LA TEORÍA DEL DERECHO DE LA TORTURA*

THE THEORY OF LAW OF TORTURE

MASSIMO LA TORRE
Universidad "Magna Graecia" de Catanzaro, Italia,
Hull Law School, Inglaterra.

Fecha de recepción: 20-10-06
Fecha de aceptación:15-11-06

Resumen: *Este artículo propone una reflexión en relación con la revitalización del discurso justificatorio de la tortura en determinados ámbitos del pensamiento político y de la práctica jurídica en nuestros días. El autor muestra los aspectos básicos de la doctrina que a partir de la sublimación de la posición política y jurídica del jefe del ejecutivo en el nuevo Imperio, desarrolla una estrategia a favor de la legitimidad de la tortura como instrumento de acción política y jurídica. Tras analizar los distintos argumentos que reivindican la licitud de la tortura, se desarrolla la tesis de acuerdo con la cual existe una conexión conceptual entre tortura e ilegalidad, una contradicción fenomenológica entre derecho y tortura.*

Abstract: *This article proposes to reflect about the revitalization, nowadays, of the discourse justifying torture in certain fields of the political thought and the legal practise. The author shows the basic aspects of the doctrine that, since the sublimation of the legal and political position of the chief of executive power in the new Empire, develops an strategy in favour of the legitimacy of torture as an instrument of political and legal action. After analyzing the different arguments wich claim for the lawfulnes of torture, the author asserts the existence of a conceptual connection between torture and illegality, a phenomenological contradiction between law and torture*

PALABRAS CLAVE: tortura, Imperio, principio de legalidad.
KEY WORDS: torture, Empire, rule of law.

---

* Ponencia presentada en el Congreso Internacional de Derechos Humanos, Instituto Universitario de Historia Simancas de la Universidad de Valladolid, Valladolid (España), 18-20 de octubre 2006. Estoy muy agradecido a la *Alexander von Humboldt-Stiftung* por una estancia en la Universidad de Kiel en el verano 2006, durante la cual he podido trabajar y reflexionar sobre este tema.

I.

Después del 11 de septiembre 2001 asistimos a un giro importante y dramático en el debate de filosofía política y del derecho. En cierta medida se puede incluso hablar de un cambio de paradigma[1]. Si en los años noventa los iusfilósofos se entretenían sobre escenarios cosmopolitas y sobre una posible extensión del constitucionalismo en el ámbito de las relaciones internacionales, si a muchos les parecía posible o no imposible una institucionalización del proyecto kantiano de la paz perpetua, ahora de repente se nos habla de los méritos de la guerra preventiva, del fin del derecho internacional de corte westfaliano, de "hegemonía benevolente" e incluso, sin muchos pelos en la lengua, de imperio e imperialismo. Entre otros, son pensadores como Michael Ignatieff y Michael Walzer –otrora etiquetados como "liberales"– los que tejen los elogios del Imperio *light*[2], y Thomas Nagel nos recuerda que para que haya una justicia global antes que nada hace falta hobbesianamente la injusticia (igualmente global) de la ley del más fuerte, de un monopolio fáctico de la violencia a nivel internacional[3].

Sin embargo, el cambio de paradigma es aun más profundo. Antes del 11 de septiembre estábamos todavía dentro de una concepción del derecho que minimizaba su lado coactivo y que en cierta medida expulsaba la violencia, la fuerza, del contexto arquetípico de la experiencia jurídica. Puestos en el cruce entre "hechos" y "normas", entre "facticidad" y "validez", los juristas parecían elegir las normas y la validez, y éstas se reconceptualizaban con referencia a principios, razones, argumentos. El derecho se perfilaba así básicamente como argumentación y discurso, persuasión, no coacción.

Ahora, por el contrario, asistimos a un retorno de la centralidad de la fuerza y de la violencia como elementos fundamentales, esenciales, del derecho. Este cambio se da en primer lugar en el ámbito del derecho internacional –que, por ejemplo, para John Bolton, hoy embajador de Estados Uni-

[1] Cf. el panorama bastante triste y desolado que nos presenta E. DENNINGER, "*Recht, Gewalt und Moral – ihr Verhältnis in nachwestfälischer Zeit. Ein Bericht*", en *Kritische Justiz*, vol. 38, 2005, pp. 359 ss.

[2] Cf. cuanto, al respeto, comenta Tony Judt: "Los neoconservadores de Estados Unidos generan políticas brutales a las que los liberales aportan la hoja de parra ética", T. JUDT, "El silencio de los corderos", *El País*, 9 de septiembre 2006, suplemento "Babelia", p. 12.

[3] Véase Th. NAGEL, "The Problem of Global Justice", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 33, 2005, pp. 113 ss.

dos en Naciones Unidas, no existe "realmente", o sea en el ámbito de las relaciones internacionales –donde se afirma que domina el Marte hobbesiano (y americano), frente a la impotencia de la Venus kantiana (y europea). El giro se da pero también en el derecho estatal. Aquí –especialmente gracias a los empujes de la presidencia Bush y de sus *Kronjuristen*– se afirma la idea de un poder ejecutivo ya no vinculado por la legislación ordinaria y ni siquiera por la constitución –sin hablar por supuesto de los tratados internacionales, a los cuales se les da el valor de papel mojado. "*I'm the decider* –dice George W. Bush–, *and I decide what is best*".

Traducido en términos jurídicos esto se lee como "el Presidente protege el derecho". Y es ésta la formula schmittiana en la que se puede compendiar la nueva doctrina del máximo teórico de los poderes excepcionales de la Casa Blanca: John Yoo. Es una triste manifestación del *Zeitgeist* que éste sea hoy profesor de derecho allí donde antes enseñaba el gran Hans Kelsen: en la Universidad de Berkeley en California.

Mientras Kelsen afirmaba con contundencia y rigor la superioridad del derecho internacional sobre el derecho nacional y hablaba de "paz a través del derecho", Yoo se permite decir que no está claro que la reducción del nivel de violencia y la limitación de la guerra tenga que ser un objetivo de Estados Unidos y que de todas maneras está seguro que su sistema constitucional ya no necesita estar encaminado al control del uso de la fuerza: "*It is no longer clear that United States must seek to reduce the amount of warfare, and it certainly is no longer clear that the constitutional system ought to be fixed so as to make it difficult to use force*"[4]. Yoo concluye que el derecho internacional no vincula el Presidente y que el poder ejecutivo no está limitado por el derecho estatal y los derechos constitucionales.

Se nos dice que si quieres la paz tienes que preparar la guerra. La noción de guerra lícita, de sanción de derecho internacional, es decir de reacción a una violación de este derecho, de reacción básicamente a una agresión, se extiende al uso preventivo de la fuerza, incluso allí donde no haya algún peligro inminente para la seguridad del territorio nacional (como se lee en el Documento de Estrategia Nacional de la Casa Blanca del 2002). El concepto de "seguridad colectiva" en términos internacionalistas desaparece y se le reemplaza por la primacía del interés nacional (por supuesto americano), además en la interpretación exclusiva que se le atribuye al Presidente en su calidad de *commander-in-chief*.

[4] J. YOO, *The Powers of War and Peace*, University of Chicago Press, Chicago, 2005, p. ix. Véase también del mismo autor *War by Other Means*, Atlantic Press, New York 2006.

El derecho en esta doctrina se presenta –como en la concepción de Carl Schmitt– básicamente como fuerza y violencia, y la soberanía una vez más como decisión existencial sobre el *Ausnahmezustand*, el terrible estado de emergencia en el que todos los ligeros ligamentos de los materiales jurídicos se queman en las llamas de la discriminación última entre amigo y enemigo. Lo que este "viejo-nuevo" cuadro comporta es que antiguos tabúes empiezan a tambalearse y a caerse. El *habeas corpus* es el primero en ceder; es el Presidente el que se arroga la prerrogativa de definir e indicar quien pueda gozar de aquel fundamental derecho. Es suyo el poder de calificar a alguien como *illegal enemy combatant*, una categoría hasta ahora desconocida, quitándole al sujeto en cuestión cualquiera garantía sea de derecho internacional o humanitario sea de derecho estatal. El "combatiente enemigo" se ve despojado do todo derecho, *Freiwild*, y así puede desaparecer en una cárcel secreta o se le puede encerrar en un campo de concentración sin ningún control judicial y sin prever algún término para su detención.

La ley recién firmada por el Presidente Bush el 17 de Octubre 2006 (*Military Commisions Act of 2006*) fundamentalmente formaliza este cuadro doctrinal, e intenta contrarrestar la eficacia y los argumentos de la sentencia de la Corte Suprema *Hamdan v. Rumsfeld*, 126 S. Ct. 2749 (2006), donde el tribunal estadounidense afirma que el estado de guerra no puede significar un "cheque en blanco" para el ejecutivo y que se necesita para tener poderes especiales la autorización explícita del Congreso. De hecho esta nueva ley le reserva al jefe del ejecutivo (al Presidente) la competencia de interpretar el artículo 3 de la Convención de Ginebra y por consiguiente el poder de determinar su ámbito de aplicación (Section 6 (a (3)). Es al Presidente además a quien le compete junto con el Secretario de Defensa (§ 948d (c)) la autoridad para la adscripción (mediante especiales "comisiones militares") a cierto individuo (no ciudadano) del estatus de *enemy combatant* –adscripción que le pone en un espacio no cubierto por las normales garantías del *habeas corpus*. El "estado de excepción" de la "guerra contra el terror" (donde la fuerza prevalece sobre el derecho) produce sujetos también "excepcionales" –los así llamados "combatientes ilegales"– para los cuales igualmente vale más la fuerza que el derecho[5].

[5] Cf. la Section 6.2, Findings del *Military Commission Act of 2006*: "*The terrorists with whom the United States is engaged in armed conflict have demonstrated a commitment to the destruction of the United States and its people, to the violation of the law of war, and to the abuse of American legal processes. In a time of ongoing armed conflict, it generally is neither practicable nor appropriate for combatants like al al Quaeda terrorists to be tried before tribunals that include all the procedures associated with courts-martial*".

II.

En el documento sobre la Estrategia de Defensa Nacional redactado en marzo 2005 por el Departamento de Defensa de Estados Unidos, por el Pentágono, hay un párrafo que es revelador. Allí donde se hace una lista de las "vulnerabilidades" del país leemos lo siguiente: "Nuestra fuerza como Estado nacional continuará siendo desafiada por aquellos que emplean una estrategia de los débiles [*a strategy of the weak*] usando foros internacionales [*international fora*], procedimientos judiciales, y el terrorismo" (p. 5). De manera que las instituciones internacionales y los procedimientos jurídicos están puestos al mismo nivel del terrorismo. Además, hay un fuerte acento nietzschiano en tal espeluznante párrafo: el derecho, las reglas, son armas de los débiles (y fracasados) ("*a strategy of the weak*") para contrarrestar el éxito, el triunfo, y la vitalidad del más fuerte.

Las palabras son hechos, y las consecuencias no se dejan esperar. Así que parece otra vez deslumbrarse lo que ha sido desde la Ilustración la pesadilla de todo orden jurídico: la legalización de la tortura. Esta, como uso anticipado y por lo tanto inevitablemente desproporcionado de la fuerza, reproduce en cierta medida la estructura fenomenológica de la guerra preventiva de la nueva doctrina de seguridad nacional de George W. Bush.

De hecho es el mismo John Yoo –el *Kronjurist* que teoriza la legalidad de la guerra preventiva– el que el 2 de Agosto 2002 en su calidad de *Deputy Assistant Attorney General* redacta un *memorandum* para el Departamento de Justicia de Estados Unidos[6] donde se afirma primero que Estados Unidos están sujetos a la Convención internacional sobre la tortura de 1987 dentro de los límites hechos explícitos por una reserva expresada por la Presidencia de Bush padre –que parece restringir el ámbito semántico de la noción de tortura–. En segundo lugar John Yoo, y su colega Jay Bybee, *Assistant Attorney General*, proponen una redefinición de la tortura según la cual sólo hay tortura en presencia de una "amenaza inminente de muerte" y de un "daño psíquico prolongado"[7]. Además Yoo introduce la doctrina del doble efecto, de manera que sólo habría tortura allí donde la inflicción de un grave sufri-

[6] Este memorandum se puede leer en M. DANNER, *Torture and Truth-America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review of Books, New York, 2004, pp. 108 ss.

[7] Véase el memorandum de Bybee para Alberto Gonzales, en aquel momento consejero del Presidente (y hoy *Attorney General,* Ministro de Justicia, de Estados Unidos), en M. DANNER, *Torture and Truth-America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, cit., pp. 115 ss.

miento es el fin inmediato y directo de la conducta. Si el sufrimiento se presenta como daño colateral no estaríamos en presencia del supuesto de hecho de tortura. Por consiguiente, aplicando rigurosamente la doctrina del doble efecto, todas las torturas dirigidas a obtener informaciones del torturado no podrían calificarse como tales, es decir como torturas.

Yoo acepta sólo la validez del artículo 2340 A de la ley federal contra la tortura. Sin embargo, en el *memorandum* de Bybee, el compañero de Yoo, se afirma –aplicando la teoría del mismo Yoo sobre los poderes del Presidente– que aquel artículo sería inconstitucional si se tuviese que interpretar como límite a los poderes del Presidente como Jefe Supremo de las operaciones militares. "*Even if an interrogation method arguably were to violate Section 2340A, the statute would be unconstitutional if it impermissibly encroached on the President's constitutional power to conduct a military campaign. As Command-in Chief, the President has the constitutional authority to order interrogations of enemy combatants to gain intelligence information concerning the military plans of the enemy*". Los terroristas –se añade– no son combatiente regulares. Por lo tanto las convenciones de Ginebra quedan obsoletas y derogadas.

A la pregunta de si al Presidente, por ejemplo, le podría ser vetado torturar a un niño, John Yoo contesta *expressis verbis* que *no*: no hay ningún tratado al respecto que sea vinculante. Pregunta de Doug Cassel: "*If the President deems that he's got to torture somebody, including by crushing the testicles of the person's child, there is no law that can stop him?*". Respuesta de Yoo: "*No treaty*". Además, ni siquiera una ley del Congreso podría limitar los poderes excepcionales del Presidente en tiempos de guerra. Y la lucha contra el terrorismo es una verdadera guerra, aunque inédita: "*war on terror*". En esta constelación la balanza de los poderes públicos –según Yoo– está toda en favor del poder ejecutivo. "El congreso –añade– no podría limitar el poder del comandante supremo". "*Congress cannot tell the President how to exercise his judgment as commander in chief*". "*If the president really made this decision, that there are these extraordinary circumstances where the president needs to order interrogation that's in conflict with the congressional regulation, ... that regulation will be unconstitutional*"[8].

[8] http://www.pbs.org/wbgh/pages/frontline/torture/interviews/yoo.html, p. 16. Véanse también las declaraciones de Yoo recogidas por J. Mayer, en su artículo "Outsorcing Torture-The Secret History of America's 'Extraordinary Rendition' Program", *The New Yorker*, 14 febrero 2005.

III.

Ahora bien, mi ponencia quiere partir de esta situación contingente para abordar el tema más general de la compatibilidad de la tortura con el principio de legalidad. Detrás de esta cuestión se vislumbra además el tema de la posible moralidad de la tortura misma. Antes de continuar quiero sin embargo precisar mi actitud y mi perspectiva.

Hay cosas que me habría gustado no decir y discutir nunca. Aquí no puedo más que repetir la palabras de Seth Kreimer: "*There are some articles I never thought I would have to write; this is one*"[9]. Esta ponencia es una de esas cosas que no merecerían atravesar el umbral del silencio. Alan Dershowitz –desde por lo menos 1989 fautor del uso de la tortura (el método que él prefiere son agujas clavadas en las uñas del sospechoso[10])– nos dice que los profesores –él lo es– están ahí para discutir sobre todo y poner en duda convicciones sólidas, arraigadas y consolidadas en el tiempo. Me permito expresar aquí mi profundo desacuerdo con el ilustre colega americano. No se puede tratar la tortura como un mero puzzle filosófico de la misma manera, por ejemplo, que no se puede tratar desde un puro punto de vista teórico la violación de mujeres y niños[11]. Estoy de acuerdo con Jeremy Waldron cuando subraya que discutir de los méritos de la tortura es una verdadera vergüenza: "*it is dispiriting as well as shameful to have to turn our attention to this issue*"[12]. Sí, es una vergüenza.

La filosofía moral y jurídica como reflexión sobre lo que es justo o injusto, es decir, sobre lo que hay que hacer o no hacer, sobre lo que se debe o no se debe hacer, tiene límites muy distintos de los de la filosofía teórica, por ejemplo de la ontología, de la epistemología o de la teoría del significado. Esta, la filosofía teórica, es la reflexión fundamentalmente sobre lo que es el mundo y lo que se puede conocer. Mientras que en este último contexto

---

[9] S. F. KREIMER, "Too Close to the Rack and the Screw: Constitutional Constraints on Torture in the War on Terror", *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, vol. 6, 2003, p. 278.

[10] "*A sterilized needle inserted under the fingernails to produce unbearable pain without any threat to health or life*" en A. DERSHOWITZ, *Why Terrorism Works. Understanding the Threat, Responding to the Challenge*, Yale University Press, 2002, p. 144.

[11] Cf. J. GARDNER & H. SHUTE, "The Wrongness of Rape", en *Oxford Essays in Jurisprudence*, 4th series, J. HORDER (ed.), Oxford University Press, Oxford 2000, p. 194.

[12] J. WALDRON, "Torture and Positive Law. Jurisprudence for the White House", *Columbia Law Review*, vol. 105, 2005, p. 1683.

cualquier pregunta es admisible, no toda cuestión puede ser seriamente y responsablemente puesta en el ámbito de la reflexión moral. Aunque incluso en la esfera de la filosofía teórica pueda haber preguntas frívolas: como por ejemplo que pasaría si los árboles fuesen azules y no verdes.

En la esfera de la reflexión práctica la misma pregunta sobre la licitud de un tipo de conducta en cierta medida puede poner en duda intuiciones morales profundas y resultar en algún sentido ambigua y ofensiva. Podríamos por ejemplo proponer una discusión filosófica sobre la licitud de violar a la propia hija (por lo menos en situaciones excepcionales, como podría ser la de encontrarse en una isla deserta y ser los últimos humanos supervivientes a una guerra nuclear). O podríamos preguntarnos si es permitido vender los órganos de la propia madre (en el caso por ejemplo que el resto de la familia no tenga otros ingresos), o si en casos extremos se le puede quitar la vida a su propio padre. Nos podríamos interrogar si sería lícito enviar los habitantes de unos barrios de Palermo o de Nápoles (que se suponen en gran mayoría mafiosos o delincuentes) a campos de concentración y eventualmente aplicarles los métodos tan eficaces de la "solución final" otrora diseñados para otro grupo étnico. Sin embargo, cualquiera que se pusiera a discutir con instrumentos filosóficos muy sutiles sobre temas parecidos nos parecería un loco o un pervertido moral. Sus argumentos, aunque acompañados por consideraciones muy finas y articuladas, no merecerían la atención de ningún auditorio público.

Ahora bien, yo creo que la discusión sobre la tortura es algo muy cercano a la situación que vengo de indicar. Es decir, es un tema cuya discusión nos parece moralmente discutible. Aquí nos enfrentamos probablemente a lo que Bernard Williams define como "*moral unthinkable*", y Robert Alexy llamaría "discursivamente imposible". Tenemos –me parece– la obligación moral de controlar lo que decimos, e incluso –en cierta medida– lo que pensamos. Hablar de la admisibilidad legal o de la moralidad de la tortura me produce –permítanme la expresión– asco y un sentimiento de vergüenza que necesito hacer público. De la misma manera de un ponente en las Cortes de Cádiz en abril de 1811, el señor de Villanueva, que pedía "que no se discuta este punto" y que se votase sin más la abolición de la práctica legal del tormento[13]. Una actitud distinta respecto a este tema me resulta –lo confieso– sospechosa y expuesta a la acusación de insensibilidad e inhumanidad.

[13] Cf. F. TOMAS Y VALIENTE, *La tortura en España*, Ariel, Barcelona 1994, p. 7.

Así que, si yo abordo este tema es porqué otros, más atrevidos y menos escrupulosos, sean legisladores, sean jueces, sean juristas o filósofos, se han propuesto reabrir la caja de Pandora. Hablo de tortura no por mi propia iniciativa, sino porque estoy en cierta medida obligado a hacerlo. Me siento obligado por el hecho de que el tema y no sólo el tema, sino desgraciadamente la práctica también, han sido puestos en el orden del día entre otras cosas por la situación histórica y los cambios políticos "imperiales" que he intentado esbozar rápidamente antes.

IV.

En el debate de estos últimos años y en los intentos de readmitir la tortura como práctica lícita de nuestros Estados nos encontramos fundamentalmente frente a cuatro estrategias argumentativas.

(i) La primera es la que ha sido adoptada por John Yoo y Jay Bybee, consejeros los dos del Departamento americano de Justicia a las órdenes del *Attorney Genera*l Alberto Gonzales. Esta primera estrategia –que ha tenido como efecto entre otros los horrores de Abu Ghraib– es, como ya hemos visto, la de afirmar que el poder ejecutivo, el Presidente, como jefe supremo de las operaciones militares, no está sometido a ningún vínculo normativo sea de derecho internacional sea de derecho estatal. Esta postura sin embargo entra en conflicto con la doctrina constitucional dominante de Estados Unidos, con la doctrina del *jus cogens* en derecho internacional[14], y sobre todo con los principios mismos de un orden constitucional democrático por el cual los vínculos constitucionales tienen como destinatario privilegiado el poder ejecutivo. Un poder ejecutivo que no sea sujeto a ningún control no cabe dentro de un Estado de Derecho y aun menos dentro de un Estado Constitucional donde los derechos fundamentales delimitan el terreno de juego de toda autoridad pública y la dignidad de la persona es coto vetado para el poder político. Además la intención de los Padres Fundadores de la Constitución americana de 1787 está muy clara al prescribir que sea el Congreso que delibere la entrada en guerra del país. La guerra, lejos de ser un

[14] Cf. M. JAHN, "Gute Folter, schlechte Folter? –Straf–, verfassungs– und völkerrechtliche Anmerkungen zum Begriff 'Folter' im Spannungsfeld von Prävention und Repression", *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung un Rechtswissenschaft*, vol. 87, 2004, pp. 33-34, donde se argumenta el carácter de "*jus cogens*" de las disposiciones de derecho internacional que prohiben la práctica de la tortura.

privilegio del Ejecutivo (como quiere que sea John Yoo), es materia tan grave e importante para el conjunto de la nación y su futuro que hay que reservarla a la prudencia y decisión de los representantes de la nación entera. Así lo dice expresamente el texto constitucional y así se lee también en los *Federalist Papers*. "*The President is to be the commander-in-chief of the army and navy of the United States. In this respect his authority would be nominally the same with that of the king of Great Britain, but in substance much inferior to it. It would amount to nothing more than the supreme command and direction of the military and naval forces, as first general and admiral of the Confederacy; while that of the British king extends to the declaring of war and to the raising and regulating of fleets and armies –all which, by the Constitution under consideration, would appertain to the legislature*" (*The Federalist*, Number LXIX)[15].

Para Madison y sus compañeros uno de los grandes méritos de la República sobre la Monarquía y de la Federación sobre los Estados es el de no permitir que la decisión de hacer una guerra sea asunto de uno solo o de pocos, sino de muchos, que tendrán que convencerse mutuamente y así se verán obligados a un ejercicio frío de racionalidad. Uno solo o pocos serían mucho más fácilmente arrastrados por sus pasiones que los muchos que las controlarán y limitarán los unos a los otros en órganos colectivos de deliberación. La monarquía es mala para los Federalistas justamente por tener aquellos poderes que ahora John Yoo afirma ser propios del Presidente de la Unión.

El Presidente que preconiza John Yoo, al no estar sujeto más que a su propio juicio en asuntos tan fundamentales como la paz y la guerra, y la libertad y la vida de ciudadanos y extranjeros, realizaría una forma de gobierno de los hombres (de *un* hombre), y ya no de un gobierno de las leyes.

(ii) La secunda estrategia de moralización de la tortura es la de asumir aparentemente una actitud descriptiva. La tortura –se dice– es un hecho, o sería un hecho de cualquier manera frente a ataques terroristas o a graves emergencias contra la seguridad del Estado. Así que sólo existe la alternativa entre la hipocresía de rechazarla formalmente, permitiéndola sin embargo en las sedes obscuras y secretas del poder ejecutivo, o bien reconocer su presencia en la sociedad como mal menor legalizándola y haciendo de ella una práctica sometida a controles, por lo tanto transparente y responsable.

[15] J. MADISON, A. HAMILTON, & J. JAY, *The Federalist Papers*, I. KRAMMICK (ed.), Penguin, Harmondsworth, 1987, p. 398. En cursiva en el texto.

Aquí la réplica me parece bastante obvia. Esta estrategia justificativa asume primero que la tortura se practique ya de hecho y de manera muy amplia: es decir que sea una práctica habitual de las administraciones estatales. Ahora bien, se puede dudar que sea así en varios países y en contextos relevantes. Por ejemplo, después de los atentados de Madrid del 11 de marzo 2004 no parece que la tortura haya sido una opción para los funcionarios de la policía española. Podríamos también recordar la lucha contra el terrorismo en los "años de plomo" en Italia, durante los cuales –aunque haya habido excesos y violaciones de derechos fundamentales y casos de tratos inhumanos y degradantes– no se puso en marcha ninguna política de aplicación sistemática de torturas contra los sospechosos y los detenidos.

A pesar de lo que cree Alan Dershowitz –que apunta a la tortura como un hecho social inevitable– en el mundo todavía hay Estados de Derecho y sociedades decentes. De todas maneras, esta segunda estrategia justificativa funciona sólo si se le añade una importante premisa. Además de suponer prácticas frecuentes y extendidas de tortura de los sospechosos por parte de agencias estatales, hay que añadir la valoración de que este fenómeno –llamémosle así "social"– no es tan moralmente repugnante como para que no se pueda concebir y admitir su legalización.

Legalizar unas conductas implica cierta valoración de las conductas mismas. Básicamente implica que las conductas en cuestión, aunque puedan ser consideradas no plenamente morales, o incluso en cierta medida inmorales, no resulten intolerablemente injustas o chocantes para la conciencia de quienes sean eventualmente llamados a juzgarles. Si lo fuesen, si resultasen intolerablemente injustas o chocantes para las conciencias, ellas no admitirían que se les otorgase alguna patente de licitud. Pero, éste es el caso propio de la tortura. Aquí nos encontramos con un tipo de conducta tan injusta e intolerable, y chocante, para el sentimiento moral que su posible e incluso probable difusión dentro de la sociedad no nos ofrecerá todavía un buen argumento para que se acepte su legalización, es decir una valoración no plenamente negativa, una valoración en cierta medida positiva del tipo de conducta considerado. Si (*moralmente*) estoy convencido que no se debe torturar, y que éste es un precepto de fuerza normativa suprema, no puedo aceptar que se pueda (*legalmente*) torturar.

(iii) La estrategia más poderosa y común en favor de la reinserción de la tortura dentro del ámbito jurídico es, de todas maneras, la vía utilitarista

que se sirve del caso muy hipotético de la *ticking bomb*, de la bomba a tiempo que puede explotar dentro de poco. La hipótesis es que hemos detenido a un terrorista, que sabemos que él ha puesto en algún lugar un artefacto explosivo que puede causar la muerte de muchísimos inocentes, y que la bomba va a explotar dentro de poco. En un caso parecido la única manera para prevenir la explosión de la bomba y así salvar la vida de los muchos amenazados parece ser obligar a la fuerza, es decir empleando torturas, al terrorista a revelar el escondite de la bomba.

Este es el caso del que se sirve por ejemplo, Winfried Brugger, un profesor alemán, que lleva varios años defendiendo la legalización de la así llamada *Rettungsfolter*, la "tortura de salvamento"[16]. Muy parecida es también la hipótesis que le sirve a Alan Dershowitz para su propuesta de hacer depender la tortura de una autorización judicial –propuesta que encontramos en el cuarto capítulo de su libro *Why Terrorism Works*–. Dershowitz insiste mucho, en su oblicua defensa de la tortura, que la moralidad absoluta no existe; lo moral es solo cuestión de grados.

Ahora bien, aquí la réplica puede ser la siguiente. No hay criterio moral que resista al contraste con un caso tan excepcional que parezca que el *fiat justitia* implique y provoque el *pereat mundus*. Agamenón sacrifica a su hija para que los barcos aqueos puedan navegar hacia Troya. Lo hace para satisfacer las preferencias de la gran mayoría de su gente; Agamenón se comporta como un buen utilitarista. Sin embargo –nos cuentan– Clitemnestra, la madre de la hija sacrificada, no se lo perdona. De la misma manera probablemente podríamos justificar todo o casi todo. De esta manera por ejemplo se justificaban las "listas" de la gente a enviar para el campo de exterminio hechas por los mismos consejos judíos de los distintos *ghettos* a los cuales los Alemanes, en un sumo ejercicio de cínica vejación, dejaron por algún tiempo la decisión sobre los nombres para la deportación. De la misma manera, el recurso al mal menor, Carl Schmitt y Karl Larenz, dos inteligentes teóricos del derecho, justificaron *ex post* su adhesión al nacionalsocialismo. Ya que en suma el abismo del mal –como sabemos por lo menos desde Auschwitz– no tiene fondo, la línea del mal menor se puede acercar al abismo prácticamente al infinito.

[16] W.BRUGGER, "Darf der Staat ausnahmsweise foltern?", *Der Staat*, vol. 35, 1996, pp. 67-97, y W. BRUGGER, "Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?", *Juristen-Zeitung*, vol. 55, 2000, pp. 165-173.

Dicho de otra manera, una vez que acabamos con la prohibición absoluta de lo que es considerado y vivido como un mal evidente, e intolerable, y nos ponemos a ponderar entre distintos males como posibles alternativas de conducta, la caída de la inhibición inicial hacia el mal evidente hace que ya no haya barreras infranqueables contre éste y su repetición y variación. Lo dice de manera tajante Steven Lukes: "*Removing the general prohibition would soon dissolve inhibitions*"[17]. Una vez que se acepte de torturar en un caso, no habrá ya límites inviolables para la tortura en otros casos.

Pero, si es verdad que estamos dispuestos a aceptar el mal menor, aquí la tortura del otro, frente al mal mayor –la muerte de muchos inocentes–, ¿por qué no tendríamos que estar dispuestos a cargar con la culpa que el mal (aunque menor) conlleva siempre consigo mismo?

Si estamos dispuestos a sacrificar la integridad y la dignidad del otro, y a convertirlo en un amasijo de tejidos de carne, es decir sujeto solo de miedo y sufrimiento, ¿por qué no tendríamos que estar dispuestos a sacrificar también nuestra integridad y dignidad y aceptar y proclamar que lo que estamos haciendo, si es que lo hacemos, es algo horrendo y sin perdón? Si lo que estamos haciendo es un mal (aunque menor), ¿por qué necesitamos que la comunidad, el Estado, el derecho nos den su aval, y nos descarguen de la violencia y del dolor de los que nos hemos hechos responsables? Si la situación es tan excepcional y tremenda, y tremendas son también nuestras actuaciones (y esto Brugger y Dershowitz, los dos a regañadientes, lo admiten), que tremendas sean también las consecuencias para nosotros los actores. Y que la ley nos juzgue y nos sancione con todo su rigor.

(iv) Paso ahora a mencionar la cuarta estrategia justificativa. Es aquella en la cual, sirviéndose una vez más del caso excepcional y de la hipótesis de la "*ticking bom*", se apela weberianamente a la ética de la responsabilidad. Aquí es el "político" que en cierta medida demónicamente toma su decisión y asume sobre sí toda la responsabilidad de la misma.

Muy bien –puede replicarse– que sea así y que aquí también la ley muestre al político que, a pesar de sus contactos y pactos con los demonios del poder, él tampoco se puede sustraer a las consecuencias de unas reglas de civilización que valen para todos sin excepciones. La responsabilidad "weberiana" del político no puede quedar exenta de una operacionalización

[17] St. LUKES, "Liberal Democratic Torture", *British Journal of Political Science*, vol. 36, 2005, p. 15.

normativa e institucional. Y esta no es otra que su responsabilidad frente a la ley ordinaria: su sumisión a la moralidad y a la legalidad que vinculan a los demás mortales. No se ve por qué el "político" tendría que tener una responsabilidad y moral distinta de la del ciudadano.

V.

En conclusión, quisiera defender la tesis de que hay una conexión conceptual necesaria entre tortura e ilegalidad Esto lo dice ya Christian Thomasius en su ensayo sobre la tortura *(Dissertatio de tortura ex foris Christianorum proscribenda*)[18]: la víctima de torturas se percibe y es percibida inmediatamente come víctima de un *abuso*. Esto parece intuitivo. Sin embargo, hay una razón discursiva para tal inmediata reacción y el sentimiento correspondiente de equivalencia y de repulsa. La tortura rehuye cualquier ejercicio de universalizabilidad material: nadie puede aceptar ser torturado a su vez. La tortura es vivida en cualquier caso por el sujeto al que se la aplique como un acto de violencia extrema, intolerable, como abuso y exceso. La tortura nunca podría pasar el test de la universal aceptabilidad que nos da un criterio más o menos último de moralidad. Desde el punto de vista de quien usa y aplica la tortura a su vez esta también se define como exceso y abuso. Y no podría ser de otra manera, ya que el acto está dirigido a resultar intolerable y excesivo, tiene que ser –como nos enseña el Profesor Dershowitz–, "*unbearable pain*", y por lo tanto depende de los límites (muy variables) de tolerabilidad de la víctima. "*In principle, torture* –nos señala Michael Davis– *is limited only by the tortured's endurance*"[19].

---

[18] Para una edición moderna de este escrito véase Ch. THOMASIUS, *Über die Folter*, R. LIEBERWIRTH (ed.), Hermann Böhlaus Nachfolger, Weimar,1960.

[19] M. DAVIS, "The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment", *International Journal of Applied Philosophy*, vol. 19, 2005, p. 165. Esto hace que la tortura ya en la doctrina de derecho romano se juzgue –en palabras de Ulpiano– r*es fragilis et periculosa et quae veritatem fallat*, "cosa frágil y peligrosa y que falla a la verdad". En efecto depende demasiado del dolor infligido y de su (variable) tolerabilidad: "*Nam plerique patientia sive duritia tormentorum ita tormenta contemnunt; alii fit, ut etiam vario modo fateantur, ut non tantum se, verum etiam alios criminentur", De officio proconsulis*, 48, 18, 1, 23. Que es el mismo argumento que emplea Beccaria en su famoso *Dei delitti e delle pene* (cap. XII): "*Ma io aggiungo di più, ch'egli è un voler confondere tutti i rapporti, l'esigere [...] che il dolore divenga il crociuolo della verità, quasi che il criterio di essa risieda nei muscoli e nelle fibre di un miserabile*", BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, G. D. PISAPIA (ed.), Giuffrè, Milano 1973, p. 40.

Por su fenomenología por lo tanto la tortura *es* abuso, exceso. Y por consiguiente no podemos ser sometidos al principio de legalidad y al mismo tiempo ser torturadores. Sería paradójico hablar y prever un "abuso de tortura".

Este punto ya fue subrayado por Thomasius, que discute la posibilidad para el juez de "controlar" y evaluar la conducta del torturador. Esta rehuye cualquier prescripción objetiva, ya que se trata de una acción totalmente regida por la racionalidad instrumental. Su eficacia en efecto depende de su presentarse y darse como "exceso". Como argumenta Pietro Verri en sus *Osservazioni sulla tortura*, "*in materia di tortura e di indizi, non potendosi prescrivere una norma certa, tutto si rimette all'arbitrio del giudice*"[20]. No hay determinaciones deontológicas posibles que predeterminen el empleo de la tortura en el alcance de su violencia. "*Until the tortured dies, the point at which the torture should stop is a matter of the torturer's judgement (or that of a superior)*"[21]. Se podrían quizás prever supuestos de hecho, "tipos" de casos en los cuales la tortura fuese permitida a las agencias públicas: sin embargo el nivel de violencia de esta no podría y no debería ser previsto; y por lo tanto no resultaría nunca de verdad controlable. Como subraya Thomasius, el verdugo, el torturador, al usar sus terribles instrumentos puede siempre engañar al juez: "*carnifex hic iudici in applicandis intrumentis fucum facere potest*" (*Op. cit.*, II, § V).

Si esto es cierto, y todo indica que así sea, el derecho como criterio y principio de legalidad que predetermina las conductas y excluye el abuso y el exceso en la acción reglamentada se presenta fenomenológicamente incompatible con la estructura de la acción torturadora.

Así nuestra conclusión no puede más que ser la siguiente. En el Estado de Derecho la tortura no cabe en ningún caso. En primer lugar porque rompe el proceso de civilización de la experiencia jurídica puesto en marcha por la Ilustración y la modernidad que aspira a rebajar el nivel de fuerza y la tasa de violencia en las relaciones sociales y especialmente en el ámbito jurídico. La tortura no cabe en el Estado de Derecho sin embargo por otra, quizás más importante, razón. Se trata de una razón estructural. El principio de legalidad, la *rule of law*, es el criterio según el cual la determinación de una

[20] P. VERRI, *Osservazioni sulla tortura*, Feltrinelli, Milano 1979, p. 83.

[21] M. DAVIS, "The Moral Justifiability of Torture and other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment", cit., p. 165.

conducta y más aun de una conducta violenta por parte de un órgano público tiene que hacer la conducta en cuestión previsible y proporcional. Un tal criterio sin embargo impide que la tortura –que es por sí misma ejercicio imprevisible, desproporcionado y excesivo– tenga algún posible papel en un Estado de Derecho.

VI.

A lo que he dicho quiero, y debo –creo–, añadir una apostilla. "*Juristen, böse Christen*", "juristas malos cristianos", decía Martín Lutero. Y lo decía porque le parecía que el derecho positivo, la justicia del hombre, tiene inevitablemente que ver con la violencia, la sangre, la coacción, la tortura incluso. Para un cristiano el derecho se presenta de manera paradigmática bajo la forma de la cruz, y esta era instrumento de suplicio y tortura, símbolo además de degradación y de extrema supresión de dignidad: sufrimiento y muerte para esclavos, no para libres. El jurista, en segundo lugar, al juzgar a sus parecidos se arroga una tarea que sólo puede ser de Dios. "No juzgarás, y no serás juzgado" –dice Jesús. El jurista sin embargo no le escucha, y toma en sus manos el momento supremo del juicio.

Según Lutero los juristas son malos cristianos, en tercer lugar, por una razón en cierta medida conceptual o lógica. Es el derecho que ellos manejan el que es injusto, inevitablemente injusto, ya que no puede ir mas allá de la *forma* de la justicia, es decir de la *ley*. O, dicho de otra manera, una justicia que no pueda ser violada desde la generosidad y la caridad se convierte en patente injusticia. Aquí el jurista es un mal cristiano, es inmoral, justo porque se limita a evaluar las conductas mediante el criterio taxonómico y sistémico de la regla formal.

Ahora bien, los juristas de hoy que proponen el retorno de la tortura, aunque sea esta solamente la *Rettungsfolter*, resultan ser "malos cristianos" cierto, primero porque se han olvidado del sufrimiento de la cruz y sobre todo de la compasión. A Yoo no le tiembla la mano incluso ante la vista del niño inocente torturado. Pero, Yoo, y Bybee, y Dershowitz, y Brugger, y los demasiados otros que les siguen, sin embargo, resultan ser además "malos juristas". Y lo son porque le quitan al derecho su calidad de forma, aquel principio de legalidad que es enemigo el exceso y del abuso. Como el gran sacerdote, repiten la frase terrible de que mejor es que muera un hombre solo, antes que perezca el pueblo entero (cf. Juan, 18, 14). La legalidad, que im-

plica la prohibición del abuso, se puede infringir –dicen– en el caso concreto. Y de aquella, de la legalidad, se nos recomienda salir, no para ejercer la piedad, sino la crueldad y el exceso.

Aunque –como notaba Blackstone– a menudo se invoca la piedad como justificación más próxima de la tortura. "Parece mentira –escribe en sus *Comentarios* a las leyes inglesas– que se haya dicho que esta práctica de infligir la tortura surja de la piedad hacia las vidas de los hombres; y sin embargo ésta es la razón dada para su introducción en el derecho civil, y su subsecuente adopción por los Franceses y otras naciones extranjeras"(*Commentaries*, vol. 4, pp. 320-321). A la piedad, que es la máxima justicia del caso concreto, ya que supera y rompe los vínculos formales de esta, se le opone la tortura, que es la máxima injusticia del caso concreto, ya que se da necesariamente *contra legem*, es decir como abuso y prevaricación. Sin embargo, en los dos casos es el principio de legalidad el que está vencido, y la crueldad se ampara frente a éste en su obscena equiparación a la piedad.

MASSIMO LA TORRE
Università degli Studi di Catanzaro
Departamento di Scienza e Storia del Diritto
Viale Pio X, 250
88100 Catanzaro
Italia
e-mail: mlatorre@unicz.it