y poderosos. La racionalidad instrumental y la poderosa solidaridad regional nacional, hizo del Estado el vehículo de un pueblo, de una etnia. Los historiadores de ese siglo, lo vieron como la gran fuerza protectora que impedía el retorno de un poder eclesiástico autónomo.

6. El regreso de la tortura

Sin embargo, a pesar del optimismo revolucionario y del Estado de derecho, en nuestro siglo reaparece la tortura. Lo hace en manos de autoridades políticas primero, y más tarde de autoridades jurídicas.

Alee Mellor en su estudio "La Tortura" de 1949, arguye que las causas fundamentales de la reaparición de la tortura fueron tres:

- a) La aparición de Estados totalitarios.
- b) La necesidad de hacer indagaciones impuesta por las condiciones modernas de la guerra.
- c) El asianismo o la práctica estatal que exalta la tarea del espía y no reconoce ninguna restricción sobre el trato a los prisioneros.

Mellor considera a los Estados del siglo XX como meras resurrecciones tecnológicamente superiores de

anteriores imperios totalitarios e Iglesias coercitivas. El Estado se transforma de perro guardián a Estado instrumental que usa al derecho penal como un medio de lucha. Estados Unidos creó fuerzas policiales independientes ligadas a las fuerzas políticas locales y así la policía se convirtió en instrumento y sirviente no de la ley sino de la política. Inglaterra separó la fuerza policial del público, la nacionalizó y la sometió a la supervisión del poder judicial y el parlamento. En Francia, la policía revolucionaria fue eficiente y no se encuentran testimonios de tortura sino hasta después de la Primera Guerra Mundial.

La experiencia de la policía contribuye en varios lugares del mundo a la reaparición de la tortura. En el fascismo italiano, después de 1929, la policía secreta utilizó regularmente la tortura contra los sospechosos de ser enemigos del Estado. En Alemania en 1934, fue creado el Volksgerschthof, tribunal que se ocupaba de los casos de traición. En 1942 "Himmler emitió una orden autorizando lo que llamó específicamente el 'tercer grado' en los interrogatorios, entendiendo claramente por esto la tortura"⁽¹⁵⁾. Se usó para obtener confesiones de los prisioneros.



Huelga de Cananea. Alfredo Mereles.

12 Foucault, Vigilar y castigar, p. 18.

13 Idem, p. 18.

14 Idem, p. 18.

15 Peters, *op. cit.*, p. 174.

En 1917, con la Revolución rusa aparece la doctrina que afirmaba el derecho de un país revolucionario a tomar medidas para protegerse a sí mismo y a la revolución en general. La tortura parece haber sido usada rutinariamente en relación con la actividad revolucionaria.

Sin embargo, los sucesos de Argelia después de 1954, revelaron que la tortura en el siglo XX no era un producto exclusivo del Tercer Reich ni de los primeros tiempos de la URSS. "La tortura no había muerto con las reformas legislativas y judiciales de la Ilustración y su visión optimista de la naturaleza humana. Ni era exclusivamente la práctica excéntrica de gobiernos trastornados y psicóticos... Era practicada por europeos sobre europeos y no europeos, pese a una legislación que la prohibía y el intento de los reformadores de condenarla"⁽¹⁶⁾.

La ilusión del Iluminismo de que el amor y caridad universales serían los elementos en que se basaría la sociedad humana, caen por tierra. La sociedad moderna había cultivado el sueño de una humanidad dividida en diversas naciones que un día encontrarían la unidad y la paz perpetua. Kant pensó que la razón del hombre tenía dos funciones: la función teórica mediante la cual se lograría el conocimiento y la función práctica a la cual corresponde el querer. Esta voluntad es buena, no cuando se rige por los intereses sensoriales o subjetivos, sino cuando está determinada por criterios racionales tales como la universalidad de la ley. Sin embargo, hoy, la historia del planeta nos muestra que esas buenas voluntades no están unificadas por la paz y la armonía, sino que es la violencia ambulante y perpetua la que realiza y garantiza esa unidad de la Humanidad, tan largo tiempo soñada.

En relación con América Latina, "la tortura se ha convertido en un instrumento nodal de formas estatales sustentadas en la coerción terrorista y, ante todo orientadas a la consolidación del capitalismo dependiente. La tortura no es sólo un medio para el logro de información, busca la destrucción psíquica y moral de las víctimas y conlleva el exterminio físico... Pretende paralizar con el terror, impedir reivindicaciones sociales y crear un proceso de privatización de la vida que, en lo sustancial, debilita y quiebra cualquier lazo de solidaridad"⁽¹⁷⁾.

7. México, tortura y legislación

En América, la Conquista puso en contacto al pueblo español con el grupo de razas aborígenes; los integrantes de estas fueron los siervos y los europeos los amos. En nada de consideración influyeron las legislaciones de los grupos indígenas en el nuevo estado de cosas, a pesar de la disposición de Carlos V en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por tanto la legislación de Nueva España fue netamente europea.



Germinal. Leticia Ocharán.

"Puede afirmarse que la legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas, por ello no debe extrañar que en materia penal haya habido un cruel sistema intimidatorio para los negros mulatos y castas, como tributos al rey, prohibición de portar armas y de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amo conocido, penas de trabajo en minas y azotes, todo por procedimientos sumarios, excusado del tiempo y proceso"⁽¹⁸⁾. Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las dé azotes; debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de las colonias y siempre que el delito fuera grave.

La Inquisición cuyo origen se atribuye a Gregorio IX en 1233, no fue relevante en España, hasta que Fernando e Isabel, la llevaron a Castilla, imprimiéndole rasgos que hicieron de ella el tribunal más eficaz y poderoso del país, rasgos que subsistieron en América, al venir a defender la religión católica de las ideas heréticas.

Los rasgos principales del proceso inquisitorial fueron el uso de la tortura, el secreto de las diligencias, las grandes desventajas para la defensa y el decisivo papel del inquisidor.

Había lugar para la tortura cuando: "a) el acusado era incongruente en sus declaraciones, y esa no se explicaba por estupidez o flaqueza de memoria; b) el acusado hacía tan sólo una confesión parcial; c) el acusado si bien reconocía su mala acción, negaba su intención herética; d) si la evidencia con que se contaba era defectuosa"⁽¹⁹⁾.

16 *Idem*, p. 194.

17 Méndez Arceo, Introducción a un continente torturado.

18 Castellanos, *L de derecho penal*, p. 14.

19 De la Barreda, Luis, *La tortura*, p. 58.

La tortura no se aplicaba en exclusiva a los acusados. Podía usarse contra el testigo que respondía con evasiones o se retractara. Al acusado no sólo se le atormentaba para hacerlo confesar, también se le torturaba para obtener de él información relativa a sus cómplices.

El más terrible castigo para la herejía fue la hoguera. Formalmente la Inquisición jamás condenaba a muerte, más bien entregaban al sujeto al poder temporal. El Estado era entonces el encargado de administrar el fuero.

Lograda la Independencia en México, y conocida aquí la obra de Beccaria, se otorgó protección constitucional a los derechos humanos: "jamás podrá usarse el tormento para la averiguación de ningún género de delito", decía la Constitución suscrita en la Ciudad de México el 29 de diciembre de 1838.

El 25 de agosto de 1842, en el Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana se dijo que nunca se podría usar el tormento para el castigo de delitos, ni ninguna otra especie de apremio para su averiguación. El Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, de noviembre del mismo año, ratificó lo dicho.

En las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1856 se prohíbe el tormento.

Sin embargo en la Constitución de 1857 no se encuentra una disposición similar. Allí se declara: "Quedan para siempre prohibidas las penas de mutilación e infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas o trascendentales". Se prohíbe el tormento pero entendido como pena.

La Constitución de 1917, en el ámbito procesal, instituye un procedimiento integralmente acusatorio, con un máximo de tres instancias. Como derechos del acusado establece que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma ni ejercer violencia para reclamar su derecho; dice que todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones y toda molestia que se infiera sin motivo legal, son abusos, que deben ser corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades; que se prohíben las penas de mutilación e infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

México de acuerdo a su Constitución ha suscrito diversos instrumentos internacionales que prohíben la tortura. El 10 de diciembre de 1948, nuestro país suscribió en París la Declaración Universal de Derechos Humanos. El artículo 5 de tal declaración dice: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles inhumanos o degradantes".

Posteriormente, México participó en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicado en el *Diario Oficial* del 20 de mayo de 1981. Su artículo 7 dice:

"Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

México forma también parte de la Convención americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 en Costa Rica. Allí se ordena: "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

El 6 de marzo de 1986, se publicó en el *Diario Oficial*, el Decreto de promulgación de la convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos, degradantes. TM Convención había sido adoptada el 10 de diciembre de 1984, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. El artículo lo dice así: "A los efectos de la presente convención, se entenderá por el término 'tortura' todo acto por el cual se inflinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, y 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 otras, o por cualquier razón asada de cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas o 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".

8. Ideales de la cultura y derecho

Uno de los pretendidos ideales postulados por la sociedad civilizada es el precepto "amarás al prójimo como a ti mismo". TM goza de universal nombradía y es más antiguo que el cristianismo. Pero, ¿por qué tendríamos que hacerlo? ¿De qué podría servirnos? ¿Cómo llegar a cumplirlo? Si amo a alguien, pienso que éste lo debe merecer. Lo haría si se me asemejara, si fuera mi pariente. Amar a un extraño es difícil. "Si he de amarlo con ese amor general por todo el universo, simplemente porque también él es una criatura de este mundo, como el insecto, el gusano y la culebra, me temo que sólo le corresponde una ínfima parte de amor, de ningún modo tanto como la razón me manda guardar para mí mismo. ¿A qué viene entonces tan solemne presentación de un precepto que razonablemente, nadie puede aconsejarse cumplir?"⁽²⁰⁾. Tal ser extraño merece mucho más mi hostilidad, aún mi odio. El no vacilaría en perjudicarme... Llegado aquí hay una vez que advierte: Es precisamente porque tu prójimo no merece tu amor y es más bien tu enemigo, que debes amarlo como a ti mismo. Esta es la lejana voz del súper yo cultural.

La cultura o civilización, nos dice Freud, es la suma de instituciones y producciones humanas que distancian nuestra vida de la de nuestros antecesores animales y que sirven a dos fines: proteger al hombre contra la naturaleza y regular las relaciones de los hombres entre sí. Este último es un rasgo característico de ella. "La vida humana en común sólo se torna posible cuando llega a reunirse una mayoría más poderosa que cada uno de los individuos y que se mantenga únicamente frente a cualquiera de éstos. El poderío de tal comunidad se enfrenta entonces, como derecho, con el poderío del individuo, que se tacha de fuerza bruta. Esta sustitución del poderío individual por el de la comunidad representa el paso definitivo hacia la cultura... Así pues, el primer requisito cultural es el de la justicia, o sea la seguridad de que el orden jurídico, una vez establecido, ya no será violado a favor de un individuo, sin que esto implique un pronunciamiento sobre el valor ético de semejante derecho"²¹. El resultado final ha de ser el establecimiento de un derecho al que todos hayan contribuido con el sacrificio de sus instintos, y que no deje a ninguno a merced de la fuerza bruta.

9. Función, finalidad y crisis del Derecho

Giacomo Delítala, reflexionando acerca del derecho, distingue la función de la finalidad del derecho. La finalidad se encuentra ideológicamente orientada, la función no. "La finalidad implica un juicio de valor, la función no, se agota -por el contrario en la constatación de que cualquier ordenamiento jurídico, bueno o malo, justo o injusto tiene una función que pone de manifiesto por el simple hecho de su existencia"²². "La función del derecho consiste en la garantía de un ordenado desarrollo de la vida social"²³. La función ordenadora del derecho, a fin de que pueda resultar efectiva y operante, debe estar sustentada tanto por la fuerza como por el consenso. El derecho no puede reducirse a un código de la fuerza, no obstante, el Estado de derecho no puede prescindir de ella... esta implica como correlato la autoridad, y esta presupone la fuerza. Sin embargo, cuanto más fuerte sea el Estado tanta menor necesidad tendrá de recurrir a la fuerza. Tal fuerza o legitimidad la adquiere dictándose normas jurídicas con base en las leyes del orden. Tales leyes son la certeza y la regularidad. La regularidad presenta dos aspectos distintos: la uniformidad y la constancia. Si las leyes del derecho no son ciertas, constantes y uniformes, es decir si no satisfacen la universalidad kantiana de la ley, no crearán el orden sino el desorden, terminaría por volverse contra sí mismo.

El sentido de la autoridad, nos dice Delítala, no lo pueden tener los ciudadanos, si no lo experimenta in primis el Estado. Y puesto que el Estado opera a través de sus órganos, sus tribunales y sus oficinas, son las personas a cargo de tales puestos las que deben

experimentarlo concreto y operante. Tal sentido de ser el Estado, afirma el autor, se ha perdido. Debilitado en sus funcionarios, el sentido de la autoridad del Estado, se halla todavía más perceptiblemente debilitado en el ánimo de los ciudadanos; entre los síntomas que señalan la crisis del Estado, la explosión epidémica del delito es la menos grave. La verdadera crisis se presenta cuando la rebelión es entendida como justicia... Las verdaderas crisis del derecho se distinguen no tanto por el estallido de la delincuencia en general, cuanto por el estallido de delitos políticos. El derecho entonces no sólo es ineficaz sino ilegítimo. Las consideraciones objetivas, prosigue el autor, se manifiestan siempre como una deficiencia de su función ordenadora y a través de la disolución del principio de autoridad.

Ya Meller había notado que en este siglo resurge la tortura. El lo atribuye a la aparición de los estados totalitarios, tanto como a las indagaciones de guerra y el espionaje, y posteriormente al establecimiento de la policía. Esto ha sucedido en casi todos los países del planeta.

Delítala en su análisis se limita a considerar dos casos: el funcionamiento de los tribunales de los aliados en Alemania, y la represión de los delitos fascistas y de colaboracionismo en Italia. En ambos casos, afirma el autor, no fueron respetadas las leyes del orden. No fueron respetados los postulados básicos del Estado de derecho.

La categoría de los crímenes contra los cuales se procedió, fueron tres: crímenes de guerra, crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.

Para fines de nuestro trabajo son los delitos contra la humanidad los que seguiremos. Estos son los delitos determinados por razones ideológicas o raciales en su forma más pura, el delito político es la expresión de una fe, y hacia él principalmente se ha dirigido la tortura en este siglo.

En estos casos se pregunta el autor, ¿puede procederse penalmente respetando las leyes del orden? No, en los casos de crímenes contra la paz y crímenes contra la humanidad.

El concepto de Estado de derecho tiene dos aspectos: que las personas deben obedecer el derecho y que el derecho debe ser de tal manera que la gente pueda ser guiada por él, dice Raz, para ello son necesarios marcos estables y seguros para la vida y la acción.

Sin embargo, prosigue Delítala, la represión de aquellos crímenes se volvió la antítesis no sólo de la norma de la certeza, puesto que se legisló para el caso concreto, sino también la norma de uniformidad, la cual exige que la represión sea igual para todos y no consciente la distinción entre vencidos y vencedores.

²¹ *Ídem*, p. 51

²² *Delítala, La crisis del derecho*, p. 162

²³ *Ídem*, p. 163.



Reunión en casa de mi amigo Edipo. Carlos Nakatani.

10. ¿Por qué la humanidad tortura?

En la parte anterior expusimos la crisis del derecho a través de la crisis del Estado de derecho, pero cabe también preguntarse: ¿por qué a través de la historia, con distintos fines y justificaciones el poder ha torturado?

Según piensa Freud, "el hombre no es una criatura tierna y necesitada de amor, por el contrario es un ser entre cuyas disposiciones instintivas debe incluirse una buena porción de agresividad. Por consiguiente el prójimo no le representa solamente un colaborador y objeto sexual, sino también un motivo de tentación para satisfacer en él su agresividad, para explotar su capacidad de trabajo sin retribuirla, para aprovecharla sexualmente sin su consentimiento, para apoderarse de sus bienes, para humillarlo, para ocasionarle sufrimientos, martirizarlo y matarlo"⁽²⁴⁾.

La existencia de tales tendencias agresivas, es el factor que perturba nuestra relación con nuestros semejantes, imponiendo a la cultura un despliegue de preceptos.

La cultura se ve obligada a realizar múltiples esfuerzos para poner barreras a las tendencias agresivas del hombre. De ahí pues ese despliegue de métodos destinados a que los hombres se identifiquen y entablen vínculos amorosos entre sí. Sin embargo todos los esfuerzos de la cultura destinados a imponerlos aún no han logrado tal cosa. La cultura espera poder evitar los despliegues de la fuerza bruta o concediéndose a sí misma el derecho de ejercer a su vez la fuerza en contra de los delincuentes; pero la ley no alcanza las manifestaciones más discretas y sutiles de la agresividad humana como sería precisamente el caso de la tortura, en donde es la autoridad quien inflige el sufrimiento.

Bergson, establece una diferencia entre una sociedad cerrada y una abierta. La primera tiene como característica, el poder delimitar en un momento dado el número de sus miembros, la segunda se caracteriza por la tendencia a admitir en ella al mayor número de hombres, a la misma humanidad.

La diferencia que existe entre el amor a los grupos cerrados como la familia, municipio o la nación, y el amor a la humanidad, no sólo es de grado sino de naturaleza.

24 Freud, *op. cit.*, p. 58.

Amamos y vivimos en un grupo sobretodo para hacer frente a los demás. "La paz ha sido hasta ahora, una preparación para la guerra. El amor al grupo implica una elección y por lo tanto una exclusión: puede incitar a la lucha, no excluyen el odio. El segundo no es más que amor"⁽²⁵⁾. El Estado por tanto lo podemos caracterizar como un grupo cerrado, listo a defenderse no sólo de otro Estado, sino en la Antigüedad, de los esclavos, en la Edad Media de los herejes y en la Modernidad, de los delincuentes políticos. Un grupo abierto, sin embargo aunque no realmente, sino idealmente, ha existido en la mente de algunos grandes personajes conductores, hombres de gran fuerza espiritual, como por ejemplo Jesucristo, Sócrates, Gandhi o Marx, cuyas voces han quedado plasmadas en el superyo cultural.

La evolución del individuo sustenta como fin principal el programa del principio del placer, mientras que la inclusión en una comunidad humana aparece como un requisito que ha de ser cumplido para alcanzar el objetivo de la felicidad. La evolución individual se nos presenta como el producto de la interferencia de dos tendencias: la aspiración a la felicidad y el anhelo de fundirse con los demás en una comunidad que se abre, en una comunidad altruista.

El fin de la cultura es establecer una unidad formada por individuos humanos. "Nada parece caracterizarla mejor que su validación y culto de las actividades psíquicas superiores, de las producciones intelectuales, científicas y artísticas y por la función directriz de la vida humana que concede a las ideas"⁽²⁶⁾. Sin embargo, a través del ejemplo analizado, pensamos junto a la aspiración de alcanzar el ideal de justicia, la humanidad paralelamente

ha mostrado una gran capacidad para ser órgano justiciero, para juzgar, para sancionar, para torturar en nombre de ideales que llegan a ser palabras vacías. El hombre, nos refiere Kundera, desea un mundo en el cual sea posible distinguir con claridad el bien del mal porque en él existe el deseo innato e indomable de juzgar antes que de comprender⁽²⁷⁾; quien juzga, condena y tiene el poder de torturar, sabe que tiene un puesto dentro del sistema de autoridad que lo faculta aunque sea por omisión.

Según Luis de la Barreda, basado en asertos de psicología experimental: "No se tortura motu proprio, ni por generación espontánea. Se hace porque así lo manda algún superior jerárquico o porque, aun sin mandamiento expreso, es la practica común a la que suele acudirse ante la complacencia o tolerancia de un jefe; en esta última hipótesis también se obedece: se acata la regla no escrita"⁽²⁸⁾. Si ello se hace así, pensamos es porque en el mundo moderno se ha olvidado la distinción entre función y finalidad del derecho, reduciéndose la última a la primera. Y así la función ordenadora se queda vacía, pudiéndose ejercer a imagen y semejanza del Big Brother del mundo orwelliano. Los torturadores, prosigue el autor, tienen personalidades normales, cualquiera en una situación similar sería capaz de una crueldad similar. "Si quien tortura no lo hace por sadismo ni por otros trastornos psicológicos, no es una fatalidad que un detenido sea torturado. Si cualquiera puede llegar a ser un torturador -o casi cualquiera, atenúa el autor-, quizá también cualquiera pueda dejar de serlo. Así si se encuentran mecanismos que imposibiliten o hagan inútil la tortura, esta puede ser abatida"⁽²⁹⁾. La pregunta queda pendiente, ¿qué mecanismos la imposibilitarían?

25 Bergson, *Dos fuentes de la moral y de la religión*, p. 32.

26 Freud, *op. cit.*, p. 38.

27 Kundera, *El arte de la novela*, p. 15.

28 De la Barreda, Luis, *op. cit.*, p. 20.

29 *Ídem*, p. 24.