

Tortura, Derecho y el concepto de Derecho.

A propósito de *La justicia de la tortura.* *Sobre Derecho y fuerza de Massimo* La Torre, Madrid: Trotta, 2022**

I

En las estanterías de la Biblioteca Armando Olivares Carrillo de la Universidad de Guanajuato se encuentra un maltrecho ejemplar del *Practica causarum criminalium Do. Ludouici Carerii Rheginensis*. Se trata de un manual del año 1569 que se recomienda a toda aquella persona, “joven o vieja”, que desee instruirse en lo que las ordenanzas del Reino de Nápoles disponían en materia de crimen y evidencia. Dicho volumen se reputa beneficioso para conocer de la tortura como institución central en la “indagación de la verdad”, así como para el tratamiento específico de delitos como la herejía, homicidios y magnicidios. Sabemos, en efecto, que durante mucho tiempo –siglos, quizás– la tortura fue parte importante en la trama procesal (en la tradición romana o durante la Inquisición). De la misma forma, sabemos que uno de los triunfos de la Ilustración fue expulsar la cruel práctica de la experiencia jurídica. Tuvimos la impresión de un consenso sobre la necesidad de desterrarle para siempre. En los últimos tiempos, sin embargo, el debate que estaba superado en el Derecho, en tanto actividad que no podía legalizarse en ninguna circunstancia, en la filosofía moral o en la sociología, no se dio por zanjado. Comenzaron a proliferar estudios que cuestionaban el carácter absoluto de la prohibición. Se argumentó la legitimidad de poder infligir algún daño deliberado si de ello se derivaba un mal menor o algún beneficio colectivo.

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Guanajuato (México). Actualmente Investigador Visitante en el CEPC de Madrid. Este trabajo se realiza en el marco del año sabático concedido por la UG. Miembro del SNI-CONAHCYT (nivel 1). Contacto: fm.mora@ugto.mx ORCID ID: 0000-0002-9881-2730. Por su atenta lectura a esta reseña, doy gracias a la Dra. Alicia I. Saavedra-Bazaga y al Dr. Alejandro Nava Tovar.

** Recibido el 4 de agosto de 2023, aprobado el 15 de agosto de 2023.

Para citar la reseña: Mora-Sifuentes, F. M. “Tortura, Derecho y el concepto de Derecho. A propósito de *La justicia de la tortura. Sobre Derecho y fuerza* de Massimo La Torre, Madrid: Trotta, 2022”, en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 58, enero-abril de 2024, pp. 423-429.

DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n58.15>

El libro *La justicia de la tortura. Sobre Derecho y fuerza*, de Massimo La Torre, es un trabajo densamente argumentado a favor de la prohibición absoluta de la tortura. Se trata de una obra valiente que no se circunscribe a la sede jurídica, esto es, a la dogmática o jurisprudencia sobre el tema, sino que emprende una crítica que nos lleva a las más intrincadas discusiones en el plano moral. Cuando no pocos iusfilósofos voltearon la mirada ante los embates de quienes defendían la posibilidad de la justificar la tortura, preparando con ello el retorno del tormento a la ciudadela interna del Derecho, el profesor italiano se embarcó en una empresa que le ha tomado años de estudio y dedicación para refutarlos. Además de su defensa militante de la prohibición absoluta, este libro se caracteriza por incorporar una reflexión sobre la importancia que el concepto de Derecho tiene para moldear tanto la propia comprensión del objeto como su práctica. En efecto, nuestro autor se ha ocupado de revelar la dimensión coactiva, “el rostro malo”, del Derecho y cómo una concepción del Derecho como fuerza nos ofrece una visión distorsionada del fenómeno jurídico. En lo que sigue me propongo hacer una breve reseña del trayecto ofrecido por La Torre para destacar los elementos nucleares de su esfuerzo intelectual. Así, en un primer momento hablaré del contenido del libro y, luego, haré unas breves reflexiones a modo de conclusión.

II

La obra del profesor de Catanzaro tiene una estructura diáfana: va de la historia a la filosofía moral, de ésta al Derecho y luego al concepto de Derecho. Así, una de las partes más notables del primer capítulo son las páginas dedicadas a la reacción contra la tortura. En esas líneas, la figura de Friedrich von Spee refulge. El jesuita alemán es el precursor y primer sistematizador de los argumentos en contra de la terrible práctica. Su obra *Cautio criminalis seu de processibus contra sagas liber* se opuso a la quema de mujeres en la hoguera, en plena cruzada medieval contra las “brujas”. Siguiendo la crítica de von Spee, se explicita en esta parte una de las tesis nucleares: “la tortura es la tiranía máxima que puede padecer un individuo, destruye la propia subjetividad del ser humano y ya sólo por esa razón es irreconciliable con el Derecho” (p. 37). Son varios los argumentos a este respecto. En primer lugar, al convertir al ser humano en un animal y oponerlo contra su naturaleza, la “información” que se obtiene al torturar no tiene ningún valor cognitivo “más allá de la constatación de que el torturado no ha sido capaz de resistir el dolor que se le ha infligido” (p. 38). En segundo término, la tortura no se encuentra entre la violencia que legítimamente puede imponer el Estado a sus ciudadanos: “[L]os peligros que la tortura supone para la vida individual son ahora más graves que aquellos de los que el contrato social pretendía liberarnos y contra los cuales confiamos”. En tercer lugar, la tortura es una pena adelantada, un castigo que se inflige sin previo juicio. Por otra parte, corrompe la balanza y

la dialéctica procesal “porque concede más poder al acusador que al acusado”. El quinto argumento es que existe una incompatibilidad fenomenológica entre tortura y Derecho. La práctica del tormento no puede reglamentarse porque, en sí misma, es la arbitrariedad extrema: “rehúye cualquier prescripción objetiva, ya que se trata de una acción totalmente regida por la racionalidad instrumental. Su eficacia, en efecto, depende del hecho de que se presenta y se da como exceso” (p. 42). Todo este argumentario, sin embargo, ha sido puesto en duda por consideraciones de tipo consecuencialista. La “filosofía de la tortura” y sus variantes cierran este capítulo.

Sorprende la nómina de intelectuales que desfilan en las páginas del capítulo segundo y que, de alguna forma u otra, dieron pasos para la justificación de la tortura. Filósofos morales, politólogos, sociólogos o juristas fueron seducidos por el canto de las sirenas. Tras los atentados del 11-S en Nueva York, John Yoo y Jay Bybee reactualizaron las doctrinas schmittianas del amigo-enemigo y su decisionismo político, esto es, la soberanía definida “de nuevo como decisión existencial sobre el terrible estado de emergencia” a cargo del presidente George W. Bush Jr. ¿El resultado? La abolición nada más ni nada menos que del *habeas corpus*. Luego, el profesor italiano se concentra en el trabajo de Michael Moore, autodenominado “iusnaturalista” que, sin embargo, no duda en legitimar la tortura del inocente. Moore fue asesor del gobierno de los Estados Unidos durante la “guerra contra el terrorismo”, y su “deontología del umbral” eficazmente estudiada, al parecer, en Langley, Virginia. ¿Pero es la tortura realmente “tortura” cuando se realiza con la finalidad de salvar cientos de vidas? Rainer Trapp o Wolfgang Lenzen, a su manera, argumentan sobre esto último que denominan “tortura de salvación” (*Rettungsfolter*). Estrategias de este tipo apelan a cuestionar la intuición arraigada de que la tortura es injusta siempre. No obstante, si logramos dar un vuelco a la descripción de los hechos, proporcionamos más información de la que poseen las personas que juzgan, y, sobre todo, atendemos a la finalidad noble que se perseguiría (no se pretende *per se* hacer sufrir a la persona), muchos de nosotros –afirman– no dudáramos en considerar que la práctica del tormento estaría, en ciertos casos, legitimada. Una línea similar es la que adopta Winfried Brugger. Su punto nuclear es que si, en una situación previa, el torturado es siempre el verdugo de otro inocente, ¿qué nos lleva a considerar que la dignidad del primero vale más que la del segundo? ¿Acaso el Derecho no legitima disponer de los bienes jurídicos de otra persona –incluida su vida– en determinadas circunstancias? Tales planteamientos son confrontados con paciencia por Massimo La Torre, quien concluye este capítulo con el análisis de dos variantes de monstruosidad moral como vías de posibilidad ética de la tortura.

El capítulo tercero se centra en la teoría del Derecho de la tortura con una aproximación basada en derechos humanos. En sede jurídica, suele hablarse del carácter “absoluto” de los derechos precisamente para contraponerse a

prácticas como la tortura o la esclavitud. Así, el autor del libro considera que los derechos humanos son absolutos en el sentido de ser “inderogables”, a la manera de Ronald Dworkin como “ases” o “cartas de triunfo” (reglas). También lo serían porque remiten a una tesis antiescéptica, esto es, remiten a una moral universalista (p. 89). Luego se va a ocupar de las distintas estrategias argumentativas que se han ofrecido en el ámbito del Derecho para la legalización del dolor. Son cuatro: (1) redefinición; (2) analogía; (3) laguna y (4) ponderación. Esta última es quizá la que más confusión ha causado y en la que me quisiera detener un momento. Como La Torre observa, en la actualidad suele afirmarse más bien lo contrario, es decir, que los derechos fundamentales no son nunca “absolutos” toda vez que su lógica de aplicación es la de la ponderación y, sobre todo, “porque pueden y deben ceder ante la puesta en práctica de bienes colectivos”. Para el caso que nos ocupa, ello se traduciría en que deben ponerse en la misma balanza “dignidad con dignidad” (*Würde gegen Würde*), la dignidad del criminal torturado con la dignidad del inocente secuestrado:

La conclusión de este razonamiento es que el contenido y el sentido de la legislación positiva sobre tortura pueden y deben interpretarse teleológicamente. Se podrá determinar, por ejemplo, que la finalidad de la legislación correspondiente es la protección de la dignidad humana como bien colectivo, es decir, la tutela del mayor número posible de dignidades humanas consideradas de forma conjunta o de manera global (p. 101).

Esto explica por qué el autor de *La justicia de la tortura* se opone a entender los derechos más básicos como “mandatos de optimización”. Para La Torre, los derechos fundamentales se consignan en “reglas inderogables” y tal carácter “puede deducirse del propio texto de la disposición jurídica en la que están positivizados” (p. 106). Sobre este asunto diré algo en mis comentarios.

El capítulo cuarto trata del constitucionalismo contemporáneo y en qué medida ha supuesto un cambio de paradigma en la comprensión del fenómeno jurídico. El italiano distingue aquí entre un “constitucionalismo de los antiguos” y otro “de los modernos”. El primero se correspondería con la doctrina iuspublicista alemana de los siglos XVIII y XIX en que el Estado y su soberanía son previos a la Constitución. En él, el Estado y su ordenamiento jurídico “se dirigen” a sus *súbditos*, los derechos sociales se consideran mera retórica y, sobre todo, no se desarrolla una *vis* expansiva de principios constitucionales. La ambición del constitucionalismo de los modernos, en cambio, es construir “desde abajo” el orden jurídico, es decir, que sea resultado de la acción consciente, creativa y constitutiva de sus *ciudadanos*. Los contenidos constitucionales poseen en él un efecto irradiante para todo el sistema (*Dritt-wirkung*), los derechos sociales se conciben como el necesario complemento tanto de los derechos civiles como de los políticos; y, de manera relevante,

se desdibuja la tensión entre constitucionalismo y democracia. Con todo, el escenario donde las diferencias entre ambos modelos se aprecian de mejor forma es en el diverso tratamiento del estado de excepción. El argumento de La Torre en términos simples es el siguiente: para el “constitucionalismo de los antiguos”, en una lógica schmittiana, la Constitución, los derechos fundamentales o la división de poderes pueden sacrificarse para salvaguardar la estructura básica del Estado y su soberanía. Para el “constitucionalismo de los modernos”, en cambio, “no hay soberanía posible fuera de la Constitución, así que no habrá una soberanía o estatalidad primigenia que pueda manifestarse en términos excepcionales” (p. 123). En efecto, los derechos fundamentales mantendrán *siempre* su vigencia, “si bien pueden ser restringidos”, lo que hace que la subjetividad jurídica sea independiente de la soberanía. Ésta es la gran diferencia: “ninguna Constitución de los modernos podrá ser viable sin ciudadanos y ninguna ciudadanía será verdadera sin subjetividad y titularidad de derechos” (p. 125).

El último capítulo trata de la *vexata quaestio* del concepto y la naturaleza del Derecho. Massimo La Torre dedica estas páginas a desmenuzar la postura que al respecto defiende la tesis del Derecho como fuerza. En la opinión del profesor italiano esta posición tiene un doble problema. Por una parte, porque se trata de una noción extremadamente ambigua. Por otra parte, porque trasluce una tesis antropológica pesimista, del estilo *bad man* del realismo jurídico de O. W. Holmes. Y, sobre todo, para nuestro autor el Derecho concebido en esencia como fuerza o violencia, distorsiona profundamente el sentido del Derecho que no es otro sino el de suministrarnos un estándar común de conducta. El “rostro malo” del Derecho puede llegar no sólo a confundir más al *puzzled man* sino también a desdibujar su “rostro bueno”, esto es, el que afirma que en la naturaleza del Derecho está arraigada una pretensión de justicia o corrección. El profesor de Catanzaro estima que el concepto de Derecho es hermenéutico, no de tipo natural. Esto quiere decir que el mismo es dependiente de una práctica social y que se forma a través de su propia definición. “En cierto sentido –escribe–, el Derecho es su filosofía. El Derecho es lo que interpretamos y creemos que es” (p. 142). Por tanto, debemos ser muy cuidadosos con la manera en que conceptualizamos y pensamos el Derecho mismo porque es probable, en opinión del autor, que dicha conceptualización se traslade a su práctica:

Si definimos paradigmáticamente el Derecho como coerción, algunas prácticas sociales que, por ser demasiado coercitivas o radicalmente opuestas a la autonomía, al bienestar o a la dignidad de los sujetos, y que se excluyen generalmente con sentido común de lo que entendemos por Derecho, se considerarán incluidas en el mismo. Incluso podrían ser calificadas, de hecho, como sus elementos o instancias centrales. Este podría ser, por ejemplo, el caso de la esclavitud o de la tortura (p. 145).

III

No cabe duda de que estamos ante una obra relevante porque trata de un tema que no está superado. La tortura no pierde actualidad. Su autor es consciente que *de facto* la práctica del tormento no ha sido borrada nunca, pero si esto ya es lamentable mucho más lo son los intentos de legitimarla o, incluso, de legalizarla. Se trata, asimismo, de una obra polémica que no rehúye discutir las posturas que podrían llevar a estrategias legitimadoras en sede jurídica de la tortura. Destaca en este punto su oposición manifiesta a la ponderación: el profesor italiano se aleja o, mejor, pone una importante salvaguarda a la teoría de su admirado colega y amigo Robert Alexy. Ya en su *Nine Critiques to Alexy's Theory of Fundamental Rights* La Torre se muestra cauto con la caracterización de los derechos como mandatos de optimización y lo que ello supone –estima, retomando una conocida crítica de Jürgen Habermas–, para la pérdida de su carácter deontológico¹. Es verdad que dentro de la segunda escuela de Kiel ha sido un problema el encaje de “derechos absolutos” en un esquema que estructuralmente concibe los derechos constitucionales de forma “relativa”². Sin embargo, no estoy de acuerdo con la apreciación de que la teoría principialista tenga como finalidad buscar un resultado de este tipo. Tampoco creo que el objeto de censura del profesor italiano sea la teoría de Alexy. Son otros, claramente. Pero, dicho esto, hay que reconocer un hecho que no se nos puede escapar: que autores tan disímiles iusfilosóficamente hablando nos adviertan de que la ponderación como herramienta pueda utilizarse para tal fin debe ser una llamada de atención. En términos teóricos, no es fácil hacer espacio dentro del principialismo a la idea del carácter inderogable de ciertas normas constitucionales, en especial la dignidad humana. Ahora: que sea difícil no quiere decir que no se hayan ensayado algunas posibilidades en dicha sede. Así, para quien quiera mantenerse en los márgenes de la teoría alexyana, puede acudir, entre otras, a la estrategia de Martin Borowski de conceptualizar ciertos derechos como “relativamente absolutos” en el esquema de ponderación. Con ello se pretende asegurar el mismo nivel de protección que los derechos “ilimitables” suministran, pero

1 Véase: La Torre, M., “Nine Critiques to Alexy’s Theory of Fundamental Rights”, en: Menéndez, A. J. y Eriksen, E. O. (eds.), *Arguing Fundamental Rights*, Springer, Dordrecht, 2006, pp. 53-68.

2 Puede advertirse cierta deriva hacia lo “absoluto” en el pensamiento de La Torre. Así, por ejemplo, cuando afirma en *La justicia de la tortura* lo siguiente: “el neoconstitucionalismo puede ser considerado una teoría y práctica del gobierno limitado porque es al mismo tiempo teoría y práctica de un “gobierno absoluto”, en la medida en que el gobierno y el Derecho positivo estén *absolutamente* penetrados por las normas constitucionales y estas sean válidas de manera absoluta, dicho en el sentido de que tengan un contenido *esencial* inderogable e impregnen todas las relaciones jurídicas” (p. 114).

dentro del propio esquema ponderador, eso sí, siempre y cuando se traiga a colación el papel de la certeza sobre las premisas empíricas³.

Por lo demás, y como se ha dicho por varios comentaristas⁴, estamos ante una obra de primera línea que está comprometida con los mejores valores de la ilustración. Así, por una parte, su kantismo o estrategia deontológica resulta evidente, sobre todo, cuando el autor defiende lo que podríamos denominar la “primacía de lo humano” ante su eventual instrumentalización. También porque su “constitucionalismo de los modernos” planta cara tanto al decisionismo como a los abusos del poder ejecutivo, poniendo en el centro una visión republicana de la vida política. Y, finalmente –de manera más arriesgada para sus críticos–, porque La Torre defiende que el concepto de Derecho incorpora además una pretensión de progreso: “El Derecho presupone que sus actos producen un estado de cosas mejor del que existía con anterioridad a aquellos actos, resoluciones o reglas. El Derecho esboza un horizonte de sentido, en una perspectiva de progreso, en un camino puntual, aunque no necesariamente providencial, hacia lo mejor” (p. 151). En definitiva, la tortura como “forma radical de esclavitud”, “totalitarismo en miniatura” o “concentrado de opresión”, afecta a la totalidad de nuestro mundo normativo: destruye nuestra subjetividad moral, altera los hilos del equilibrio de poder, nos priva de nuestra ciudadanía, es opuesta al carácter de límite que posee el Derecho y no puede elevar ninguna pretensión de corrección o progreso. Ahora bien, y para concluir: ¿qué hacer ante el estado actual de cosas?, ¿qué hacer ante un mundo que en el ámbito jurídico o desde las esferas políticas reivindica la práctica del tormento? Dice con fuerza retórica el catedrático de Catanzaro: “[A]quí puede movilizarse la virtud del coraje, que es fundamental para materializar cualquier principio moral y, especialmente, político. En la búsqueda de un justo equilibrio entre libertad y seguridad, no deberíamos conducirnos como cobardes” (p. 148).

3 Véase: Borowski, M., “Derechos absolutos y proporcionalidad”, trad. de J. A. Portocarrero, *Revista Derecho del Estado*, n.º 48, 2021, pp. 297-339.

4 Debo destacar la presentación organizada en esta institución, la Universidad Externado de Colombia, en la que participaron María Elósegui Itxazo, Humberto Sierra Porto, Leticia Bonifaz Alfonso, Gonzalo Ramírez Cleves y César Mauricio Vallejo Serna. También debe mencionarse la auspiciada por La Torre del Virrey, en la Universidad Católica de Valencia, con intervenciones de Antonio Lastra, Ginés Marco, José Alfredo Peris y José Luis Villacañas Berlanga. Ambos actos contaron con la participación del autor de la obra y pueden verse por YouTube.