

Massimo LA TORRE, Marina LALATTA COSTERBOSA,
Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto,
Il Mulino, Bologna, 2013, 208 pp.

IVAN VALIA
Università "Magna Graecia" de Catanzaro

Palabras clave: tortura, Estado de Derecho, derechos humanos, dignidad
Keywords: torture, Rule of law, human rights, dignity

¿Legalizar la tortura? Una pregunta que no deberíamos plantearnos nunca, una cuestión escabrosa, un tema que suscita vergüenza, disgusto y pena. Sin embargo, es una cuestión mucho más actual y familiar de lo que podemos pensar, que implica no sólo la parte jurídica, si no que le plantea grandes preguntas al filósofo del derecho, al sociólogo, que influencia mucho en el ámbito de la política y tiene una importancia fundamental en el ámbito moral. De todo esto son muy conscientes los autores del libro, Marina Lalatta Costerbosa y Massimo La Torre, que se enfrentan a este delicado tema privilegiando no sólo un único ángulo visual, ni limitándose a profundizar la cuestión exclusivamente desde un punto de vista jurídico, si no investigando también una serie de perspectivas de carácter histórico, teórico, moral. Lo que más sorprende y convence al mismo tiempo, es que los autores establecen pronto una especie de auto-defensa, que difícilmente puede no ser compartida: comunicar al lector que el hecho mismo de discutir sobre este tema, trae consigo un elemento de culpa, ensucia de alguna manera el alma y la dignidad de quien se encuentra en esta discusión.

El texto se divide en dos partes: la primera, escrita por Marina Lalatta Costerbosa, aborda el problema con mayor atención al perfil histórico; en la segunda parte Massimo La Torre, sin embargo, prefiere una investigación principalmente jurídica. Vale la pena señalar que, a pesar de esta división, el texto presenta una clara homogeneidad, dada por el hecho que los autores aparecen en total armonía en los contenidos y en el método.

La tortura es un tema contradictorio. Lalatta Costerbosa quiere pronto aclarar este punto: incluir la discusión en el ámbito jurídico es una contradicción. Estado de Derecho y tortura son términos que no se pueden poner en el mismo nivel. La alternativa es clara: o se toman en serio las reglas y los principios del derecho (otro tema que se repite constantemente en el libro), o se permite la tortura y el uso indiscriminado de la fuerza, que muy poco, o nada, tienen que ver con la dimensión jurídica. En confirmación de esto, está el hecho de que los gobiernos que suelen utilizar ese odioso instrumento son precisamente aquellos, sobre todo los regímenes tiránicos, que se caracterizan por un uso excesivo de la fuerza y, aún más, de la violencia.

Bueno, si estamos “obligados” a hablar de ello, es precisamente a causa de la relación eterna que ha existido, y aún existe, entre la fuerza y el derecho, entre algunas de las variaciones que el poder puede tomar si no se correlaciona simultáneamente con formas adecuadas de control, y el sistema jurídico que de alguna manera debe limitar y poner debajo de sí precisamente el uso de la fuerza. Por lo tanto, así como Massimo La Torre hará en la segunda parte del libro, hay muchos ejemplos que muestran como la estrecha relación entre el Derecho y la fuerza ha sido a menudo, de hecho, una relación entre lo jurídico y la violencia. La tortura es uno de los hijos naturales de esta relación y, a través de una serie de excusas y argumentos políticos y jurídicos, en los últimos decenios, autores, abogados, hombres de Estado, intentaron solucionar la práctica en el mundo del Derecho.

Que el Derecho juega con los elementos del poder, de la fuerza y, por desgracia, de la violencia, no es ciertamente una novedad: en la primera parte del texto se cita en este sentido a Norberto Bobbio, quien afirmó que la existencia de la fuerza dentro del Derecho no puede ser cuestionada, en todo caso, el problema es entender cómo está inserta en los caminos marcados por el Estado de Derecho o, por decirlo de otra manera, la cuestión es entender las formas en que la fuerza se ha institucionalizado, y cuáles son los efectos que resultan de esta institucionalización. En este sentido, como veremos, será especialmente La Torre quien resalta, claramente rechazándola incondicionalmente, cuáles fueron las estrategias para hacer la práctica de la tortura legal, legítima y aceptable. Si se da por sentado que de alguna manera la violencia estaba positivizada dentro de la jurisdicción moderna, al mismo tiempo debe haber una clara conciencia de que la contraparte, el límite del abuso del poder, se encuentra dentro de las cartas constitucionales. La sensación que se desprende es de gran preocupación, el temor es que las batallas que se han librado en nombre del

Derecho, desde la Segunda Guerra Mundial en adelante, sean frustradas por estos intentos de hacer habitual una práctica tan bárbara y tan lejos de cualquier discusión relativa al discurso jurídico. No puede de ninguna manera ser, tanto a nivel práctico como a nivel conceptual, que vivan juntos en el mismo plano y en el mismo tiempo aquella “soberanía de los valores” de la que a menudo se ha hablado en los últimos años, y un “regreso a la tortura”, como aquello a lo que hemos tristemente asistido recientemente. La obra de constitucionalización, así como los principios relacionados con ella, deben ser la referencia continua y constante. La razonabilidad, la reflexión moral, siempre deben preceder a la afición y la fuerza.

Se hizo hincapié en que como La Torre y Lalatta Costerbosa no elijen un sólo punto de vista para discutir el tema, y de otro modo no se podría dar, por supuesto, ya que hay muchos aspectos involucrados.

La tortura ha jugado una función decisiva en el área judicial: fue medio de prueba, por ejemplo, tanto en la época romana, como en la griega, y luego sufrió una parada en la Alta Edad Media.

Pero a lo mejor lo más interesante y problemático es el perfil político, teniendo en cuenta que a menudo ha sido la política la estrategia de la justificación de esta práctica. A veces, el argumento justificador ha sido la protección de la República, en otras ocasiones la seguridad pública. En este sentido se invocan, entre otros, dos autores: Bodino y Thomasius. Bodino incluso argumentó que no sólo no era necesaria una justificación, sino que la cuestión estaba de alguna manera conectada con un sentido de la justicia. Por el contrario, Thomasius negó absolutamente la posibilidad de que el problema pudiera estar relacionado con la justicia, por el simple hecho de que la tortura es contraria, no sólo al Derecho natural, sino incluso a la moral cristiana y la presunción de inocencia.

En el segundo aspecto, el de la seguridad pública, se muestra la opinión de Pietro Verri, que enfatizó la falta de lógica total de este tipo de justificación, siendo falaz, entre otras cosas, la lógica según la cual el sacrificio de un individuo protegería el interés colectivo mayor. No hay garantías en este sentido también razonando en el dato, difícilmente contestable, que no todos los bienes son fácilmente cuantificables y, en consecuencia, fácilmente balanceables.

Siempre Thomasius otorga a los autores la posibilidad de insertar, en la discusión, un elemento que nos permite entender otro parámetro que a menudo ha sido utilizado como una causa adicional de justificación.

Él, como hemos visto, separa claramente el discurso sobre la tortura de cualquier referencia a la justicia y abre la posibilidad de conexión con la utilidad. Sólo el utilitarismo (en el volumen se refiere expresamente a Bentham), reconoce un cierto valor a la tortura, ya que el interés de muchos, como afirma la teoría, tiene que prevalecer sobre los demás. El sentido de piedad que puede surgir de su imposición, tiene un valor mucho más bajo que la utilidad de la misma, si se tiene en cuenta también otra circunstancia: el castigo en cuestión es menos malo, menos extremo que otros, tiene de hecho un campo de acción y efectos de lo más limitado y, por lo tanto, se presta menos a abusos. Pero aquí nos olvidamos el hecho de que la persona torturada, para aliviar el sufrimiento, podría dar respuestas confusas, contradictorias, falsas, sin raciocinio (en este punto se recuerda que ya el absolutista Hobbes creía que las declaraciones obtenidas bajo tortura no pueden considerarse pruebas).

Bueno, si nos decidimos a abordar la cuestión con la lógica consecuencialista, deberíamos atenernos a simples cálculos y a criterios sólo cuantitativos. Pero la cuestión que surge entre las líneas del texto, aunque no explícitamente, es la siguiente: ¿cómo se puede solucionar este problema utilizando sólo un banal cálculo prudencial, cuando en juego hay algo mucho más complejo, y que no se puede calcular en estos términos, y que es la dignidad humana?

Hay muy poco de útil, de hecho la tortura anticipa y evita cualquier juicio; es casi como si esto funcionase en curso, ya que, cuando se tortura, se expresa un juicio, que es sospechar que la víctima podría ser culpable.

Así llegamos a la convicción de su inutilidad, así como su inmoralidad y la irracionalidad. En concreto, esta última se debe principalmente al hecho de que con la imposición de esta forma particular de aflicción se violan los derechos humanos más básicos íntimamente relacionados con la dignidad. Con la tortura, entonces hay una igualdad total entre sujeto culpable y sujeto inocente. El hecho, además de evitar cualquier relación con el tema de la justicia, denota que no existen vínculos, en términos más generales, ni con la legalidad ni con el derecho mismo. Es también a través de esta especificación adicional que los autores pueden reiterar una vez más que los términos de tortura y el ámbito jurídico son entre ellos contradictorios.

En este sentido los autores recuerdan a Beccaria por lo cual, con la tortura, y a través de esta falta de diferenciación entre el culpable y el inocente, el que va a sufrir un perjuicio, será, paradójicamente, el segundo. De hecho, el punto de partida para ambos sujetos involucrados es la capacidad de resistencia: el culpable, sólo porque sea robusto de cuerpo, tendrá un “premio”,

la no imposición de la pena, y esto no tiene nada que ver con el derecho, sino sólo con las habilidades físicas y la terquedad del individuo; el inocente, que por desgracia no tiene la misma fuerza física, podrá, al final, inclinar la cabeza y optar a una pena ilegítima e injusta, en lugar de continuar con la tortura. De acuerdo con esta idea, señalan los autores, está también Filangieri.

El dilema entonces que debemos plantearnos es: ¿qué tiene esto que ver con la averiguación de la verdad, con la exigencia de seguridad jurídica, con el pretexto de la legalidad que en el Estado de derecho debe ser constante? Debemos darnos cuenta, entonces, que aquí estamos hablando muy sencillamente de resistencia del cuerpo, de mayor o menor fuerza de un hombre sobre otro, más allá de la inocencia y de la culpa, y, más allá, sobre todo, de la consideración de las características y de las especificaciones de cada individuo, en primer lugar, las morales.

Debemos refutar drásticamente otro bastión de los partidarios de la tortura: el hecho de que proporcionaría algo de seguridad social. En todo caso es lo contrario: ¿cómo pueden los ciudadanos sentirse protegidos por un gobernante que contempla la tortura entre las hipótesis posibles? ¿Dónde está la relación de confianza que se establece entre soberano y súbdito, cuando el primero determina esa práctica que hemos definido irracional, injusta e innecesaria? ¿De qué manera estamos protegidos por el derecho si se permite este tipo de abuso que es estructuralmente desordenado e indeterminado?

La referencia a la incertidumbre no es aleatoria porque con la tortura, más allá de cualquier razón justificativa que se desea poner en su fundación, no se encuentra *el* culpable, sino *un* culpable.

Como se ha mencionado inicialmente, no hay grandes líneas distintivas entre la primera y la segunda parte del libro. Sin embargo, si realmente queremos tener un carácter especial en los últimos tres capítulos, es la reconstrucción de los intentos de juridificación de la práctica de la tortura. En el texto se citan algunos casos, como, por ejemplo, el ataque a las Torres Gemelas el 11 de septiembre de 2001, que se ha convertido en un pretexto y justificación para la introducción de nuevas formas de violencia en el sistema jurídico. Esto se hizo a través de estrategias –tanto de carácter moral que más puramente jurídico– que han servido para legitimar la práctica. Es innecesario señalar cómo La Torre trata de debilitar cualquier argumento en apoyo de la tortura, en línea con lo que ya se ha dicho en la primera parte.

La historia y la política, el autor parece decir, a menudo parece haber olvidado el camino recorrido: la obra de constitucionalización que ha afectado

a la realidad occidental de la Segunda Guerra Mundial, evidentemente, no es garantía suficiente para evitar la construcción de los sistemas jurídicos aberrantes. Con demasiada frecuencia la violencia, tras la justificación del poder estatal, se repitió con dramática actualidad, a través de las formas más disparas. Horrores como la guerra preventiva y, dentro de ella, de prácticas como esa en cuestión, no nos puede sorprender. Citando uno de los más grandes filósofos contemporáneos del derecho, es decir, Robert Alexy, *La Torre* reitera que hay un espacio en el que reside lo “discursivamente imposible”; deberíamos tener una obligación moral, con respecto a ciertas cuestiones, no sólo a abstenerse de cualquier discusión, sino, de hecho, también a desviar el pensamiento de ellas.

Dada por supuesta la presencia institucionalizada de la violencia dentro del Derecho, hay un gran riesgo de que se pierda la supremacía de la razón, de la argumentación y del respeto a los principios en frente de la dura normatividad y de la validez, de la manera más radical que se puede atribuir a él. Hoy –nota tristemente el autor– está teniendo lugar no simplemente un retorno de la fuerza, sino un salto cualitativo en la forma de inserción de las prácticas violentas dentro de los sistemas jurídicos. Asistimos, casi sin armas, al florecimiento de nuevas estrategias argumentativas, jurídicas y morales, a través de las cuales tratamos de ofrecer al poder no sólo una fuerza renovada, sino también una disociación total de cualquier forma de control, una ausencia total de restricciones con respecto a la ley y a la Constitución misma. Nos encontramos dramáticamente en frente de una perspectiva marcadamente decisionista, en la que es el jefe que, en primera persona, pone en marcha el acto resolutorio, justificándolo siempre con el mismo motivo del bien mayor y de protección de la comunidad.

El Profesor de la Universidad de Catanzaro observa que existen dos personas que en Estados Unidos se han distinguido por haber teorizado, a través de los métodos que ya mencioné, lo que se ha explicado hasta ahora: los dos consultores del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, John Yoo y Jay Bybee. El primero, en particular, es el verdadero teórico de la atribución de poderes excepcionales. No es un riesgo hablar de decisionismo, porque es a través de su doctrina que reaparece el Presidente como el último guardián de la Constitución: sólo por medio de la decisión política se puede llegar a un razonamiento jurídico correcto y no por órganos, como los tribunales de justicia, que son “políticamente irresponsables”. Parece que se haya vuelto atrás casi un siglo y estar frente a la teoría de Carl Schmitt; resurgen de hecho los

fundamentos de la decisión de Schmitt: el poder, también en las formas de la fuerza y de la violencia, se pone en las manos firmes del Presidente, la única persona capaz de distinguir entre *amigo* y *enemigo*. ¿Pero con una decisión de este tipo qué garantías y qué formas de protección se pueden proporcionar al sujeto? ¿En qué lugar quedan relegados los derechos fundamentales? El escenario es el de una suspensión real del derecho: si esto sucede, para el desafortunado, cualquier resultado es posible, y uno de estos resultados es precisamente la tortura. Probablemente es también a esto a lo que los autores se refieren escribiendo, en el subtítulo del libro, “auge y caída del Estado de Derecho”.

En este punto en el volumen se procede a un análisis de las diferentes estrategias argumentativas y justificativas de la tortura: tenemos un grupo de estrategias que pueden ser descritas como “moralizantes”, y otro grupo que es más acerca de los diferentes argumentos jurídicos. En el primero emergen una serie de puntos de apoyo, en este caso dentro del ámbito moral, que deberían servir para hacer de alguna manera aceptable la práctica de la tortura. Las informaciones que enlazan los dos consultores del Departamento de Justicia de los Estados Unidos son el estado de emergencia, la seguridad nacional, la afirmación de los poderes excepcionales y casi ilimitados del Presidente de los Estados Unidos (teniendo en cuenta que también es el comandante supremo de las operaciones militares).

Y en este contexto de excepcionalidad se procede a una redefinición audaz de la tortura, estableciéndose un umbral muy alto (equivalente al dolor causado por una lesión física) por debajo del cual no se puede hablar de la tortura y que se permite prácticamente todo.

En general, los argumentos suministrados y criticados rápidamente por los autores, muestran una voluntad para que aparezca la tortura como una práctica legal y que, por lo tanto, no debe permanecer sumergida, ocultada y atribuida de manera no explícita al poder ejecutivo. Por otra parte, si el Estado no hace este tipo de coacción (porque se afirma incluso la igualdad total entre la mera coacción y la tortura), esto no estaría cumpliendo su función de protección de los ciudadanos. El Estado debe tener la defensa propia, una especie de auto-defensa más amplia de lo que es para el individuo, teniendo en cuenta que las razones morales del primero prevalecen sobre las del segundo.

Los argumentos jurídicos también demuestran la abstracción del sistema de derecho positivo y su insuficiencia para oponerse a “nuevos enemigos”;

así aunque la Convención de Ginebra parece ser una referencia obsoleta, que no es capaz de responder a las necesidades que se derivan de la guerra contra el terrorismo. El hecho que, entonces, el sistema no contemple la tortura, mostraría incluso la presencia de un vacío. De nuevo los autores aprovechan para resaltar que, a través de estos tratamientos, y por medio de los argumentos que apoyan los mismos, los derechos humanos pierden su propia centralidad, además de su carácter de universalidad.

Creo que el elemento que surge con más fuerza, leyendo el libro, es la voluntad de quien lo escribió de rescatarse del pecado nacido en el momento mismo de hablar de ese tema. Para confirmar esto, existe la continua e incesante crítica a la indeterminación, a la futilidad, a la crueldad no sólo de la tortura, si no de todas las estrategias que en los últimos años están intentando hacerla algo legítimo, quizás antes sobre el plano moral y sobre el jurídico. La tortura por esa misma naturaleza es excesiva, no limitable, desproporcionada e impredecible. Ella tiene que ser rechazada en sentido absoluto porque, también en el momento en la que se acepta solamente un “poco” de tortura, pondríamos en duda cualquier sentido de justicia, violaríamos nuestras reflexiones morales y, en la batalla entre seguridad jurídica y total indeterminación, dejaríamos ganar a este última.

Como afirma Rawls, citado regularmente en el texto, no nos plantearíamos un elemento fundamental, o sea la singularidad de las personas; se relegaría la dignidad humana a un rol marginal, equiparándola a cualquier otro bien que pueda ser cuantificado, evaluado, calculado, meditado y balanceado. En virtud propia de la singularidad de las personas y del valor absoluto de la dignidad humana no podemos ir mínimamente hacia atrás y no podemos entonces aceptar de alguna manera que encuentre, en el mundo del Derecho, una práctica tan aberrante. Si lo hacemos, daríamos valor a los argumentos que de alguna manera intentaron dimensionar el problema para institucionalizarlo, para hacer que parezca un mal menor.

Pero un mal menor, como recuerdan los autores citando a Hannah Arendt, siempre es un mal.

IVAN VALIA
Università “Magna Graecia” de Catanzaro
e-mail: ivan.valia@hotmail.it