

TRES MODELOS LEGISLATIVOS SOBRE LA TORTURA

Three Legislative Proposals on Torture

Federico Abal*

Resumen

El debate acerca de la tortura puede dividirse, siguiendo la clasificación de McMahan, en dos niveles: teórico y práctico. En el primero se discute acerca de la permisibilidad moral de la tortura en circunstancias excepcionales y las características que la convierten en una práctica, *prima facie*, inmoral. En el segundo se evalúan las posibles consecuencias de diferentes modelos de legislación (absolutista, institucionalista y legalista) para dar una respuesta a las situaciones del mundo real. El presente trabajo se inscribe en este segundo nivel y se propone analizar críticamente las propuestas legislativas de Jeff McMahan y Alan Dershowitz. Asimismo, busca ofrecer una exploración preliminar de las ventajas del modelo legalista.

Palabras clave

tortura, absolutismo, institucionalismo, legalismo, McMahan, Dershowitz

Abstract

The debate about torture can be divided, following McMahan's classification, into two levels: theoretical and practical. In the first, there is a discussion about the moral permissibility of torture in exceptional circumstances and the characteristics that make torture a practice, *prima facie*, immoral. In the second, the possible consequences of different models of legislation intending to address the situations that obtain in the real world (absolutism, institutionalism and legalism) are evaluated. In this second level, this paper aims to critically analyze the legislative proposals of Jeff Mc-

Federico Abal, Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires. Correspondencia: Puán 480, 1406, Buenos Aires, Argentina. Fede201011@live.com.ar

* Agradezco especialmente los comentarios y críticas de las siguientes personas, que contribuyeron enormemente con la producción del presente trabajo: Dr. Facundo García Valverde, Dr. Leonardo de Mello Ribeiro y Paola Cardozo. Asimismo, agradezco las sugerencias de los dos *referees* anónimos de la revista *Isonomía*. Para la elaboración de este artículo conté con el apoyo de la Beca de Estimulo a las Vocaciones Científicas (EVC) del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN).

ISONOMÍA No. 46, abril 2017, pp. 63-106

Mahan and Alan Dershowitz. It also seeks to offer a preliminary exploration of the advantages of the legalistic model.

Keywords

torture, absolutism, institutionalism, legalism, McMahan, Dershowitz

I. Introducción

El debate sobre la tortura fue retomado luego de la serie de atentados terroristas contra las torres gemelas del World Trade Center y la sede del Pentágono en Virginia, ocurridos el 11 de Septiembre del 2001.

La persistencia del debate no es, según creo, producto de un interés meramente académico, sino de situaciones del mundo real que demuestra, mediante actos como los ocurridos en Madrid (2004), en Oslo (2011), en París (2015), en Bruselas (2016) o en Niza (2016), que existen situaciones de extrema gravedad que preferiríamos evitar.¹ La pregunta entonces es si la tortura puede ser justificada como un medio para prevenir ese tipo de situaciones que podrían generar un daño significativamente grande (por ejemplo, la muerte de cientos o miles de personas) y qué tipo de respuesta legislativa es adecuada para este desafío.

Siguiendo a McMahan (2008), el debate puede dividirse en dos niveles: teórico y práctico. En el nivel teórico, se busca determinar cuestiones tales como la permisibilidad moral (o no), absoluta o restringida, de la tortura apelando habitualmente a experimentos mentales. Discusiones sobre las características que debe presentar un daño para ser considerado un caso de tortura, también pueden colocarse en este nivel.

En el nivel práctico, se discuten ventajas y desventajas de diferentes modelos de legislación para dar una respuesta a las situaciones del mundo real. En este nivel, la discusión suele darse en relación a las consecuencias

¹ Me refiero a: los atentados perpetrados en la central de trenes de Atocha, con un saldo de 191 muertos; las explosiones y tiroteos en Oslo y Utøya, con un saldo de 77 muertos; los atentados ocurridos en París, luego del ataque a la redacción de la revista Charlie Hebdo, con un saldo de 137 muertos; los recientes hechos en el aeropuerto de Zaventem, con un saldo de 35 muertos; y la embestida de un camión cargado de armamento contra una multitud que celebraba el Día Nacional de Francia, en Niza, con un saldo de 85 muertos.

de las posibles actitudes que podemos tomar como comunidad política (sea nacional o internacional) respecto de la tortura.

El presente trabajo se inscribe en este último nivel. En la sección II precisaré la distinción entre ambos niveles. En la sección III, expondré críticamente los argumentos de McMahan a favor del modelo absolutista. En la sección IV, abordaré la propuesta institucionalista de Dershowitz. En la sección V, ofreceré una exploración preliminar de las virtudes del modelo legalista. Para las conclusiones espero haber demostrado, no sin problemas, la superioridad de uno de los modelos legislativos en disputa.

II. Los niveles del debate

1. Nivel teórico

Para precisar la distinción entre niveles cabe diferenciar los objetos de análisis de ambos. En el nivel teórico, se discuten, fundamentalmente, las características propias que distinguen a la tortura de otro tipo de daños, su permisibilidad moral y la factibilidad de una situación real que justifique su uso. Sobre cada una de estas cuestiones se han sostenido diversas posiciones.

a) Especificidad de la tortura

En relación a los rasgos distintivos de la tortura, se intenta determinar, por un lado, cuáles son aquellos elementos propios que la convierten en una práctica, *prima facie*, inmoral. Por otro lado, se busca establecer una definición explícita de lo que constituye un caso de tortura.

Algunos autores sostienen que la tortura es particularmente aberrante porque, a diferencia de lo que ocurre con, por ejemplo, los casos habituales de defensa propia, se dirige contra una persona indefensa y sin ninguna posibilidad de dañarnos en ese momento (Kaufman, 2008, p. 98; Juratowich, 2008, p. 87 y Shue, 1978, p. 130). Sussman (2005, pp. 3 y 30) ha señalado,

en cambio, que el principal rasgo que caracteriza su inmoralidad es que viola la autonomía de la persona volviendo a la víctima cómplice de su propia violación. Pueden encontrarse críticas a ambas caracterizaciones (Steinhoff, 2008 y McMahan, 2008, p. 120).

La búsqueda de una definición explícita de tortura que permita identificar claramente su ocurrencia resulta, también, problemática. No cualquier dolor físico o psicológico infligido intencionalmente sobre una persona parece constituir un caso de tortura (McMahan, 2008, p. 114). Asimismo, el empleo de una definición muy estrecha corre el riesgo de considerar un grupo muy reducido de actos de violencia extrema y no podría conceptualizar aquellos casos de tortura *lite* que suelen ser habituales, por ejemplo, en cárceles latinoamericanas.²

b) Permisibilidad moral

La pregunta acerca de la permisibilidad moral puede remontarse a Bentham, quien planteó una situación hipotética que pretende desafiar nuestras intuiciones morales en torno a la tortura. En ella, el único medio disponible para evitar la tortura de cientos de personas es la tortura sobre el individuo culpable de esa situación (Twining y Twining, 1973, p. 347).

Más recientemente, el experimento mental del “ticking time bomb” ha marcado los términos del debate acerca de la permisibilidad moral y recrea, en gran medida, las características del ejemplo de Bentham. Este consiste en un escenario hipotético en el que se han agotado todas las alternativas para extraer la información que un detenido culpable posee y que permitiría impedir un daño inminente y significativamente grave (e.g. la explosión de una bomba que asesinaría a cientos o miles).³

² El término “tortura *lite*” hace referencia a un conjunto de técnicas represivas que, a diferencia de las formas tradicionales de tortura, no mutilan el cuerpo de la víctima. Para un acercamiento al concepto de tortura *lite* ver Wolfendale, 2009 y Bellaby, 2015.

³ El experimento del “ticking time bomb” tiene diferentes presentaciones. En este caso, por su claridad, cito la formulada en el manual de la *Association for the Prevention of Torture*, “Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must say No to torture, always”, 2007. Disponible en http://www.ap.torture.ch/content/files_res/tickingbombscenario.pdf.

Frente a estos escenarios, puede distinguirse esquemáticamente entre dos posiciones: absolutista y no absolutista.⁴ Los absolutistas suelen esgrimir un compromiso con el deber negativo de no torturar, cuyo incumplimiento no admite compensación (Sussman, 2005, Juratowich, 2008 y Mayerfeld, 2008). Dado que la tortura es una violación a la dignidad humana y un ataque contra un individuo indefenso, sostienen, no puede justificarse su implementación aun si ésta es el único medio para evitar la muerte o la tortura de otros cientos o miles.

Los no absolutistas admiten la permisibilidad de la tortura en ciertas situaciones excepcionales, generalmente, por razones consecuencialistas. En el caso del “ticking time bomb”, por ejemplo, deben ponderarse las consecuencias de torturar al culpable (entre otras, la posibilidad de recabar la información necesaria) y las consecuencias de no hacerlo (entre otras, la muerte casi segura de cientos o miles). Los no absolutistas del nivel teórico constituyen un campo más heterogéneo que los absolutistas y han recibido múltiples críticas. Por razones de espacio, y dado que no es el tema que me compete, mencionaré brevemente dos objeciones centrales.

McMahan (2008, p. 116) y Wisnewski (2013, p. 117) han señalado que, si la permisibilidad de la tortura se justifica mediante la consideración de que es un “mal menor”, entonces pueden llegar a justificarse acciones moralmente repulsivas como torturar al hijo inocente de un terrorista, si es que de algún modo fuera útil para salvar la vida de otros inocentes.⁵ Esta crítica, como resulta evidente, es la aplicación de un clásico argumento contra el utilitarismo; el cual afirma que la maximización de ciertos valores (o de ciertos derechos) puede llevar a la violación de derechos fundamentales. Dentro del debate sobre la tortura esta crítica suele denominarse “pendiente resbaladiza”.

Otros autores creen que un correcto razonamiento consecuencialista debería, por el contrario, llevarnos a rechazar la tortura en cualquier caso, ya que habría que considerar, además de las consecuencias actuales, la posible proliferación de casos de tortura injustificada que podrían surgir en el

⁴ Utilizo las categorías “absolutista” y “no absolutista” porque permiten agrupar la mayor cantidad de posiciones en torno al debate sobre la permisibilidad moral de la tortura. No obstante, cabe mencionar la existencia de posiciones mixtas. Por ejemplo, Kramer, 2014, Cap. 3.

⁵ Algunos autores defienden la tortura sobre inocentes como último medio para evitar un daño significativamente grave. Véase Bagaric y Clarke, 2005, p. 614 y Anderson 2010.

futuro (Arrigo y Bufacchi, 2006, p. 367). Me detendré en esta crítica más adelante. En este punto solo cabe afirmar que los no absolutistas en el nivel teórico sostienen que la tortura puede ser permisible y para ello suelen asumir las condiciones del “ticking time bomb”, que excluye las posibles consecuencias a largo plazo e indirectas de las acciones en juego.

c) Factibilidad

La discusión sobre la factibilidad de una situación que recree un dilema similar al planteado por el experimento del “ticking time bomb” podría considerarse el límite entre los niveles teórico y práctico. Si bien se propone determinar la posibilidad de que nos enfrentemos con una situación semejante, no busca afirmar nada sobre qué debería hacerse en ese caso.

Algunos autores afirman que no es probable que se reproduzcan todos los rasgos del experimento (Wisnewski, 2008 y Brecher, 2008). Otros sostienen que podrían reproducirse los rasgos moralmente relevantes (Steinhoff, 2010). Escenarios como los citados al comienzo de este artículo brindan una razón a favor de la posibilidad real de un caso en que la tortura interrogacional podría ser considerada como opción.

2. Nivel práctico

La pregunta por la legislación más adecuada para responder a una situación como la descrita o, en otras palabras, por cómo deberíamos actuar en circunstancias reales, corresponde al nivel práctico.

En el nivel práctico, se ponen en discusión habitualmente tres modelos legislativos: uno absolutista que condena la tortura en cualquier caso, otro institucionalista que contempla la posibilidad de justificar su aplicación pero bajo ciertas condiciones de control judicial y un tercer modelo legalista que contempla la misma posibilidad pero rechaza la implementación de un diseño institucional específico para la tortura.

a) Absolutismo legislativo

La principal referencia en materia de legislación sobre tortura es la “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas y entrada en vigencia el 26 de Junio de 1987.

A esta se suman otras normas jurídicas en el plano internacional, como el artículo 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 7 y 10 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y otras de alcance regional, como el artículo 5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y el artículo 8 de la Carta Árabe de Derechos Humanos.

Amnistía Internacional (AI), la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) y las distintas organizaciones no gubernamentales nucleadas en la Organización Mundial Contra la Tortura (OMCT) son entidades que luchan por erradicar el uso de tormentos siguiendo los lineamientos establecidos por la legislación vigente. La Convención contra la tortura establece en su artículo 1:

[...] se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya 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 esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a 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.⁶

El artículo define qué tipo de actos deben ser considerados como formas de tortura. Como ya fue mencionado, esta clase de definiciones no están

⁶ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>

exentas de dificultades.⁷ También establece el alcance de la Convención, la cual solo legisla sobre los funcionarios públicos que ejerzan, instiguen o consientan la aplicación de tormentos y no sobre, por ejemplo, organizaciones no estatales.

Asimismo, no introduce distinciones sustantivas entre tortura interrogacional (“con el fin de obtener de ella o de un tercero información”), tortura terrorista (“intimidar o coaccionar a esa persona o a otras”) y tortura punitiva (“castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que haya cometido”). Todas ellas son igualmente sancionables.⁸ Este rechazo absoluto a cualquier forma de tortura se expresa claramente en el artículo 2:

En ningún caso podrán invocarse circunstancias excepcionales tales como estado de guerra o amenaza de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura.

Mediante la expresión “absolutismo legislativo” hago referencia al modelo legislativo expresado en este artículo, que afirma la imposibilidad de justificar la tortura en cualquier circunstancia. Esta posición en el nivel práctico puede ser defendida por absolutistas y no absolutistas del nivel teórico.⁹

⁷ En la Convención, dicha dificultad se manifiesta al afirmar que “no se consideraran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”. Esta definición habilita cierta ambigüedad sobre los casos más habituales de tortura *lite*, que suelen justificarse como consecuencias indirectas de acciones legales. Para un relevamiento actual de la situación de los derechos humanos en las cárceles argentinas, puede accederse al Informe Anual 2015 de la Procuración Penitenciaria de la Nación. Disponible en: http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/Informe%20Anual%202015_0.pdf. (esp. el cap. 4).

⁸ Para una detallada clasificación de tipos de tortura (extorsiva, sádica, discriminatoria, etc.) véase Kramer, 2014, cap. 2, sec. 2.2.

⁹ Cabe mencionar que este punto es materia de debate. Tal como señala Llobet Anglí, 2010, p. 21, algunos autores consideran que los convenios internacionales no son absolutos y habilitan las causas de justificación previstas habitualmente en el código penal. En este caso, relaciono el artículo 2 de la Convención con el absolutismo legislativo porque es esta la interpretación canónica que realizan las organizaciones que luchan contra la tortura (AI, APT, OMCT) sobre la legislación vigente; ver, por ejemplo: *Association for the Prevention of Torture (APT)*: <http://www.apr.org/en/convention-against-torture/>. No obstante, el tema abordado en el presente trabajo es independiente y previo a este debate jurídico. Para los autores que coincidan con las conclusiones que presento, a saber que la tortura puede ser una práctica moralmente permisible en circunstancias excepcionales, y consideren que los tratados internacionales recogen una prohibición absoluta de justificación

El absolutismo en el nivel teórico rechaza la permisibilidad moral de la tortura aun en aquellos casos en los que empleándola se obtendría una reducción global de personas torturadas. En términos de Pettit (1995), este tipo de absolutismo teórico, al ser una variante de no consecuencialismo, exige que las acciones de los estados y/o las personas ejemplifiquen un valor determinado (en este caso, no torturar), aun cuando esto cause una inferior realización del valor en general. Esta es la posición que sostienen, entre otros, Juratowich (2008, p. 81) y Scheppelle (2005, p. 287).

Otros autores reconocen la permisibilidad moral de la tortura en circunstancias excepcionales pero sostienen que una flexibilización de la legislación vigente conllevaría consecuencias indeseables. Estas posibles consecuencias indeseables incluyen la proliferación de casos de tortura injustificada (Waldron, 2005, McMahan, 2006, 2008 y Arrigo y Bufacchi, 2006), la formación de una casta de torturadores profesionales (Shue, 2006 y Wolfendale, 2006) y el quiebre de los valores de las democracias liberales (Luban, 2005 y Brecher, 2008). El espíritu de la legislación internacional actual, según estos autores, es apropiado considerando estos riesgos.

Abordaré la posición absolutista, específicamente la de McMahan, en la sección siguiente. En esta sección, solo cabe mencionar algunos problemas generales de la misma. En primer lugar, se reconoce ampliamente que la tortura es una práctica habitual y extendida en todo el mundo, aun bajo el absolutismo legislativo, y no es seguro que una legislación menos restrictiva que la vigente habilite una mayor proliferación de casos injustificados de tortura que los que se producen en la actualidad.¹⁰ Sostener dicha afirmación requiere al menos del relevamiento de algunas investigaciones empíricas que pueden ofrecernos un panorama más amplio so-

en materia de tortura, este artículo puede ser de utilidad para potenciales reformas (*lege ferenda*). Aquellos autores que rechacen esta interpretación absolutista y acepten mis argumentos, pueden fundamentar sus opiniones en el plano de la legislación vigente (*lege lata*). Para una interpretación no absolutista de la Convención contra la tortura que, en oposición a las conclusiones del presente trabajo, exige una resolución que declare terminantemente la imposible justificación penal de cualquier acto de tortura, véase De la Cuesta Arzamendi, 1989. Agradezco los valiosos comentarios del evaluador anónimo de la revista *Isonomía* en relación a este punto.

¹⁰ Para acceder a las cifras sobre la tortura actual en el mundo, ver: Informe 2014 de la Organización Mundial contra la Tortura (OMCT). Disponible en <http://www.omct.org/files/2015/08/23330/annualreportomct2014.pdf>

bre las características de la relación entre las personas, las instituciones y la legislación.

En segundo lugar, algunos absolutistas sostienen que la permisibilidad legal de la tortura exige cierto tipo de institucionalidad y la profesionalización de los torturadores y que es esta exigencia la que conllevaría consecuencias indeseables. Sin embargo, como sostendré, la posición institucionalista no es la única opción no absolutista en el nivel práctico.¹¹

En tercer lugar, precisar cuáles son los valores de la democracia liberal es una tarea compleja. Encontramos en la cultura política occidental valores que, bajo ciertas condiciones, pueden colisionar entre sí (e.g. el de proteger la vida de inocentes y el de no torturar o respetar la integridad física de los individuos) y suponer la primacía de unos sobre otros, sin consideración de las consecuencias, implicaría cancelar el debate y sumirlo en un nivel de abstracción impropio para el nivel práctico. Por otro lado, el absolutismo legislativo no ha impedido que, de acuerdo al informe de Amnistía Internacional, 141 países de todas las regiones registren casos de tortura, 44% de personas encuestadas temen ser torturadas al ser detenidas y un 36% cree que la tortura puede justificarse.¹² Siguiendo estas cifras pareciera que el quiebre de los valores democráticos liberales, si es que pueden determinarse en el sentido que pretenden algunos absolutistas del nivel práctico, ya se ha producido.

b) Institucionalismo

Algunos autores han cuestionado el absolutismo legislativo y planteado modelos alternativos para abordar la tortura. Uno de esos modelos recibe el nombre de “institucionalista” y sostiene que la tortura, para emplearse correctamente, requiere de cierto tipo de diseño institucional que garantice transparencia, eficiencia y legitimidad. Alan Dershowitz es el principal defensor de esta propuesta y se ha involucrado activamente en el debate (2002, 2002b, 2003, 2004).

¹¹ Esto ha sido señalado por Wisniewski, 2009.

¹² Fuente: Amnistía Internacional. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/campanas/stoptortura/>

Dershowitz propone la introducción legal de permisos judiciales (“*torture warrants*”) *ex ante* para torturar. Según Dershowitz, una autoridad pública (preferentemente un juez) debería encargarse de evaluar la permisibilidad de la tortura según determinados criterios previos públicamente aceptados y expedir un permiso para su utilización, de ser solicitada (Dershowitz, 2003, p. 277).

La razón central a favor de este modelo consiste en la afirmación de que, mediante un procedimiento institucionalizado de permisos judiciales *ex ante*, la frecuencia del uso de la tortura disminuiría y su uso excepcional sería más eficiente y transparente.

Nótese que esta posición solo podría ser sostenida por un no absolutista del nivel teórico; dado que, aun si resultara cierto que la institucionalización reduciría la cantidad de casos de tortura, no es admisible para un absolutista del nivel teórico trazar una distinción entre tortura legítima (institucionalmente permitida) e ilegítima (institucionalmente no permitida).

c) *Legalismo*

No es seguro que la institucionalización permita obtener los beneficios que Dershowitz le atribuye. Tampoco puede garantizarse que este modelo no introduzca otro tipo de problemas.

Varios autores consideran que la institucionalización es un paso innecesario y perjudicial para una revisión del absolutismo legislativo (Gross, 2004, Allen, 2005, Steinhoff, 2006, Allhoff, 2011). El modelo “legalista” afirma que pueden existir casos en los que la tortura debe ser permitida, pero que dichos casos son excepcionales y que no es necesario rediseñar nuestras instituciones para enfrentarlos.

Este modelo sostiene que el modo más adecuado para abordar esas situaciones es mediante una justificación *ex post* que exculpe a los responsables de la implementación de la tortura. En otras palabras, para la alternativa legalista, la tortura es punible hasta que se demuestre lo contrario. La siguiente cita de Jonathan Allen resume claramente esta posición.

En mi opinión, la tortura puede ser una decisión trágica excusable en circunstancias extremas. Estas circunstancias son tan excepcionales que no justifican asumir el riesgo de incorporar la tortura a nuestro sistema legal. Los individuos que torturan con el objetivo de impedir un daño significativamente serio, deben enfrentar un escrutinio público y penas – incluso cuando tenemos buenas razones para creer que actuaron en nombre de la seguridad pública. En algunos casos (pero ciertamente no en todos), dichas penas serían suspendidas, minimizadas, o perdonadas. Pero la prohibición general contra la tortura se sostendría (Allen, 2005).¹³

De este modo, la distinción entre los modelos legislativos no absolutistas (legalista e institucionalista) radica en el momento en que estipulan debe juzgarse la permisibilidad. Mientras el institucionalista exige un permiso judicial previo para la tortura, el legalista evalúa su permisibilidad posteriormente.

Cabe mencionar aquí un debate que excede los alcances del presente trabajo pero que ha merecido la atención de diversos autores, especialmente dentro del ámbito jurídico. Este debate refiere a la distinción entre “justificación” y “exculpación” (Palermo, 2011, p. 132). Esta distinción, cara al derecho penal, diferencia entre la evaluación de aquellas acciones que se producen en el marco de un conflicto entre bienes desiguales (que podrían caer dentro del ámbito de la justificación) y las que se producen en el marco de un conflicto entre bienes de igual valor (que podrían caer dentro del ámbito de la exculpación). Tal como señala Llobet Anglí (2010, p. 22), existen diversas opiniones respecto del tipo de evaluación que debiera realizarse sobre la tortura en el caso de que fuera utilizada como último recurso para evitar un daño significativamente grave y el tipo de figura legal (e.g. estado de necesidad, legítima defensa) que le correspondería.

Considero que este debate merece un tratamiento especial que por razones de espacio no puedo abordar. Sin embargo, asumo que las conclusiones que presento son independientes a este asunto. Concretamente, la exploración preliminar sobre las ventajas del modelo legalista que ofrezco en la sección 5 pueden ser de utilidad para aquellos autores que sostienen

¹³ Todas las citas de este trabajo son traducciones propias.

que la tortura puede ser justificable *ex post* (Allhoff, 2011, p. 233) y para aquellos que sostienen que puede ser solo excusable *ex post* (Allen, 2005).

3. *Acerca de la permeabilidad entre niveles*

La distinción entre el nivel teórico y el práctico puede formularse en los términos clásicos de Max Weber, quien en “*El político y el científico*” distingue entre una ética de la responsabilidad y una ética de la convicción. Mientras la última apela a principios y obligaciones morales inmodificables, la primera es la que corresponde para el ámbito político y se rige por la ponderación de las consecuencias previsibles de las acciones.¹⁴

Por supuesto, esta distinción puede ser objetada. Desde el consecuencialismo, por ejemplo, podría decirse que la ética de la responsabilidad es la única moralmente relevante. Sin embargo, creo que la distinción permite ilustrar ambos niveles. Mientras en el nivel teórico se afirma o niega la permisibilidad moral de la tortura tomando en consideración un caso hipotético aislado, en el nivel práctico deben tomarse en cuenta otros elementos empíricos y las consecuencias futuras de los cursos de acción disponibles. En este sentido, varios autores sostienen que dadas las condiciones actuales (de nuestras instituciones y/o de nuestra psicología y/o de la correlación de fuerzas vigente) debemos adoptar un punto de vista absolutista en el ámbito jurídico, independientemente de los compromisos que asumamos en el nivel teórico. Me detendré en esta posición cuando evalúe la propuesta de McMahan.

Dado que la discusión en nivel práctico se reduce a una comparación entre las posibles consecuencias de la adopción de cada uno de estos modelos, parece necesario recurrir al apoyo de otras disciplinas empíricas. Comparto, en este sentido, la opinión general de Rivera López quien argumenta que la elaboración de teorías normativas sobre problemas prácticos concretos, si pretende ser conducente, no puede prescindir de la contribución de aportes empíricos (2007, p. 318).

En este punto, es preciso aclarar que aunque puede trazarse una línea divisoria entre los niveles por su objeto de análisis a fines expositivos, eso

¹⁴ Michael Walzer (1973, p. 167) retoma esta distinción clásica weberiana.

no implica asumir la inexistencia de puntos de conexión entre ambos. En primer lugar, dadas las características que suele presentar el absolutismo dentro del nivel teórico (a saber, la defensa de un compromiso con el deber negativo de no torturar) puede afirmarse que solo el modelo legislativo absolutista resultaría aceptable para dicha posición. Por esta razón, el nivel práctico es un espacio de discusión, casi exclusivamente, para no absolutistas del nivel teórico. Por el contrario, es posible adoptar una posición no absolutista en el nivel teórico por razones consecuencialistas y, por las mismas razones, una absolutista en el nivel práctico.

En segundo lugar, la discusión acerca de la permisibilidad moral puede servir para identificar aquellos casos en los que la tortura podría resultar admisible y guiar políticas públicas, si es que se acepta una posición no absolutista en ambos niveles.

Inevitablemente, las afirmaciones en el plano teórico permean el debate en el nivel práctico aunque analíticamente puedan distinguirse por sus respectivos objetos de discusión, tal como se acostumbra en la literatura filosófica. Esta permeabilidad resulta comprensible al tratarse de dos niveles de debate moral.

Hasta aquí, he presentado sucintamente los principales temas discutidos en el debate actual. En las secciones siguientes, solo me referiré al nivel práctico y a los problemas relacionados a los modelos legislativos.

Como resultará evidente, el presente trabajo reviste un cariz normativo. No me propongo realizar un abordaje de la jurisprudencia o legislación vigente, sino analizar los argumentos que han sido esgrimidos en el debate filosófico acerca del nivel práctico.

III. Absolutismo legislativo: la posición de McMahan

Varios autores reconocen la permisibilidad moral de la tortura en circunstancias excepcionales pero sostienen que una flexibilización de la legislación vigente conllevaría consecuencias indeseables. Esta defensa consecuencialista del absolutismo legislativo es mayoritaria dentro del

debate filosófico actual y encuentra en McMahan uno de sus más claros exponentes.

En el nivel teórico, McMahan afirma que la tortura puede ser moralmente justificable en términos de una distribución justa del daño. En este sentido, un individuo que expone a otras personas a daños severos se vuelve moralmente responsable del daño al que será sometido para evitar el sufrimiento de quienes serían dañados por él. Este tipo de argumentación permite evitar, según McMahan, las objeciones de “pendiente resbaladiza” que surgen al adoptar una justificación de la tortura en términos consecuencialistas o de “mal menor” (McMahan, 2008, pp. 117-118).

Asimismo, este enfoque permite justificar la permisibilidad moral de la tortura aun en aquellos casos en los que no es claro que el daño a evitar es lo suficientemente grave en términos puramente consecuencialistas; por ejemplo, si debemos torturar a dos individuos culpables para evitar la tortura de otro individuo inocente (McMahan, 2006, pp. 243-244).

En el nivel práctico, McMahan considera que aunque sea posible encontrar casos en los que la tortura es moralmente permisible, hay razones morales para resguardar el absolutismo legislativo. McMahan argumenta que una legislación más permisiva, que se propusiera aceptar el uso de tortura solo en aquellos casos excepcionales donde estuviera justificada, llevaría consigo una proliferación indeseable de casos de tortura injustificada o injusta.

Considerando este riesgo, es más importante resguardar a los inocentes de posibles casos de tortura injusta y continuar con el modelo legislativo vigente que promover reformas que permitan su uso excepcional:

Es el deber de toda persona decente oponerse a la legalización o a la institucionalización de la tortura. No porque la tortura sea absolutamente inmoral, sino por la razón que he dado: es más importante, moralmente, prevenir la tortura de inocentes que conceder un privilegio legal para torturar en aquellos casos excepcionalmente raros en los que sería moralmente permisible. Incluso como una cuestión táctica, resulta más conveniente basar la oposición a la tortura como practica sobre estas razones, y no persistir en la idea de que la tortura es absolutamente inmoral (McMahan, 2013, p. 9).

Si cualquier intento de flexibilizar la legislación actual permitiera la proliferación de casos de tortura injusta, existiría una poderosa razón para oponerse. No obstante, dicha afirmación requiere una fundamentación. McMahan ofrece distintas razones para mostrar que un modelo legislativo no absolutista acarrearía consecuencias indeseables.

Dado que, como señala Dershowitz (2003, p. 279), el debate sobre la tortura ha estado atravesado por las tergiversaciones y las malas interpretaciones, procederé identificando los argumentos de McMahan por separado y presentando algunas objeciones para cada uno de ellos, individualmente.¹⁵

1. Argumento histórico

El argumento histórico como crítica a una alternativa legislativa no absolutista sostiene que, dado que históricamente el uso de la tortura ha sido moralmente injustificable, cualquier legislación que habilite dicha práctica llevaría a una proliferación de estos casos injustos (McMahan, 2013, p. 8).

Tal como señala McMahan, el hecho de que resulte difícil encontrar casos de tortura moralmente justificable a lo largo de la historia muestra que las personas que tienen fines justos habitualmente rechazan el empleo de una práctica tan extrema y, *prima facie*, reprobable (McMahan, 2008, p. 125).

Dado que la tortura presenta ciertas características (algunas de ellas mencionadas en la sección II.2.a) que la convierten en una alternativa digna de ser considerada exclusivamente frente a un daño significativamente grande que podríamos evitar mediante su uso, este rechazo habitual e intuitivo es valioso desde un punto de vista práctico.

Sin embargo, el argumento no muestra que la tortura no podría ser usada para fines justos. Como señalé anteriormente, el experimento mental del “ticking time bomb” es empleado para probar que podrían existir circunstancias en las cuales la tortura interrogacional resultaría el único medio disponible para lograr un fin valioso.

¹⁵ Los nombres de los argumentos son de mi autoría y están dispersos en los tres artículos citados en este trabajo.

Independientemente de los casos hipotéticos, es posible rastrear algunos ejemplos históricos en esta dirección. Según Andrew Roberts, el uso de técnicas violentas de interrogación es una práctica históricamente habitual durante el desarrollo de conflictos bélicos (aunque no por eso menos cuestionable) y resultó especialmente útil para que el desenlace de la Segunda Guerra Mundial fuera favorable al bando de los Aliados. En aquella ocasión, el Servicio de Inteligencia Británico (SIS) descubrió a 19 espías nazis que filtraban información hacia Berlín y los forzó a participar de la denominada Operación Fortaleza (*Operation Fortitude*).¹⁶ La Operación Fortaleza, que es recordada como la más grande operación de engaño estratégico en la historia de la guerra, consistió en obligar a los espías nazis capturados, mediante tortura (que incluyó privación del sueño, abuso físico y mental), a transmitir a sus superiores información errónea sobre el lugar en el que se efectuaría el desembarco de Normandía. El resultado de dicha estrategia fue exitoso, miles de soldados aliados salvaron su vida y el desembarco posterior significó el comienzo del fin del poderío militar nazi.

Uno de los ejemplos históricos más citados sobre un posible uso moralmente justificado de la tortura es el de Abdel Hakim Murad. Murad era un miembro de Al Qaeda, detenido en Filipinas en el año 1995 y sometido a tortura durante 67 días. Luego de semejante sometimiento, Murad confesó la existencia de un plan para hacer explotar 11 aviones estadounidenses y asesinar al Papa.¹⁷

En términos más generales, cabe señalar como segunda objeción que no es seguro que una práctica históricamente empleada para fines injustos siempre sea utilizada con esa misma motivación. Aunque, indudablemente, dicha información histórica constituye una buena razón para reforzar nuestros controles y ser más cautelosos sobre el uso de esa práctica, no es señal de que esta no pueda justificarse moralmente.

Consideremos el caso del intervencionismo militar. La intervención de fuerzas militares de un estado en el territorio de otro ha sido, al menos durante gran parte del siglo XX, producto de decisiones unilaterales de regímenes (democráticos o no) que pretendían hacerse con los recursos

¹⁶ Roberts, 2009.

¹⁷ Este caso ha sido ampliamente discutido, véase Luban, 2008, y Rejali, 2007, p. 507.

naturales de otros países y/o derrocar gobiernos que constituían un riesgo para sus propios intereses.

Aunque las justificaciones para las intervenciones en la arena pública usualmente apelaron a razones de seguridad nacional o violaciones sistemáticas de los derechos humanos por parte de los gobiernos de los países intervenidos, hay una multiplicidad de casos en los que dichos motivos no fueron más que una farsa y en los que las consecuencias resultaron perjudiciales para los propios habitantes locales, incluyendo una mayor violación de sus derechos. Solo basta mencionar como ejemplos las intervenciones militares en Corea (1950) y Vietnam (1964) por parte de Estados Unidos, la invasión de Irak (2003) llevada a cabo por una coalición formada por Estados Unidos, el Reino Unido, España, Australia y Polonia, o la intervención del ejército de la Unión Soviética en Checoslovaquia (1968).

A pesar de estos datos, el intervencionismo militar también ha permitido la interrupción de regímenes que llevaban adelante un genocidio contra un sector de la población. Tal es el caso de la intervención de Vietnam en Camboya (1978), que dio fin a la dictadura de los denominados Jemeres Rojos.

Una tercera objeción al argumento histórico es que no muestra que una legislación no absolutista llevaría a una mayor proliferación de casos de tortura injusta que la legislación vigente. La tortura es una práctica extendida en el mundo, aun bajo el absolutismo legislativo.

Puede afirmarse razonablemente que los defensores de una legislación absolutista exigirían la implementación de mecanismos de control más eficientes, que cumplan efectivamente con la prerrogativa de impedir el uso de la tortura bajo cualquier circunstancia y en cualquier lugar. De hecho, este es un reclamo recurrente de las organizaciones que luchan por la erradicación de la tortura en el mundo. Sin embargo, los defensores de un modelo legislativo no absolutista (legalista o institucionalista) también exigen mecanismos de control eficientes que permitan la tortura solo en aquellos casos en los que es moralmente requerida.

McMahan debe mostrar que hay buenas razones para creer que un modelo no absolutista no podría cumplir con dicho requisito y que llevaría, aun cuando no se lo propusiera, a una proliferación de casos de tortura injusta. Para ello, el argumento histórico es insuficiente.

2. Argumento de los regímenes injustos

El argumento de los regímenes injustos puede dividirse en dos partes. En primer lugar, McMahan sostiene que una legislación no absolutista llevaría a una proliferación de casos de usos moralmente injustificables de tortura, ya que no podría garantizar que los estados poderosos, en el caso de torturar injustamente, serán sancionados (McMahan, 2008, p. 124).

Aun si consideramos que existen circunstancias extremas en las que la tortura debería ser permitida y quisiéramos modificar la legislación vigente de modo que permitiera su uso en esas circunstancias excepcionales, es razonable suponer que los estados poderosos pretenderían traspasar ese límite, torturar injustamente y, dado su poder político, impedir cualquier castigo sobre ellos.

Sin duda, el caso más emblemático en este sentido es el de la prisión de Guantánamo, que continua en funcionamiento a pesar de las numerosas manifestaciones en su contra por parte de organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que denuncian las recurrentes violaciones a los derechos humanos que las fuerzas de seguridad de Estados Unidos cometen contra los detenidos.

En segundo lugar, McMahan afirma que una legislación no absolutista, al igual que la vigente, tendría un alcance global y legislaría sobre regímenes totalitarios que probablemente utilizarían la tortura como un recurso para someter aun más a los ciudadanos dentro de su territorio.

Dado que la tortura no es una práctica que podríamos legalmente permitir solo a los gobiernos que creemos la usarán exclusivamente en casos moralmente justificables (suponiendo que pudiéramos identificarlos previamente), la mejor opción es prohibirla de manera absoluta y categórica (McMahan, 2006, p. 247, y 2008, p. 126).

Consideremos el caso del genocidio cometido por el gobierno de Ruanda, hegemonizado por la etnia hutu, que asesinó alrededor de 800.000 personas de la etnia tutsi. Cualquier legislación que otorgara algún tipo de facilidad o legitimidad en el uso de tortura a este tipo de regímenes sería moralmente condenable.

Sin embargo, actualmente, la tortura es utilizada injustamente por países considerados democráticos y otros considerados totalitarios, aun bajo una legislación global absolutista.

Indudablemente, resulta necesario reforzar los controles y castigar a estos estados, independientemente de su poderío económico o político. No obstante, dicho requisito, como señalé anteriormente, es exigible a cualquier modelo legislativo, absolutista o no absolutista. El argumento de los regímenes injustos no muestra que una legislación no absolutista satisfaría dicho requisito peor que el absolutismo vigente.

Es cierto que, al igual que en el argumento histórico, conocer qué países presentan antecedentes en violaciones sistemáticas de los derechos humanos puede resultar útil para determinar sobre qué gobiernos deben extremarse los controles y los castigos.

De igual modo, aquellos países que no cuentan con una sólida democracia que permita el libre funcionamiento de organizaciones civiles y partidos políticos deberían, bajo cualquier modelo legislativo, estar más controlados, ya que carecen del tipo de entidades que, habitualmente, denuncian las prácticas ilegales del aparato represivo de sus respectivos países.

Estas dos partes del argumento de los regímenes injustos, especialmente la primera, parecen otorgarle un status de invariabilidad a las relaciones de fuerza entre los estados.

Sin embargo, si la premisa empírica de la primera versión es cierta y los estados poderosos pueden apelar a su poder político y económico para torturar injustamente y eludir las sanciones correspondientes, pueden proponerse reformas en las instancias internacionales de toma de decisiones a fin de neutralizar dicha desigualdad en el poder de influencia.

Esto no implica desconocer el hecho de que una modificación en las relaciones de fuerza entre los estados conllevaría múltiples dificultades e incluso que, mientras no sean modificadas, cualquier intento de proponer una legislación referida a la tortura diferente a la actual podría resultar muy riesgoso y podría permitir consecuencias indeseables, como las señaladas por McMahan.

En este punto, simplemente busco señalar que una vez que se acepta en el nivel teórico que hay ciertas circunstancias en las que la tortura es moralmente justificable como medio para impedir un daño significativamente grave (tal como acepta McMahan), en el nivel práctico debemos, de ser posible, llevar adelante las reformas necesarias para permitir ese tipo de usos excepcionales y evitar la proliferación de casos de tortura injustificada.

Dichas reformas pueden ser difíciles de implementar pero son posibles de ser realizadas mediante acciones voluntarias por parte de agentes concretos.

El argumento de los regímenes injustos no muestra que una legislación no absolutista llevaría a una proliferación mayor de casos de tortura injustificada que los que se registran bajo el absolutismo legislativo. Simplemente afirma la influencia del poder de los estados poderosos y/o totalitarios para evitar los controles y las sanciones.

Como he señalado, esta influencia está presente bajo el absolutismo legislativo; no es seguro que tenga una relevancia mayor bajo una legislación no absolutista y podría ser neutralizada mediante reformas internacionales, exigibles bajo cualquier modelo legislativo.

3. Argumento psicológico

El argumento psicológico afirma que, en las condiciones actuales, un modelo legislativo no absolutista llevaría a quienes tengan la facultad de torturar a buscar una justificación moral para hacerlo, aun en aquellos casos en los que no estuviera justificado (McMahan, 2008, p. 124).

Diversos autores han señalado que un permiso para torturar produciría un efecto nocivo en las fuerzas de seguridad de los estados, las cuales tenderían a hacer un uso abusivo y arbitrario de la tortura; por ejemplo, empleándola con fines sádicos o punitivos o considerándola como una opción válida sin haber agotado todas las alternativas menos extremas disponibles para obtener la información requerida (Arrigo, 2004, Rejali, 2007, Constanzo y Gerrity, 2009).

En otras palabras, el argumento psicológico sostiene que un modelo legislativo no absolutista introduciría una modificación en la psicología moral de los individuos, especialmente en la de los potenciales torturadores, que los llevaría a percibir la tortura como un recurso más entre otros, potenciando un uso indiscriminado y desconociendo la inmoralidad *prima facie* de su accionar.

A diferencia del argumento de los regímenes injustos, que enfatiza el rol de la relación de fuerzas vigente entre los estados, el argumento psicológico destaca un rasgo más estable de la vida social y, en principio, inmodificable voluntariamente. La reacción psicológica de los individuos frente a una legislación no absolutista (suponiendo que pudiéramos determinarla) no puede ser modificada por alguna reforma específica que algún agente concreto podría llevar adelante y, por lo tanto, no corresponde prescribir ninguna acción en esa dirección.

Si este argumento presentara un respaldo empírico considerable, debería ser especialmente tenido en cuenta por los críticos del absolutismo legislativo. Sin embargo, aunque la información empírica disponible muestra que, efectivamente, la práctica de la tortura produce consecuencias serias y permanentes en torturados y torturadores (Wolfendale, 2006, Basoglu, Livanou y Crnobaric, 2007 y Constanzo y Gerrity, 2009), no muestra que cualquier legislación no absolutista promovería una proliferación de casos de tortura injusta, producto de una desaprensión frente a dicha práctica por parte de los potenciales torturadores. En la sección siguiente, haré referencia a algunas investigaciones de psicología social que evidencian los riesgos de la institucionalización. No obstante, como ya fue señalado, el modelo institucionalista no es la única alternativa al absolutismo.

El argumento psicológico no prueba que todo modelo no absolutista produciría las consecuencias indeseables a las que hace referencia, ni que las produciría en mayor grado que las que tienen lugar bajo el absolutismo legislativo actual; por ejemplo, no es claro que un potencial torturador sentiría una mayor desaprensión por la tortura bajo un modelo legalista que la que experimentaron las fuerzas militares estadounidenses dentro de la prisión de Abu Ghraib.¹⁸

¹⁸ Para una aproximación a la tortura dentro de la prisión de Abu Ghraib, véase Greenberg y Dratel, 2005.

Finalmente, una objeción a este argumento ha sido presentada por Allhoff (2011, p. 219). Para Allhoff, una legislación absolutista expone a los individuos que se enfrentan a una situación extraordinaria en la que la tortura se presenta como la única opción disponible para evitar un daño significativamente grave, a una disyuntiva injusta. Dichos individuos deberían optar entre actuar como es moralmente requerido o su propia libertad, ya que bajo el absolutismo legislativo serían condenados aun si mediante su accionar se hubiera evitado la muerte o la tortura de cientos o miles.

Es posible que someter a los potenciales torturadores a semejante disyuntiva resultara útil, si permitiera evitar otros potenciales casos de tortura injusta. Sin embargo, los datos evidencian que el absolutismo legislativo no ha garantizado ese resultado y no es seguro que un modelo alternativo promovería consecuencias peores.

Cabe mencionar que el propio McMahan se muestra dubitativo sobre qué tipo de sanción debiera recaer sobre el torturador justo. McMahan sostiene que frente a posibles casos de tortura justa, los responsables deben ser juzgados y, o bien excusados o bien condenados a una pena considerablemente baja (2013, p. 11).

El modelo legalista sostiene una posición similar al proponer una condena general al uso de la tortura y su posible excusabilidad para casos excepcionales. Esta alternativa no absolutista también podría admitir distinciones entre sanciones para casos de tortura; por ejemplo, si se presentará una situación extrema en la que el único medio disponible para evitar un daño significativamente grave es la tortura de un inocente, un modelo legalista podría, de todos modos, condenar al responsable aun cuando su accionar permitiera el rescate de cientos o miles.

La discusión sobre qué casos de tortura podrían ser moralmente justificables y, entre estos, cuales merecerían ser excusables corresponde al nivel teórico del debate. Aunque esta posición de McMahan parece alejarlo del absolutismo legislativo, en otros textos afirma que los torturadores justos deben ser considerados como desobedientes civiles y, como tales, les correspondería ser condenados. Según McMahan, dado los riesgos del establecimiento de un modelo no absolutista y los beneficios globales del absolutismo legislativo, los individuos que se enfrentan a la disyuntiva

injusta señalada por Allhoff deben sacrificarse en nombre de la moralidad (McMahan, 2006, p. 248).

La evidencia empírica disponible no brinda sustento al argumento psicológico para desacreditar cualquier modelo legislativo no absolutista. No obstante, como señalaré en la sección siguiente, ofrece buenas razones para no optar por uno del tipo institucionalista.

Asimismo, el argumento psicológico no parece considerar el hecho de que un modelo legislativo no absolutista condenaría los casos de tortura injusta y arbitraria, y que no es seguro que tendría más inconvenientes que el modelo vigente para aplicar sanciones y castigos.

4. Argumento inherentista

El argumento inherentista descansa sobre una presunción de sentido común; a saber, que la existencia de un permiso legal para realizar una práctica, facilita una multiplicación de instancias en las que es utilizada (McMahan, 2008, p. 125).

Dado que la tortura es *prima facie* inmoral y que solo sería justificable como último recurso en circunstancias excepcionales, dicha multiplicación implicaría, probablemente, un aumento de los casos de tortura injusta. Sin embargo, no es obvio que un permiso legal para realizar una determinada acción implique, por sí solo, un mayor uso de la misma. Consideremos las dos posibles legislaciones no absolutistas en discusión y evaluemos si toda práctica legalizada o institucionalizada produce las consecuencias indeseables supuestas por el argumento de McMahan.

En primer lugar, puede mencionarse la situación legislativa global en relación al aborto. Según la OMS, entre 2010 y 2014 se produjeron anualmente, en promedio, 56 millones de abortos (tanto seguros como peligrosos) en todo el mundo.¹⁹ Sin abrir juicio sobre la moralidad de la interrupción voluntaria del embarazo, las investigaciones del Instituto Guttmacher muestran que los países que adoptaron una legislación más permisiva sobre el aborto han reducido considerablemente el número de

¹⁹ Fuente: Organización Mundial de la Salud (OMS), nota descriptiva, mayo 2016. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>.

abortos realizados en los últimos 25 años (de 46 a 27 por cada 1000 mujeres en edad fértil). Mientras que aquellos países que penalizan dicha práctica mantuvieron una cifra prácticamente estable de abortos anuales (de 39 a 37).

No obstante, dado que las políticas más permisivas han sido adoptadas por países desarrollados, dicha reducción es atribuible a dos factores independientes a la legislación sobre el aborto, a saber, a un mayor y mejor acceso a educación sexual y a una política sanitaria de planificación familiar y anticoncepción.²⁰ Aun considerando estos factores, las cifras del Instituto Guttmacher muestran que la existencia de leyes restrictivas no impiden que las mujeres realicen abortos y que una legislación más permisiva no promueve una expansión descontrolada de dicha práctica, sino que puede habilitar una reducción de la misma y garantizar condiciones más seguras para su implementación.²¹

En segundo lugar, puede considerarse la despenalización de la marihuana para consumo personal. Estudios recientes señalan una reducción del consumo (y de la aprobación social del consumo) de marihuana en Estados Unidos, a la par de una flexibilización de la legislación para permitir su uso recreativo (Salas-Wright *et al.*, 2015).

Al igual que en el caso del aborto, no existe ninguna evidencia empírica concluyente que vincule una modificación legislativa más permisiva con un aumento generalizado del consumo de marihuana. Dado que una política punitiva contra el consumo de dicha sustancia suele implicar una expansión de las redes clandestinas que la producen, exponiendo a los consumidores a daños severos (por ejemplo, vinculación con asociaciones criminales, consumo de sustancias tóxicas y desconocidas) y reconociendo que las tasas de consumo se mantendrán invariables a pesar del castigo,

²⁰ Fuente: Henshaw, S., Singh, S. y Haas, T., “La incidencia del aborto inducido a nivel mundial”. Disponible en: <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/journals/2501699S.pdf>. Instituto Guttmacher, nota del 11 de mayo del 2016. Disponible en: <https://www.guttmacher.org/es/news-release/2016/las-tasas-de-aborto-disminuyeron-de-forma-significativa-en-el-mundo-desarrollado>.

²¹ Fuente: Instituto Guttmacher, “Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe”. Link: https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf.

algunos estados han optado por una política de reducción de daños y encuentran más razonable despenalizar dicha práctica.²²

Por supuesto, existen cierto tipo de prácticas actualmente prohibidas que podríamos querer mantener bajo esa condición, aunque permitiéndolas no se produjera una expansión de la misma (e.g. las carreras de galgos o el maltrato infantil).

Estas prácticas, a diferencia de la despenalización del aborto o de la marihuana, no presentan dudas sobre su impermisibilidad moral y no parece sencillo imaginar una instancia en la que sirvan como el único medio disponible para impedir un daño significativamente grave, tal como sucede con la tortura interrogacional. Por ese motivo, hay buenas razones morales para mantener su actual status legal.

Así como el ejemplo de la despenalización del consumo de marihuana muestra que una práctica legalmente permitida y no institucionalizada no implica un aumento significativo de la misma, Sam Harris ha señalado que la pena de muerte es un ejemplo de práctica institucionalizada que no ha conllevado un crecimiento exponencial de su implementación.²³

Según Amnistía Internacional, 1634 personas fueron ejecutadas durante el 2015. 89% de las ejecuciones relevadas se llevaron a cabo en tres países (China, Irak e Irán).²⁴ Aunque durante el último año se registro un aumento del 54% en la cantidad de ejecuciones respecto del anterior, la pena capital muestra una tasa estable dentro de los países que la aplican.

Consideremos brevemente el caso de Estados Unidos, donde 31 estados mantienen una legislación que habilita la pena de muerte. Según los datos del *Death Penalty Information Center*, el número de sentencias de muerte por año se ha reducido drásticamente desde 1999. Incluso en aque-

²² Las políticas de reducción de daños comenzaron a desarrollarse en Europa, a mediados de la década de 1980, partiendo del reconocimiento del fracaso de las legislaciones absolutistas y punitivas contra el consumo de drogas. Desde entonces, diversas organizaciones en diferentes países desarrollan (en ocasiones mediante una articulación con el estado local) campañas en las que se busca informar sobre los potenciales riesgos del uso compulsivo de drogas y se promueve un consumo responsable de las mismas. Véase, entre otras organizaciones, *International Harm Reduction Association*. Link: <http://www.ihra.net/>

²³ Harris, S., "Why I'd Rather Not Speak About Torture", 28 de abril del 2011. Disponible en: <https://www.samharris.org/blog/item/why-id-rather-not-speak-about-torture1>.

²⁴ Fuente: Amnistía Internacional. Link: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/death-penalty/>.

llos estados habituados a su uso, como Texas, se mantiene una cantidad regular de ejecuciones por año (en Texas son 14 anuales, en promedio).²⁵

Estas cifras no pretenden brindar una justificación moral de la pena de muerte. Por el contrario, creo que hay buenas razones morales para oponerse a su implementación, que por cuestiones de espacio no puedo exponer aquí. Simplemente, ofrecen un sustento empírico a la afirmación de Harris, quien sostiene que la pena de muerte es una práctica institucionalizada en Estados Unidos cuya reinstauración en 1977 no ha derivado en un uso compulsivo de la misma. Esta afirmación no pretende negar la existencia de casos que evidencian un uso arbitrario de este castigo. Solo indica que la institucionalización de la pena de muerte incluye un conjunto de resortes judiciales sometidos a cierto tipo de escrutinio público que conducen a un uso moderado de dicha práctica.

Hasta aquí he evaluado los cuatros argumentos que son utilizados por McMahan en defensa del absolutismo legislativo. Si las objeciones que presento son correctas, ninguno de estos argumentos es concluyente. No obstante, el argumento psicológico puede ofrecer buenas razones para descartar una de las dos alternativas al absolutismo. En la sección siguiente, presentaré algunas investigaciones empíricas que apoyan dicho argumento contra el modelo institucionalista de Dershowitz.

IV. Modelo institucionalista

Entonces presento mi posición normativa condicional, la cual es el punto central de mi capítulo sobre tortura. Planteo la cuestión de la siguiente manera: si la tortura es, de hecho, utilizada y/o sería, de hecho, utilizada en el caso de una bomba terrorista a punto de estallar, sería normativamente mejor o peor regular dicha tortura mediante algún tipo de permiso, con rendición de cuentas, registro, estándares y limitaciones” (Dershowitz, 2003, p. 277).

²⁵ Fuente: Death Penalty Information Center, “Facts about the death penalty” 8 de marzo del 2016. Disponible en: <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheetEspanol.pdf>.

La posición de Dershowitz en el nivel práctico suele denominarse institucionalista y propone la introducción legal de permisos judiciales (*torture warrants*) *ex ante* para torturar. Según Dershowitz, una autoridad pública (preferentemente un juez) debería encargarse de evaluar la permisibilidad de la tortura según determinados criterios previos públicamente aceptados y expedir un permiso para su utilización, de ser solicitada (2003, p. 277).

Esta propuesta tiene un carácter condicional ya que solo debería ser considerada si se decidiera torturar. Hay dos modos de interpretar esta afirmación normativa condicional, no excluyentes entre sí.

En primer lugar, puede entenderse como una impugnación de lo que Dershowitz denomina una posición hipócrita sobre la tortura (2002, p. 150). Dicha posición consiste en declarar la prohibición absoluta sobre la tortura y, paralelamente, permitir o avalar su uso. Esta es, paradigmáticamente, la posición de Estados Unidos, que sostiene un modelo legislativo absolutista (conforme lo establecido en la Convención) y avala el uso de tortura interrogacional sobre detenidos, dentro y fuera de su propio territorio.

Para Dershowitz (2002, p. 153), los regímenes democráticos tienen un compromiso con la transparencia, la rendición de cuentas y la legalidad. Dicho compromiso les exige que cualquier práctica llevada adelante por sus autoridades o fuerzas de seguridad se enmarque en una legislación capaz de ser refrendada públicamente por la ciudadanía.

En este sentido, la tortura, de ser empleada, debería caer bajo el mismo tipo de consideraciones que el resto de las prácticas institucionales. En otras palabras, si existen circunstancias en las que justificamos (como sostiene la afirmación empírica) o podríamos justificar un uso excepcional de la tortura, entonces debemos contar con un marco legal que lo reglamente.

En segundo lugar, la afirmación puede interpretarse como una propuesta para la minimización del uso injusto de la tortura. Dado que la tortura es ampliamente utilizada, a menudo con la excusa de que permite obtener información relevante para evitar acciones que involucrarían un posible riesgo para la vida de cientos o miles de personas, la institucionalización habilitaría un control sobre aquellos casos supuestamente justificados.

La existencia de un permiso judicial para torturar dividiría el campo de la tortura entre la tortura que se desarrolla al margen de la ley, que es injusta y debe ser condenada, y la que se realiza en el marco de la ley, que cuenta con el permiso de una autoridad pública. De este modo, los estados contarían con un recurso institucional sometido al escrutinio de la población para legitimar la tortura en aquellos casos en que estuviera justificado. Para Dershowitz (2003, p. 281), la inclusión de este recurso reduciría la frecuencia, la severidad y la duración de la tortura.

Según creo, la afirmación normativa condicional puede ser objetada en sus dos interpretaciones.

1. Primera interpretación

Dershowitz sostiene que la institucionalización de la tortura mediante permisos judiciales conllevaría una reducción de los casos de tortura injusta. En primer lugar, afirma que la intervención de un juez funcionaría como una “doble instancia de verificación” (*double check*). Los individuos que solicitarían un permiso judicial creen previamente que este debería ser otorgado (de otro modo, no lo solicitarían) y en ausencia de dicha instancia, procederían con la tortura inmediatamente. La determinación de un juez quitaría a los potenciales torturadores la responsabilidad de evaluar unilateralmente la permisibilidad moral de su accionar, sumando una segunda verificación e impidiendo, potencialmente, la ocurrencia de casos injustos (Dershowitz, 2002, p. 158).

En segundo lugar, Dershowitz considera que la institucionalización de la tortura reduciría su severidad y duración (2003, p. 281) y no incluiría el tipo de humillación innecesaria a la que son sometidos habitualmente los detenidos (2004, p. 33).

Ambos argumentos a favor del modelo institucionalista presentan serias limitaciones. Dershowitz no ofrece razones para creer que la mera inclusión de permisos judiciales reduciría los casos de tortura injusta. En principio, el modelo institucionalista tendría los mismos inconvenientes prácticos de control que el absolutismo legislativo y el modelo legalista. Sin embargo, dado que la incapacidad para rastrear y castigar los casos

de tortura injusta que tienen lugar en el mundo atañe a todos los modelos legislativos, esta no constituye una razón de peso para desestimar la propuesta de Dershowitz.

Como ya fue indicado, en el nivel práctico, las alternativas no absolutistas deben evaluarse por su capacidad para permitir la tortura exclusivamente en aquellos casos en los que es moralmente requerida. Es en este sentido que la propuesta de Dershowitz enfrenta los siguientes problemas.

a) Problema del tiempo

La tortura es un recurso extremo, *prima facie* inmoral, que podría considerarse como opción solo ante un daño significativamente grave que no podríamos evitar mediante otras acciones. Tal como señala Wisnewski (2008), existe una conexión entre la variable del tiempo y la caracterización de la tortura como último recurso. Solo puede afirmarse que se han agotado todos los recursos alternativos a la tortura cuando el daño a evitar es inminente.

El modelo institucionalista no podría lidiar con aquellos escenarios en los que el daño es inminente y las fuerzas de seguridad están obligadas a actuar sin contar con el tiempo para solicitar el consentimiento de un juez. Dershowitz sostiene que las razones de necesidad que podrían ofrecer los torturadores no serían atendibles una vez incorporadas las instancias judiciales pertinentes, ya que la potestad para evaluar la emergencia de una situación solo recaería sobre la autoridad judicial (Dershowitz, 2002, p. 159). Dentro del modelo institucionalista, o bien los individuos no agotarían todos los recursos disponibles frente a un daño significativamente grave e inminente (y podrían no impedir su ocurrencia), o bien, al igual que bajo el absolutismo legislativo, se verían sometidos a escoger entre hacer lo que es correcto dadas las circunstancias y su propia libertad. Esta última disyuntiva, como mencioné en la sección anterior, es injusta y no garantiza una reducción de los casos de tortura injusta.

b) Problema del juez sádico

La introducción de permisos judiciales *ex ante* no garantiza que la tortura institucionalmente avalada sea justa. Los tristemente celebres memorandos sobre tortura (*torture memos*) elaborados por el Fiscal General Adjunto de los Estados Unidos, John Yoo, y el titular de la Oficina de Asesoría Legal del Departamento de Justicia del mismo país, Jay Bybee, son una clara evidencia de ello.

En uno de dichos memorandos, fechado en agosto del 2002, Bybee realiza una interpretación antojadiza de la definición de “tortura” presente en los tratados internacionales y efectúa una justificación legal para métodos violentos de interrogación (entre los que se incluyen técnicas como golpes, privación del sueño y “submarino seco”) en el marco de la denominada “guerra contra el terrorismo”.²⁶ Por otro lado, en un memorando dirigido al Departamento de Defensa, fechado el 14 de marzo del 2003, Yoo argumenta que las leyes federales estadounidenses contra la tortura, el asalto y la mutilación no aplican a los interrogatorios en el extranjero y que los tratados que limitan el accionar de las fuerzas de seguridad en el plano internacional pueden ser suspendidos por el presidente en su carácter de comandante en jefe, si es que lo considera necesario en el contexto de la “guerra contra al Qaeda”.²⁷ Mientras estuvieron vigentes, estos documentos fueron la base para la justificación del accionar abusivo e inhumano de los efectivos estadounidenses en Guantánamo y en la prisión de Abu Ghraib.

El modelo institucionalista parece desconocer la presencia de jueces sádicos o “pro tortura” dentro del sistema judicial de cualquier país. Estos funcionarios cobran particular relevancia en contextos en los que la seguridad nacional se muestra vulnerable.

Podría afirmarse, razonablemente, que el sadismo no es una propiedad exclusiva del poder judicial y que la evidencia histórica muestra la

²⁶ Jay Bybee: “Memorandum for Alberto R. Gonzales, Counsel to the President” (2002), pp. 5 y 39-46. Disponible en <http://nsarchive.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>

²⁷ John Yoo: “Memorandum for William J. Haynes II, General Counsel of the Department of Defense” (2003), pp. 74-81. Disponible en: https://www.aclu.org/files/pdfs/safefree/yoo_army_torture_memo.pdf

existencia de innumerables efectivos de seguridad proclives a prácticas injustas como la tortura. No obstante, considerando este hecho, cabe preguntarse: ¿qué modelo reduce las posibilidades de que estos individuos implementen su injusto criterio? En este sentido, creo que la propuesta de Dershowitz, al incorporar la determinación de un juez como instancia última sobre la permisibilidad de la tortura, no garantiza mejores resultados que el modelo legalista, que puede incorporar la evaluación de diversos sujetos (jueces, organismos de derechos humanos, etc.) posteriormente.

c) Problema epistémico

Dershowitz no ofrece razones concluyentes para aceptar que la decisión de un juez sobre la permisibilidad moral de la tortura en un determinado escenario sería más imparcial, informada y justa que la del individuo que llevaría adelante la tortura de no intermediar una autoridad judicial (2002b, p. 477).

Allhoff (2011, p. 223) encuentra en el modelo institucionalista un dilema. Los jueces son funcionarios que no reciben un entrenamiento específico para lidiar con situaciones extremas como las que aquí consideramos. El juez podría optar por, o bien seguir su propia evaluación, o bien seguir las indicaciones del individuo que solicita el permiso judicial, quien probablemente sí está entrenado en el trato con detenidos, conoce las particularidades de la situación alarmante en cuestión y los métodos extremos de interrogación posiblemente requeridos. En la primera opción, el juez tomaría una decisión para la cual no está entrenado, con las previsibles consecuencias indeseables del caso. En la segunda opción, de seguir las indicaciones del potencial torturador, su participación como garante epistémico de la permisibilidad moral resultaría superflua.

Esta crítica epistémica a la propuesta de Dershowitz está sujeta a consideraciones empíricas. Si los jueces tuvieran una capacidad específica para evaluar las posibles consecuencias en casos excepcionales, su carácter de “doble instancia de verificación” resultaría relevante. Sin embargo, Dershowitz no ofrece mayores pruebas en esta dirección.

d) Problema del argumento psicológico

Distintos autores han sostenido que un modelo legislativo no absolutista podría generar cierta desaprensión por parte de las fuerzas de seguridad sobre el empleo de la tortura, generando un uso desproporcionado e injusto. Consideraré dos celebres investigaciones en psicología social que permiten hacer de esta crítica una razón de peso para descartar el modelo institucionalista: el experimento de Milgram y el experimento de la cárcel de Stanford.

En julio de 1961, el psicólogo Stanley Milgram llevó adelante una investigación sobre el alcance de la obediencia. El objetivo de dicha investigación era descubrir como procesaban los individuos las órdenes provenientes de una autoridad aparentemente legítima y que se oponían a sus intuiciones morales básicas.

El experimento de Milgram consiste en un escenario compuesto por tres integrantes: un investigador, un maestro y un alumno. El maestro es un individuo que voluntariamente acude al experimento y es quien será evaluado. El investigador, quien está a cargo de la situación, le explica al voluntario que intervendrá en un estudio sobre la memoria y el aprendizaje, y que su participación consistirá en castigar con una descarga eléctrica al alumno cada vez que conteste erróneamente una pregunta. Se le informa al maestro que el alumno estará del otro lado de un módulo de vidrio, atado a una silla eléctrica, con electrodos pegados a su cuerpo. El experimento comienza con una pequeña descarga eléctrica de 45 voltios sobre el voluntario para garantizar que este asuma que el dolor que sentirá el alumno es real. Finalmente, se le indica que conforme avancen las preguntas, la intensidad de la descarga aumentará progresivamente hasta llegar a 450 voltios.

Los resultados del experimento original fueron sorprendentes para el propio Milgram (1974, p. 5). De 40 voluntarios, 26 llegaron a aplicar descargas de 450 voltios y ninguno de ellos se negó a continuar con el procedimiento antes de los 300 voltios, aun cuando escuchaban gritos, súplicas y gemidos desde el otro lado del vidrio (Milgram, 1963, p. 376). Frente a la orden de la autoridad a cargo de la situación para que continuaran

con los tormentos, los voluntarios, aunque nerviosos y tensos, acataban el mandato.

En su libro *Obedience to Authority. An Experimental View* (1974), Milgram expone algunas conclusiones sobre el experimento que pueden ser particularmente interesantes para la discusión en el nivel práctico. En primer lugar, los individuos evaluados no presentaban rasgos psicológicamente destacables que permitieran inferir que actuarían del modo en que lo hicieron. Milgram afirma, siguiendo la evaluación de Hannah Arendt sobre Eichmann, que una de las lecciones fundamentales que se siguen del experimento es que personas ordinarias, sin ninguna hostilidad particular, pueden formar parte de procedimientos terriblemente destructivos (1974, p. 6). En segundo lugar, Milgram concluye que la relación de obediencia establece una transmisión de la responsabilidad, a la autoridad, sobre lo que se está haciendo. En efecto, según los informes, los voluntarios del experimento frecuentemente alegaban que “si hubiera sido su decisión, nunca hubieran realizado las descargas eléctricas” (1974, p. 146).

Estas conclusiones, según creo, son relevantes para el debate sobre los modelos legislativos. La conjunción de ambas nos permite afirmar que, en principio, individuos ordinarios pueden realizar acciones injustas, acatando el mandato de una autoridad reconocida por ellos como legítima y no sentirse responsables por ello.

El modelo institucionalista de Dershowitz propone la introducción de una autoridad judicial que asuma la responsabilidad por la evaluación acerca de la permisibilidad de la tortura en cada caso. Siguiendo las conclusiones de Milgram, los torturadores que actuarían conforme al permiso expedido por el juez sentirían una desaprensión hacia la práctica extrema y abusiva que llevarían adelante.

La pérdida de la noción de responsabilidad por parte de los obedientes y su inherente desconocimiento sobre la inmoralidad *prima facie* de su acción podría, no obstante, ser un rasgo positivo de la alternativa institucionalista. Si supiéramos que la tortura es el único medio disponible para evitar un daño significativamente grave, probablemente preferiríamos que el responsable de implementarla actuara como uno de los individuos del experimento y obtuviera la información necesaria.

Sin embargo, estudios empíricos muestran que el apoyo institucional para efectuar determinado tipo de prácticas puede llevar a excesos y conductas abusivas por parte de los actores, impidiendo alcanzar el objetivo propuesto. El experimento de la cárcel de Stanford, llevado a cabo en agosto de 1971 por Philip Zimbardo, ofrece cierta evidencia en esta dirección. El experimento consistía en un grupo de 24 jóvenes, quienes fueron divididos en partes iguales, asignándole aleatoriamente a cada uno de ellos un rol (prisionero o guardia) dentro un edificio que simulaba ser una cárcel. Zimbardo, luego de establecer reglas de vestimenta y rutina que esperaba tendieran a fomentar la despersonalización de los individuos, exigió explícitamente a los guardias que mantuvieran el orden dentro de la cárcel sin usar la violencia contra los prisioneros (Zimbardo, 2007, p. 31). Según los propios informes de Zimbardo, los guardias no respetaron su orden y sometieron a los prisioneros a tratos degradantes y sádicos (2007, pp. 197-205). El experimento se prolongó durante seis días y no es posible asegurar hasta donde hubieran llegado las prácticas arbitrarias y autoritarias de los voluntarios que, en términos de Zimbardo, habían internalizado sus roles.

Las conclusiones de Zimbardo comparten muchos puntos con las formuladas por Milgram y resultan interesantes para el debate en el nivel práctico, ya que muestran la incapacidad de los guardias para controlar el orden dentro de la prisión, producto de un descontrolado aumento de su actividad represiva; llegando incluso a generarse un motín y una huelga de hambre por parte de uno de los prisioneros (2007, p. 60-61). La investigación de Zimbardo tiene por objetivo evidenciar el papel de la institucionalización de la práctica represiva y sus consecuencias para los sujetos que intervienen en ella (Zimbardo, 2007, p. 10).

Hasta aquí, si las conclusiones que pueden extraerse del experimento de la cárcel de Stanford son conducentes, la institucionalización no garantizaría que los torturadores realicen su tarea de manera más eficiente o reduciendo su severidad y duración.

e) Problema de la profesionalización

Dershowitz sostiene que una de las virtudes de su propuesta radica en que garantiza la protección de la integridad del torturado, producto del

control judicial al que se someterían los métodos empleados para causar un agudo dolor sin dejar daños permanentes (2002, p. 159).

Algunos autores (Arrigo, 2004, Wolfendale, 2006, Brecher, 2008) han afirmado que la tortura, para ser empleada tal como propone Dershowitz, requiere de la formación de torturadores profesionales. La profesionalización, señala Wolfendale (2006, p. 278), conlleva el riesgo de una naturalización de la tortura y la percepción por parte de los torturadores de que realizan un simple trabajo.

Considerar la tortura de ese modo no solo introduce los problemas señalados por el argumento psicológico, también habilita una posible cooperación entre los torturadores, quienes podrían encubrir sus abusos, ocultando las condiciones en las que actúan. Los casos recientes de sindicalización y defensa corporativa entre miembros de fuerzas represivas han mostrado este tipo de maniobras, tendientes a proteger a los efectivos que proceden de manera injusta y arbitraria.²⁸

Asimismo, la existencia de un cuerpo de profesionales de la tortura puede ser riesgosa en países con una tradición democrática inestable. Es razonable pensar que en contextos de persecución política y autoritarismo, esos individuos (o al menos parte de ellos) utilizarían sus conocimientos en favor de los detentores del poder estatal. En este sentido, cabe destacar el rol central de la Escuela de las Américas en la formación profesional de miles de militares latinoamericanos quienes posteriormente, entrenados en métodos de tortura e interrogación forzosa, formaron parte de gobiernos dictatoriales culpables de innumerables delitos de lesa humanidad (Romero, 2014).

2. Segunda interpretación

En la segunda interpretación, Dershowitz plantea un falso dilema entre su modelo institucionalista y la posición hipócrita (2004, p. 257). Hay dos razones para objetar este dilema.

²⁸ Ver el dossier sobre sindicalización policial editado por la Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional (CORREPI). <http://correpi.lahaine.org/?p=1663>.

En primer lugar, diversas organizaciones (AI, APT, OMCT) luchan por la erradicación de la tortura en el mundo y difícilmente consideraríamos que sostienen una posición hipócrita. El absolutismo honesto defendido por estas organizaciones escapa a la afirmación normativa condicional, ya que no aceptan ninguna circunstancia en que la tortura pudiera ser justificada.

En segundo lugar, no es cierto que la aceptación de la afirmación empírica de Dershowitz y el reconocimiento de la permisibilidad moral de la tortura en ciertas circunstancias implique o bien una posición hipócrita o bien un modelo institucionalista.

Como ya mencioné, varios autores defienden una legislación no absolutista y señalan los inconvenientes de la institucionalización de la tortura. En este punto, solo quiero señalar que el compromiso de los regímenes democráticos con la transparencia, la rendición de cuentas y la legalidad, no exige la institucionalización de todas las prácticas estatales que podrían tener lugar.

En principio, como ha señalado Strauss (2004, p. 273), las acciones que podrían llevar adelante las fuerzas de seguridad de un estado democrático son potencialmente infinitas y, aunque fueran moralmente permisibles, no podría institucionalizarse un conjunto de criterios precisos para la implementación de permisos judiciales *ex ante* para cada una de esas posibles situaciones. Consideremos el caso de un bombero que para rescatar a una familia de un edificio en llamas debe derribar una pared. Supongamos que el derribo de dicha pared provocaría el derrumbe de un sector del edificio sobre el apartamento de un anciano, ocasionándole una muerte segura. Frente a este escenario, el bombero involucrado, si es que decide derribar la pared, probablemente apelará a una razón de necesidad para justificar su decisión.

Indudablemente, el ejemplo del bombero y los casos que involucran el uso de tortura son significativamente diferentes. Sin embargo, comparten un rasgo común, a saber, su excepcionalidad. Dado que los casos en que justificaríamos la permisibilidad moral de la tortura (o la muerte de un inocente en medio de un incendio) son excepcionales, algunos autores sostienen que no es necesario institucionalizar dicha práctica y enfrentar los potenciales riesgos de tal reforma (Gross, 2004, Steinhoff, 2006 y Allhoff,

2011). Bastaría con ofrecer una justificación *ex post* que exculpara a los responsables de la implementación de la tortura justa y mantener, paralelamente, un rechazo general sobre esa práctica. Esta posición, comúnmente denominada legalista, dista de ser hipócrita ya que asume la factibilidad de casos en los que justificaría la tortura, pero reconoce la excepcionalidad de los mismos y rechaza la institucionalización.

Dicho esto, puede afirmarse que existe una alternativa al falso dilema planteado por Dershowitz que no viola los compromisos de un régimen democrático. El modelo legalista exige instancias de control semejantes a las del absolutismo, condena la tortura como practica general y solo admitiría su uso tras un escrutinio público, transparente, que demostrara su permisibilidad.

V. Exploración preliminar: ventajas del modelo legalista

Hasta aquí he intentando probar que los argumentos de McMahan no son concluyentes y no demuestran que cualquier modelo legislativo no absolutista llevaría a una mayor proliferación de casos de tortura injusta. Posteriormente, he señalado algunos problemas internos a la propuesta institucionalista de Dershowitz. Según creo, dichos problemas pueden ser enfrentados satisfactoriamente por un modelo legalista.

Tal como presenté en la sección 2.c el modelo legalista se distingue por plantear una evaluación *ex post* sobre la permisibilidad del uso de la tortura en casos excepcionales, rechazando su institucionalización y manteniendo una condena general sobre la misma.

En primer lugar, este tipo de propuesta permite evitar el “problema del tiempo” y el “problema epistémico” señalados anteriormente, ya que el potencial torturador no requeriría de un permiso judicial *ex ante*, impracticable en casos de riesgo inminente (Llobet Anglí, 2010, p. 12), y sería el encargado de evaluar los recursos más adecuados para obtener la información requerida en dicho escenario.

En segundo lugar, considerar la tortura de manera *ex post* habilita la incorporación de diversos sujetos al proceso de evaluación (jueces, orga-

nismos de derechos humanos, funcionarios de las fuerzas de seguridad), evitando la determinación previa de un juez como instancia última y decisiva acerca de la permisibilidad del uso de la tortura. Podría objetarse que si bien este modelo neutraliza el “problema del juez sádico”, otorga un peligroso poder de decisión a los potenciales torturadores. Sin embargo, como ya he señalado, la alternativa legalista exige los mismos controles que el absolutismo legislativo y condenaría o absolvería posteriormente a los individuos responsables de la tortura conforme a la información que estos tenían disponible, la inminencia de la amenaza, la gravedad del daño a evitar y el resultado de su acción.

En tercer lugar, este mayor poder de decisión que recaería en los torturadores impediría la transmisión de responsabilidad sobre las propias acciones que, siguiendo las conclusiones de los experimentos de Milgram y Zimbardo, promueve una desaprensión hacia la práctica que se lleva adelante, desconociendo su violencia y radicalidad.

Finalmente, en el modelo legalista, la profesionalización de torturadores resultaría innecesaria, dada la excepcionalidad de los casos en los que se admitiría la permisibilidad de la tortura. Impidiendo, de este modo, una reforma que significaría un enorme retroceso simbólico en el campo de la lucha por los derechos humanos (Steinhoff, 2006, p. 349).

VI. Conclusión

En el presente trabajo evalué, primeramente, los argumentos de McMahan en defensa del absolutismo legislativo. Si las críticas que he desarrollado son correctas, ninguno de ellos es conducente. McMahan no demuestra que cualquier alternativa legislativa no absolutista llevaría a una mayor proliferación de casos de tortura injusta.

Posteriormente, consideré dos interpretaciones de la afirmación normativa condicional de Dershowitz. Respecto a la primera interpretación, que afirma que el modelo institucionalista permitiría el uso de la tortura exclusivamente en aquellos casos moralmente necesarios, introduje cinco problemas intrínsecos a dicha propuesta. Respecto a la segunda inter-

pretación, que señala dos únicas alternativas legislativas sobre la tortura (la hipócrita y la institucionalista), indique su carácter de falso dilema, planteando dos opciones al mismo: el absolutismo honesto y el no absolutismo legalista.

Finalmente, indique algunas ventajas del modelo legalista en respuesta a los problemas propios del institucionalismo.

En conclusión, el presente trabajo ha intentando probar que (1) si se asume una posición no absolutista en el nivel teórico, no hay razones para no adoptar la defensa de un modelo legislativo no absolutista y que (2) entre los modelos legislativos no absolutistas, la alternativa legalista es menos problemática.

Referencias bibliográficas

- Allen, Jonathan, 2005: "Warrant to Torture? A Critique of Dershowitz and Levinson". *ACDIS Occasional Paper, Program in Arms Control, Disarmament and International Security*, No. 13. University of Illinois at Urbana-Champaign. Disponible en www.acdis.uiuc.edu.
- Allhoff, Fritz, 2011: "Torture Warrants, Self-Defense and Necessity". *Public Affairs Quarterly*, Vol. 25, No. 3, pp. 217-240.
- Anderson, Bruce, 2010: "We not only Have a Right to Use Torture. We Have a Duty". *Independent*, 14 de febrero de 2010, disponible en <http://www.independent.co.uk/voices/commentators/bruce-anderson/bruce-anderson-we-not-only-have-a-right-to-use-torture-we-have-a-duty-1899555.html>.
- Arrigo, Jean M., 2004: "A Utilitarian Argument against Torture Interrogation of Terrorists". *Science and Engineering Ethics*, No. 10, pp. 543-572.
- Arrigo, Jean M. y Vittorio Bufacchi, 2006: "Torture, Terrorism, and the State: A Refutation of the Ticking-bomb Argument". *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 23, No. 3, pp. 355-373.
- Bagaric, Mirko, y Julie Clarke, 2005: "Not enough Official Torture in the World? The Circumstances in which Torture is Morally Justifiable". *University of San Francisco Law Review*, Vol. 39, No. 3, Spring, pp. 581-616.

- Basoglu, Metin, Maria Livanou y Cvetana Crnobaric, 2007: "Torture vs. Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?". *Archives of General Psychiatry*, Vol. 64, No. 3, pp. 277-285.
- Bellaby, Ross, 2015: "The Ethics of Torture-Lite. A Justifiable Middle-Ground?". *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 29, No. 2, pp. 177-190.
- Brecher, Bob, 2007: *Torture and the Ticking Bomb*. Oxford, Blackwell.
- Constanzo, Mark y Ellen Gerrity, 2009: "The Effects and Effectiveness of Using Torture as an Interrogation Device: Using Research to Inform the Policy Debate". *Social Issues and Policy Review*, Vol. 3, No. 1, pp. 179-210.
- De la Cuesta Arzamendi, José Luis, 1989: "¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional", en Jose Luis de La Cuesta et al. (coord.), *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*. San Sebastián, Instituto Vasco de Criminología, pp. 695-705.
- Dershowitz, Alan, 2002: *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. New Haven and London, Yale University Press.
- _____, 2002b: *Shouting Fire*. New York, Little, Brown and Company.
- _____, 2003: "The Torture Warrants: A Response to Professor Strauss". *New York Law School Review*, Vol. 48, No. 1 y 2, pp. 275-294.
- _____, 2004: "Tortured Reasoning". Disponible en: <http://www-tc.pbs.org/in-thebalance/pdf/dershowitz-tortured-reasoning.pdf>
- Greenberg, Karen y Dratel, Joshua (eds.), 2005: *Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Gross, Oren, 2004: "The Prohibition on Torture and the Limits of the Law", en Levinson, Sanford (ed.), *Torture: A Collection*. Oxford, Oxford University Press, pp. 229-253.
- Juratowich, Ben, 2008: "Torture is Always Wrong". *Public Affairs Quarterly*, Vol. 22, No. 2, pp. 81-90.
- Kaufman, Whitley, 2008: "Torture and the "distributive justice" theory of self-defense: An assessment". *Ethics and International Affairs*, vol. 22, núm. 1, pp. 93-115.
- Kramer, Matthew H., 2014: *Torture and Moral Integrity*. Oxford, Oxford University Press.
- Llobet AnglÍ, Mariona, 2010: "¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?". *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Julio, pp. 1-44. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226143/307716>
- Luban, David, 2005: "Liberalism and the Unpleasant Question of Torture". *Virginia Law Review*, Vol. 91, No. 6, pp. 1425-1461.

- _____, 2008: “Has Torture Saved Innocent Lives? The Case for Skepticism”. Blog *Balkinization*, 18 de junio, disponible en: <http://balkin.blogspot.com.ar/2008/06/has-torture-saved-innocent-lives-case.html>
- Mayerfeld, Jamie, 2008: “In defense of the absolute prohibition of torture”. *Public Affairs Quarterly*, Vol. 22, Number 2, pp. 109-128.
- McMahan, Jeff, 2006: “Torture, Morality and Law”. *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2/3, pp. 241-248.
- _____, 2008: “Torture in principle and in practice”. *Public Affairs Quarterly*, Vol. 22, Number 2, April, pp. 111-128.
- _____, 2013: “Torture and Method in Moral Philosophy”, en Scott Anderson y Martha Nussbaum (eds.), *Torture, Law and War*. Chicago, Chicago University Press. Disponible en <http://jeffersonmcmahan.com/wp-content/uploads/2012/11/Torture-and-Method-in-Moral-Philosophy.pdf>.
- Milgram, Stanley, 1963: “Behavioral Study of Obedience”. *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, No. 4, pp. 371-378.
- _____, 1974: *Obedience to Authority. An Experimental View*. London, Tavistock Publication.
- Palermo, Omar, 2011: “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad”, en Ricardo Robles Planas y Pablo Sánchez-Ostiz (coords.), *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Editorial Atelier, pp. 127-150.
- Pettit, Philip, 1995: “El consecuencialismo”, en Peter Singer (ed.), *Compendio de Ética*. Madrid, Alianza Editorial, pp. 323-336.
- Rejali, Darius, 2007: *Torture and Democracy*. Princeton, Princeton University Press.
- Rivera López, Eduardo, 2007: “Pobreza Global y Conocimiento Empírico”. *Revista Latinoamericana de Filosofía*, Vol. 33, No. 2, pp. 315-332.
- Roberts, Andrew, 2009: “How torture helped win WWII”, *The Daily Beast*, 13 de mayo, disponible en: <http://www.thedailybeast.com/articles/2009/05/13/how-torture-helped-win-wwii.html>.
- Romero, Rafael, 2014: “Escuela de las Américas o Escuela de violadores de Derechos Humanos?”. *ECA. Estudios centroamericanos*, Vol. 69, No. 739, pp. 301-319.
- Salas-Wright, P., et al., 2015: “Trends in the Disapproval and Use of Marijuana among Adolescents and Young Adults in the United States: 2002–2013”. *The American Journal of Drug and Alcohol Abuse*, Vol. 41, No. 5, pp. 392-404.
- Scheppele, Kim, 2005: “Hypothetical Torture in the ‘War on Terrorism’”. *Journal of National Security Law and Policy*, Vol. 1, pp. 285–340

- Shue, Henry, 1978: "Torture". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 7, No. 2, pp. 124-143.
- _____, 2006: "Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb". *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2 y 3, pp. 231-239.
- Steinhoff, Uwe, 2010: "Defusing the Ticking Social Bomb Argument: The right to self-defensive torture". *Global Dialogue*, Vol. 12, No. 1, pp. 1-12.
- _____, 2008: "Torture Can Be Self-Defense: A Critique of Whitley Kaufman". *Ethics & International Affairs*, Vol. 22, No. 1. Disponible en: <https://www.ethicsandinternationalaffairs.org/2008/online-exclusive-torture-can-be-self-defense-a-critique-of-whitley-kaufman/>.
- _____, 2006: "Torture. The case for Dirty Harry and Against Alan Dershowitz". *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 23, No. 3, pp. 337-353.
- Sussman, David, 2005: "What's Wrong with Torture?". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 33, No. 1, pp. 1-33.
- Strauss, Marcy, 2004: "Torture". *New York Law School Review*, vol. 48, pp. 201-274.
- Twining, W. L. y Twining, P. E., 1973: "Bentham on Torture". *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 24, pp. 307-356.
- Waldron, Jeremy, 2005: "Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House". *Columbia Law Review*, Vol. 105, October, pp. 1681-1750.
- Walzer, Michael, 1973: "Political Action: The Problem of Dirty Hands". *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, No. 2, pp. 160-180.
- Wisnewski, Jeremy, 2008: "Its About Time: Defusing the Ticking-Bomb Argument". *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 22, No. 1, pp. 103-116.
- _____, 2009: "Hearing the Still-Ticking-Bomb: A Reply to Bufacchi and Arriago". *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 26, No. 2, pp. 205-209.
- _____, 2013: "In Defense of a Principled Absolutism against Torture: A Reply to Fritz Allhoff's *Torture, Terrorism and Time-Bombs*". *Philosophy Today*, Vol. 57, No. 1, pp. 114-120.
- Wolfendale, Jessica, 2006: "Training Torturers: A Critique of the Ticking Bomb Argument". *Social Theory and Practice*, Vol. 32, No. 2, pp. 269-287.
- _____, 2009: "The Myth of Torture Lite". *Ethics and International Affairs*, Vol. 23, No. 1, pp. 47-61.
- Zimbardo, Phillip, 2007: *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York, Random House.

Recepción: 25/7/2016

Revisión: 14/12/2016

Aceptación: 23/2/2017