



**DEMETRIOS PRIZE 2019! Tortura: permisibilidad, mundo real y legislación - Torture: permissibility, real world and legislation**

Authors: Federico Abal  
Submitted: 14. July 2019  
Published: 16. July 2019  
Volume: 6  
Issue: 7  
Affiliation: Departamento de Filosofía Facultad de Filosofía y Letras  
Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
Languages: Spanish, Castilian  
Keywords: Demetrios Prize 2019, Winner, Philosophy, Literature.  
Categories: Demetrios Project, Humanities, Social Sciences and Law  
DOI: 10.17160/josha.6.7.584

Abstract:

one of the winners, Federico Abal, presents the torture known as one of the actions considered morally aberrant and unacceptable. It often refers to the prohibition of this practice as an illustration of the type of rights that all people have for the sole reason that they are tortured and that must be respected. Despite this negative assessment of torture, expressed masterfully in the anecdote of the anarchist comrade, the debate over its moral permissibility has been revitalized in recent decades. In his thesis, the author addresses this and other problems related to the contemporary debate on torture. From the analysis offered in these three chapters he concludes that torture is an immoral *prima facie* practice, that it can be morally justifiable in exceptional cases and that, by virtue of such exceptionality, it is not reasonable to incur in legal reforms such as those proposed by the institutionalist model.

**JOSHA**

[josha.org](http://josha.org)

**Journal of Science,  
Humanities and Arts**

JOSHA is a service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content

**Tesis para obtener el grado de Licenciatura**

# **Tortura: permisibilidad, mundo real y legislación**

**Tesista: Federico Germán Abal**

**LU: 36903829**

**Carrera: Filosofía**

**Director: Dr. Facundo García Valverde**

**Departamento de Filosofía**

**Facultad de Filosofía y Letras**

**Universidad de Buenos Aires**

**2018**



## Índice

### Introducción

#### 1 Definición

##### 1.1 Casos indudables y casos indeterminados

##### 1.2 Las limitaciones de la definición jurídica

###### 1.2.1 Funcionarios públicos

###### 1.2.2 Sanciones legítimas

###### 1.2.3 Intención

##### 1.3 Indeterminación terminológica

###### 1.3.1 Memorandos sobre la Tortura

###### 1.3.2 Cruel, inhumano y degradante

##### 1.4 Indeterminación definicional

##### 1.5 Conclusión

#### 2 Permisibilidad

##### 2.1 Acerca del valor de los experimentos mentales

##### 2.2 Los rasgos relevantes de TTB

###### 2.2.1 Utilitarismo

###### 2.2.2 Justificación defensiva

###### 2.2.2.1 Indefensión y propiedad de “no representar una amenaza”

###### 2.2.2.2 Deberes negativos y deberes positivos

###### 2.2.2.3 Daño eliminativo y daño oportunista

###### 2.2.2.4 Defensa del argumento comparativo

###### 2.2.3 Mal menor

##### 2.3 Mundo real

###### 2.3.1 La perspectiva de éxito

###### 2.3.2 La persona torturada

###### 2.3.3 La tortura como caso aislado

##### 2.4 Conclusión

#### 3 Legislación

##### 3.1 Absolutismo legislativo: la defensa de McMahan

###### 3.1.1 Argumento histórico



- 3.1.2 Argumento de los regímenes injustos
- 3.1.3 Argumento psicológico
- 3.1.4 Argumento inherentista
- 3.2 Modelo institucionalista: la propuesta de Dershowitz
  - 3.2.1 Primera interpretación
    - 3.2.1.1 Problema del tiempo
    - 3.2.1.2 Problema del juez sádico
    - 3.2.1.3 Problema epistémico
    - 3.2.1.4 Problema del argumento psicológico
    - 3.2.1.5 Problema de la profesionalización
  - 3.2.2 Segunda interpretación
- 3.3 Exploración preliminar: ventajas del modelo legalista
- 3.4 Conclusión
- 4 Conclusión final
- Bibliografía



## Agradecimientos

Esta tesis representa la culminación de una etapa bellísima y conflictiva.

Agradezco a aquellas personas que contribuyeron con mi proceso de formación de grado y me incentivaron, de un modo u otro, a seguir esforzándome cuando me sentía estancado.

A todos los miembros del Grupo de Filosofía Política, indudablemente el espacio más plural e intelectualmente estimulante que cualquier joven estudiante pudiera desear para comenzar a investigar. Especialmente a Federico Ast, Miguel Duranti, Eliana Franceschini, Francisco García Gibson, Luis García Valiña, Mariano Garreta Leclerq, Ignacio Mastroleo, Julio Montero y Martin Oliveira.

A los miembros del Grupo de Investigación en Ética de la UNLP: Micaela Anzoátegui, Daniel Busdygan, Martin Daguerre, Julieta Elgarte, Joaquín Suarez y Graciela Vidiella.

A los integrantes del Grupo de lectura de la UTDT: Alejandro Chehtman, Marcelo Ferrante, Eduardo Rivera López y Martin Farrell.

Mi mayor agradecimiento a mi director, Facundo García Valverde. No exagero al decir que la redacción de esta tesis no hubiera sido posible sin su apoyo académico y emocional. Su incesante crítica ante cada borrador solo fue superada por su capacidad para motivarme a no bajar los brazos.

Agradezco a mis padres y hermanos.

A Paola Cardozo por ser mi gran compañera en esta y en cada aventura.



“La única cosa que pueden hacer los filósofos, como filósofos, para ayudar a resolver problemas prácticos es abordar los diferentes argumentos que se presentan en un debate y tratar de mostrar cuáles de ellos son buenos y cuáles son malos. Casi todo lo demás puede hacerlo mejor otra persona.”

R. M. Hare (1992) “One Philosopher’s Approach to Business and Professional Ethics” en *Business & Professional Ethics Journal*, Vol. 11, No. 2, pp. 3-4.



## Introducción

*"En una reunión opinaba un compañero anarquista que había que ser implacable con la burguesía y con todo tipo de clase en el estado... con los estados. Este compañero fue detenido y fue torturado. Alguien le preguntó sobre esto y él terminó la explicación diciendo que no tuvieron la suerte de quebrarlo. Entonces se le preguntó si decía aquello porque no había hablado y el compañero respondió: No, no es eso, sino que nunca pensé en hacerles lo que hicieron conmigo."* (La Protesta nº 8181, diciembre-enero 1991-1992)

La tortura integra emblemáticamente la lista de acciones consideradas moralmente aberrantes e inaceptables. Suele remitirse a la prohibición de esta práctica como ilustración del tipo de derechos que asisten a todas las personas por el solo hecho de serlo y que deben ser obligatoriamente respetados.

A pesar de esta valoración negativa de la tortura, expresada magistralmente en la anécdota del compañero anarquista, en las últimas décadas se ha revitalizado el debate en torno a su permisibilidad moral.

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, fueron el puntapié inicial para que un amplio número de filósofos y juristas comenzara a ofrecer razones en torno a una práctica que, a primera vista, no parecía admitir discusión.

Posteriormente, los atentados ocurridos en Madrid (2004), Oslo (2011), Garissa (2015), Bruselas (2016) o Manchester (2018) muestran que la persistencia del debate no responde a un interés meramente académico, sino a situaciones de extrema gravedad que deseáramos evitar y que pueden poner en jaque nuestras convicciones morales más profundas.

Algunos autores han denunciado cierta hipocresía implícita en el debate. Entre estos, María del Carmen Verdú (2009: 116) sostiene que *"no importa donde busquemos, no hay estado democrático que no combine el formal repudio a la tortura con su uso sistemático oficial, en forma más o menos clandestina."*



Indudablemente, la tortura se emplea con frecuencia en cárceles, en barrios populares, en contextos bélicos, etc.

Pero el hecho de que se utilice de manera “más o menos clandestina” da cuenta de su carácter “maldito”. La tortura ha sido históricamente potestad, casi exclusiva, de terroristas, dictadores o “manzanas podridas” del aparato represivo estatal.

Con estos antecedentes, ¿Sería imaginable que la tortura fuera una acción, todas las cosas consideradas, moralmente permisible? Si lo fuera, ¿Cómo debería proceder una comunidad política frente a los “torturadores justos”?

En la presente tesis se abordan este y otros problemas relacionados al debate contemporáneo sobre la tortura.

La primera parte presenta lo que denomino como el *problema definicional de la tortura*. Se analizan distintas definiciones sobre tortura a la luz de su función práctica y se introduce una definición fundada en los elementos que constituyen su carácter *prima facie* inmoral.

En la segunda parte se reconstruye el debate sobre la permisibilidad moral de la tortura. Se formula una defensa del valor de los experimentos mentales en ética, especialmente del clásico “caso de la bomba a punto de estallar” (*ticking time bomb*) y se muestra su relevancia para abordar la moralidad de la tortura en casos realistas a partir de una justificación defensiva.

En la tercera parte se ofrece un repaso por el debate sobre los modelos legislativos en torno a la tortura y se argumenta a favor de uno de ellos (*modelo legalista*).

Como espero quede evidenciado, la elección de la tortura como tema para el desarrollo de una tesis de grado permite tratar una serie de problemas interesantes para la ética aplicada (v.g. la validez del uso de experimentos mentales, la existencia de absolutos morales, la justificación de acciones violentas, las limitaciones epistémicas para la reflexión moral, la función práctica de las definiciones, entre otros).



## 1 – Definición

El viernes 21 de septiembre del 2018, el Tribunal Oral 9 de la Ciudad de Buenos Aires condenó a seis miembros de la Prefectura por haber torturado y privado ilegítimamente de su libertad a dos jóvenes activistas de la agrupación política *La Poderosa*.

El 24 de septiembre del 2016, los jóvenes, Iván Navarro y Ezequiel Villanueva Moya, fueron detenidos sin justificación alguna por los efectivos en la villa 21-24 y llevados a un destacamento de la Prefectura donde los amenazaron y golpearon. Posteriormente, fueron trasladados a un descampado frente al Riachuelo y sometidos a nuevas humillaciones, golpes y simulacros de fusilamiento.

El *Centro de Estudios Legales y Sociales* (CELS) y diferentes referentes en la lucha por los derechos humanos señalaron la importancia del fallo atendiendo a la apreciación que los miembros del tribunal realizaron sobre el accionar de los uniformados. Tal como señala María del Carmen Verdú (2009: 121), el poder judicial suele emplear figuras penales más atenuadas (v.g. apremios ilegales, vejaciones, severidades) para juzgar agresiones como las que sufrieron los activistas.

A lo largo del juicio, los abogados defensores de los prefectos intentaron demostrar que las acciones de sus defendidos no se enmarcaban dentro de los alcances del art. 144 ter del Código Penal, que establece penas de 8 a 25 años de prisión e inhabilitación absoluta y perpetua para el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Para enfatizar esta línea de argumentación, en una de las audiencias, uno de los colegiados blandió un ejemplar del libro *Nunca Más* mientras afirmaba, “torturas fueron las de ese momento, estas no”.<sup>1</sup>

Esta afirmación ilustra lo que denominaré el *problema definicional de la tortura*. Dicho problema se expresa en la incapacidad de establecer con precisión el conjunto de acciones violentas a las que corresponde categorizar como ejemplos de tortura. El presente capítulo trata sobre este problema.

---

<sup>1</sup> Link: <https://www.laizquierdadiario.com/Llora-Bullrich-condena-historica-para-seis-prefectos-por-torturar-a-pibes-en-la-villa-21-24>



### 1.1 – Casos indudables y casos indeterminados

Una de las funciones de una definición es identificar a los referentes de un concepto, existan estos empíricamente o no.<sup>2</sup> Para ello, postula características necesarias y suficientes que deben cumplir los elementos a ser alcanzados legítimamente por el término.

Dicha postulación debe evitar, por un lado, la excesiva amplitud (cuando la definición permite identificar una mayor cantidad de elementos que los que deberían ser referenciados por el concepto) y, por otro lado, la excesiva estrechez (cuando la definición identifica una menor cantidad de elementos que los que deberían ser referenciados por el concepto). Ambas deficiencias pueden combinarse. Por ejemplo, definir el concepto de “ave” como “animal que vuela” excluye elementos que deberían ser referenciados por el concepto (v.g. los pingüinos) e incluye elementos que no debería (v.g. los murciélagos).

El rechazo a una definición con base en alguna de estas deficiencias supone la existencia de casos que deberían ser indudablemente incorporados o excluidos. Retomando el ejemplo anterior, asumimos que un murciélago no es un tipo de ave y, por lo tanto, cualquier definición que permitiera identificarlo como un elemento del conjunto sería rechazable. Dicha objeción se fundaría en la incapacidad de la definición propuesta para capturar el modo en que el término “ave” es empleado dentro del mundo hispanoparlante.

Estos *casos indudables* deben ser contemplados por toda definición satisfactoria. Por ejemplo, una definición de tortura que no identificara como ejemplos a ciertas prácticas represivas llevadas a cabo por las fuerzas estatales durante la última dictadura militar argentina (v.g. descargas eléctricas, ahogamientos o violaciones), no resultaría aceptable.

---

<sup>2</sup> No necesariamente una definición debe denotar una entidad real. La definición de “centauro”, por ejemplo, expresa las características necesarias y suficientes que debe satisfacer un elemento del mundo para ser considerado centauro, con independencia de la existencia de un centauro en el mundo real (Hospers 1984: 45). Como resultara evidente, siempre que hable de una definición en este capítulo estaré aludiendo a lo que comúnmente se denomina “definición intensional”, ver: Schiappa 2003: cap. 1.



Ahora bien, existen casos que no presentan esta claridad y frente a los cuales no es posible apelar a un consenso comunitario unánime para determinar el modo adecuado de conceptualizarlos, dado que dentro de la propia comunidad existen desacuerdos en torno a ellos.

En ciertos ámbitos, las consecuencias prácticas de esta indeterminación pueden ser relevantes, tal como evidencia el caso que da inicio al capítulo. Que las acciones de los prefectos sean consideradas como tortura implica que el tribunal puede aplicarle una condena considerablemente más severa que la que correspondería si dicha categoría no fuera apropiada.

Existen dos formas en las que un caso puede resultar indeterminado. Frente a una definición de X que establece como condiciones necesarias y suficientes las características A, B y C, es posible que nos encontremos con un caso que, o bien (1) no es claro si cumple con todas las condiciones, o bien (2) no cumple con alguna de ellas pero podríamos creer que debería ser considerado un ejemplo de X

La primera posibilidad, que llamaré *indeterminación terminológica*, sugiere que las condiciones incluidas en la definición no son taxativas respecto de todos los casos que pueden ponerse en cuestión.

A veces, este inconveniente puede resolverse precisando los términos empleados. Por ejemplo, si afirmamos que una de las características definitorias del abuso sexual es la falta de consentimiento de la víctima hacia dicha práctica, es probable que nos encontremos frente a un escenario donde se nos exija que precisemos qué entendemos por “consentimiento”.

Sin embargo, existen términos que no admiten esta solución y parecen condenados a favorecer la aparición de casos de indeterminación. Tal es la situación de términos como “gravedad” o “grave”, que forman parte de la amplia mayoría de las definiciones de tortura que han sido ofrecidas en el ámbito jurídico y filosófico.

La segunda posibilidad, que llamaré *indeterminación definicional*, no remite a la falta de precisión inherente o circunstancial de algún término, sino a la definición en sí misma. Para ilustrarla volvamos al concepto “ave”, pero esta vez definámoslo como “animal que vuela, tiene pico y alas”. Supongamos que en la selva amazónica recientemente se ha encontrado un animal que tiene un pico similar al de un guacamayo,



vuela a escasa altura y tiene una sola ala en su lomo. Inexplicablemente para los especialistas, dicha extremidad le permite levantar vuelo y permanecer suspendido en el aire. La pregunta es si debe definirse como un ave o no. Si la respuesta es afirmativa, entonces debemos modificar la definición, eliminando el requisito de tener alas y postulando el siguiente: “tener al menos un ala”. Si la respuesta es negativa, entonces debemos crear un nuevo concepto (v.g. “avu”) que incluya al espécimen descubierto y a todo otro individuo que cumpliera con las características que lo definen, a saber, ser un animal que vuela, tener pico y menos de dos alas.<sup>3</sup>

La decisión por una u otra respuesta en estos ejemplos puede parecer una cuestión insignificante, que solo interesa a los aficionados por la taxonomía. A lo sumo, podría acudirse a un criterio de simplicidad que llevaría a optar por no sumar un nuevo concepto al densamente poblado campo conceptual de la zoología (Hospers 1984: 68). Sin embargo, como ya fue adelantado, existen otros ámbitos donde resulta importante definir con precisión la adscripción conceptual de un caso. De ello puede depender, por ejemplo, el tipo de castigo penal que le corresponde a un individuo, o la reparación que debe garantizarse a una víctima.

Los juristas y filósofos que toman parte en el debate contemporáneo sobre tortura usualmente dedican la primera parte de sus investigaciones a definir qué entienden por esta (v.g., Brecher 2007, Rejali 2009, Wisniewski & Emerick 2009, Kamm 2011, Allhoff 2012, Steinhoff 2013, Kramer 2014).

Esta prioridad temática parece razonable. Toda vez que quiere indagarse sobre la moralidad de un tipo de acción (v.g. aborto, asesinato, tortura), es necesario presentarla de un modo en que resulte claro sobre qué estamos hablando.

Mayoritariamente, los autores suelen adoptar la siguiente metodología. En primer lugar, hacen un relevamiento de los problemas de las definiciones empleadas en el derecho internacional, que se muestran demasiado restrictivas y excluyen casos indudables de

---

<sup>3</sup> Podría decirse que el nuevo espécimen descubierto no es un caso indeterminado. Ciertamente, la definición de “ave” propuesta lo determina como un no-referente. Dicho esto, espero se admita el uso amplio del adjetivo “indeterminado” que realicé en este capítulo, que me lleva a aplicarlo no solo a los casos que no satisfacen taxativamente las condiciones de la definición, sino también a aquellos casos que podrían razonablemente querer incorporarse como referentes del concepto y que, consecuentemente, habilitan una revisión de la definición existente.



tortura. En segundo lugar, relevan las definiciones propuestas por otros autores y las objetan apelando a casos (generalmente hipotéticos) que muestran su excesiva amplitud o su excesiva estrechez. En tercer lugar, proponen una definición que, al contemplar los casos erróneamente incluidos o excluidos por las anteriores, se muestra presuntamente superior. Posteriormente, avanzan con su investigación sobre la permisibilidad moral de la práctica que han definido.

El objetivo de este capítulo es mostrar que esta pretensión de diferenciar entre la empresa definicional y la moralidad de la tortura es errónea y descansa en una incomprensión del carácter funcional de las definiciones para la práctica moral. La conclusión a la que arribaremos afirma que no existe una definición esencial de la tortura, sino práctica, que responde a los intereses comunitarios de los usuarios de ese término.

## 1.2 – Las limitaciones de la definición jurídica

Habitualmente, los capítulos y apartados que tratan el problema definicional de la tortura comienzan mostrando las limitaciones de la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (CAT). CAT es el principal tratado internacional en la materia y el primero en incluir una definición explícita (Farrell 2013: 73). En su art. 1, la Convención establece

*“A los efectos de la presente Convención, 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.”*



Como varios autores señalan (Davis 2005, Wisnewski & Emerick 2009, Kramer 2014), la definición de CAT no debe entenderse como una conclusión filosófica sino como una estipulación al servicio de establecer un acuerdo internacional entre estados.

Por lo tanto, es de esperar que sus obligaciones recaigan específicamente sobre aquellos individuos que actúan en nombre del estado y que no identifique la totalidad de casos de tortura que se exigirían a una definición mínimamente aceptable. En otras palabras, el art. 1 de CAT ofrece una definición funcional al interés del conjunto de naciones que la han firmado y ratificado desde su adopción por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1984, hasta la fecha.

El uso de un concepto en el ámbito jurídico no tiene por qué coincidir con el uso del mismo concepto en otros ámbitos. Esta diferencia cabe entenderla a la luz de la específica función que desempeña dicho término para los usuarios, que en el caso de ámbito jurídico internacional son los estados.

Consideremos algunos rasgos que evidencian la excesiva estrechez de CAT y que impiden identificar casos indudables.

### 1.2.1 – Funcionarios públicos

En primer lugar, es evidente que, a diferencia de lo estipulado en CAT, actores no estatales pueden cometer actos de tortura. Por ejemplo, en el informe final de la *Comisión de la Verdad y Reconciliación Peruana* se registran múltiples casos de tormentos (v.g. mutilaciones, machetazos, crucifixiones) efectuados por la organización maoísta *Sendero Luminoso*.<sup>4</sup>

Darius Rejali (2009: 38) considera que la definición de tortura solo puede aplicarse legítimamente a acciones realizadas por estados o grupos rebeldes o insurgentes que actúan de manera estatal (tienen un territorio bajo su control sobre el que imparten justicia y garantizan cierto orden público). Rejali supone que una ampliación mayor

---

<sup>4</sup>Ver: Informe REDRESS (Mayo 2006) “No solo el Estado: Tortura por Actores No-Estatales”, p. 26. Link: <https://redress.org/wp-content/uploads/2006/05/Non-State-Actors-May-Spanish-final-6-7-2006.pdf>



llevaría a la indistinción entre actos de tortura y otros tipos de acciones violentas que pueden describirse mejor en términos de “crueldad”.

Sin embargo, de existir, esta indistinción no parece fundarse en los individuos que efectúan uno u otro tipo de acción, sino en la acción en sí misma.

La diferencia entre actores que se comportan de manera estatal y actores que no lo hacen puede tener alguna repercusión atendible en términos jurídicos, pero a los fines de proponer una definición de tortura filosóficamente satisfactoria no resulta convincente.

Las descargas eléctricas padecidas por detenidos durante la última dictadura militar argentina no parecen diferentes a las que podrían sufrir los prisioneros de una organización terrorista sin dominio territorial o las víctimas de un secuestrador sádico. No encuentro razones extrajurídicas para pensar que estas acciones no puedan ser identificadas como referentes de un mismo concepto.

Por supuesto, el hecho de que sea un funcionario estatal quien manipula la picana eléctrica puede otorgarle al primer hecho un carácter distintivo respecto de los otros, pero no porque estos últimos no merezcan la calificación de tortura.

Resulta más plausible afirmar que las tres son acciones idénticas (indudablemente, en virtud del dolor o sufrimiento que generan, lo son) y que reciben un tratamiento jurídico diferenciado producto del status de los agresores involucrados.

Por ejemplo, si se comprobara que dicho funcionario actuó en el marco de una política estatal represiva que promovía o amparaba el uso de tormentos, su accionar constituiría un crimen de lesa humanidad. Dicha categoría no aplica a acciones de individuos que actúan aisladamente; incluso si estos son miembros de fuerzas represivas que torturan en ejercicio de sus funciones (Verdú 2009: 134).

La posición de Rejali, que es ligeramente más inclusiva que la definición de CAT (incluye el accionar de grupos no estatales que actúan de manera estatal), no identifica como ejemplos de tortura algunos casos indudables que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer una definición apropiada para un ensayo de ética aplicada.



### 1.2.2 – Sanciones legítimas

CAT estipula que no deben considerarse como tortura aquellos dolores o sufrimientos que sean consecuencia de sanciones legítimas. Esta condición ha sido interpretada de dos maneras. Por un lado, algunos autores sostienen críticamente que bastaría con legalizar la tortura para que esta incumpla el requisito de no ser consecuencia de una sanción legítima (Brecher 2007: 5). Por otro lado, Kramer (2014) afirma que el modo adecuado de entender este requisito es interpretando la idea de “sanción legítima” como siendo aquella que respeta las otras condiciones de la definición. Este es el sentido que se acepta en otros tratados internacionales, como la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* (CIPST).<sup>5</sup> Evidentemente, esta segunda interpretación es más caritativa con CAT que la primera. Sin embargo, no evita algunos inconvenientes.

Los estados firmantes suelen expresar ciertas reservas al momento de comprometerse con un tratado (Allhoff 2012: 60). Estas reservas pueden referir, por ejemplo, a la interpretación de determinados términos o al modo en que armoniza las obligaciones del tratado con su propia legislación doméstica. Son los estados quienes definen qué entienden por respetar las condiciones de la Convención.

Consideremos el caso de Arabia Saudita, que ha ratificado CAT y cuya jurisprudencia prevé castigos corporales como los azotes.

Si Arabia Saudita considerara los azotes como un castigo corporal que no produce dolores o sufrimientos graves, entonces los 1000 latigazos que el Tribunal Supremo de dicho país ordenó propinar al bloguero Raif Badawi no constituirían un caso de tortura.<sup>6</sup> Dado que CAT habilita la formulación de reservas con el objetivo de convocar a la mayor cantidad de estados, este es un escenario plausible incluso atendiendo a la

---

<sup>5</sup>En su artículo 2, CIPST establece: “No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”. Link: <http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2017/02/ConvencionInteramericanaContraTortura.pdf>

<sup>6</sup> Link: <https://www.es.amnesty.org/actua/acciones/arabia-saudi-raif-badawi-latigazos-ene15/>



segunda interpretación del requisito. Por supuesto, el hecho de que un estado no reconozca como tortura una determinada práctica, no implica que esta no lo sea.

Según la primera interpretación, los 1000 latigazos no podrían ser conceptualizados como un caso de tortura, ya que se inscriben dentro de una sanción legítima aprobada por una institución legal de ese país.

Nótese que si la misma acción fuera efectuada por un funcionario público de un país que prohíbe explícitamente los castigos corporales, se inscribiría dentro de los alcances de CAT, que prohíbe infligir intencionadamente dolores y sufrimientos graves a una persona con el fin de castigarla.

No obstante, el hecho de que 1000 latigazos formen parte del cuerpo jurídico de un estado no parece determinante para negarle su carácter de tortura. De hecho, la Inquisición española fue fundada en 1478 por los Reyes Católicos, estaba bajo el control directo de la monarquía y sus procedimientos son considerados paradigmáticamente ejemplos de tortura.

Este punto exhibe, nuevamente, que los requisitos de CAT pueden ser convenientes a los fines de estipular una definición consensuada entre países que difieren profundamente entre sí sobre cuestiones penales, pero no para arribar a una definición satisfactoria en materia de indagación moral.

### 1.2.3 - Intención

Un tercer requisito de CAT que impide identificar casos indudables remite al carácter intencional de la aplicación de dolor. En principio, torturar no parece ser el tipo de acción que puede realizarse accidentalmente.<sup>7</sup> Considérese el siguiente ejemplo.

**Videojuego:** *Juan es un amante de los videojuegos. Un villano perverso, que conoce dicha afición, ha programado el joystick de Juan de manera tal que cada vez que éste presiona la tecla X genera una potente descarga eléctrica sobre otro individuo, Pedro,*

---

<sup>7</sup> En esta tesis asumo, al igual que la mayoría de los autores, que la tortura es siempre un tipo de *acción*. Algunos autores sostienen que también puede torturarse mediante *omisiones* (García Amado 2016: 16).



*que está secuestrado en un lugar cercano. Juan desconoce esta situación y, sin saberlo, causa un profundo dolor sobre Pedro al jugar a su videojuego favorito.*

Es evidente que Juan no está torturando a Pedro. Él ni siquiera se anoticia de las consecuencias indeseables de su acción. Quien quisiera describir el accionar de Juan en términos de tortura pareciera estar simplemente forzando demasiado el lenguaje.

No obstante, por paradójico que resulte, es posible imaginar a un torturador cuya intención no sea generar dolor. Kramer (2014: 2.2.2.1) propone un ejemplo que ilustra esta posibilidad. Imaginemos que una organización terrorista posee armamento nuclear y amenaza usarlo contra diversas ciudades a menos que un político conservador se humille a si mismo públicamente torturando a su propia madre.<sup>8</sup>

Si el político creyera que la amenaza de los terroristas es cierta y aceptara su extorsión, difícilmente podría afirmarse que su intención es generar dolor sobre su madre.

Aquí cabe hacer alguna apreciación sobre el término “intención”. Una acción intencional es aquella que se realiza con vistas a un objetivo, esto es, instrumentalmente (Kenny 2009: 142), con independencia de que nos agrade o no realizarla. En este sentido, puede decirse que el político tiene la intención de torturar a su madre con el objetivo de responder a la extorsión de los terroristas y evitar un ataque nuclear. Sin embargo, sería inapropiado decir que tiene la intención de ocasionarle dolor. De hecho, si por alguna extraña razón ella no sintiera ningún displacer ante las técnicas que su hijo utilizara, este se sentiría complacido. El dolor de su madre no es un instrumento para el político, sino una consecuencia indeseable y altamente probable de su accionar.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Kramer toma este ejemplo de Gewirth (1981).

<sup>9</sup> Esta distinción puede entenderse a la luz de la denominada *Doctrina del Doble Efecto*, que sostiene que la licitud de un acto debe evaluarse en virtud de los efectos que busca generar intencionalmente (*intended effects*) y no de los efectos previstos pero no intencionales (*foreseen effects*). Dicha doctrina, de origen tomista, ha sido objeto de debate y críticas en la literatura contemporánea. Algunos autores descreen de la existencia de una diferencia normativa entre los efectos intencionales y los meramente previstos de una acción. Sin embargo, todos aceptan que puede establecerse una distinción analítica entre ambos. La sistematización contemporánea de la Doctrina del Doble Efecto puede encontrarse en Quinn (1989).



En un clásico artículo sobre este tema, Davis (2005: 164) sostiene que lo que distingue conceptualmente a algunos castigos corporales dolorosos (v.g. azotes, amputaciones) de los casos de tortura es que los primeros son efectuados por el verdugo sin la intención de producir dolor, sino procurando la aplicación de una sentencia judicial. El torturador, en cambio, se sirve del dolor ajeno como un instrumento para lograr su cometido, ya sea punitivo, interrogativo o de otro tipo. Si el ejemplo de Kramer tiene sentido (y creo que lo tiene), estamos frente a un caso indudable de tortura que no cumple con la característica definicional propuesta por Davis. Para reforzar este punto, considérese el siguiente escenario.

**Profesional:** *Carlos trabaja al servicio de un régimen totalitario en un centro de detención ilegal. Su trabajo consiste en someter a cada uno de los activistas políticos allí detenidos a 5 descargas eléctricas diarias de 50.000 voltios. El funcionario público que administra el centro clandestino sabe que esa cantidad de descargas diarias es suficiente para atemorizar a las víctimas y forzarlas a delatar a sus compañeros, y no le exige a Carlos más que la aplicación estricta de esta técnica.*<sup>10</sup>

*Profesional* es un indudable caso de tortura que no cumple con el requisito de intencionalidad. Carlos es consciente de las consecuencias de su trabajo diario y puede simplemente tener la intención de satisfacer las órdenes de su superior. El padecimiento de los detenidos es solo un efecto colateral que Carlos puede incluso considerar desagradable.<sup>11</sup> Carlos es inobjetablemente un torturador, aunque no haga uso del dolor de sus víctimas como medio para satisfacer ningún propósito.

Por supuesto, este es solo un ejemplo hipotético. Los torturadores suelen ser individuos que se benefician del dolor ajeno y precisamente por eso torturan. Sin embargo, cuando se trata de arribar a una definición conceptual, deben poder identificarse todos los *casos indudables*, hipotéticos y reales, típicos y atípicos.

---

<sup>10</sup> A modo de referencia, 50.000 voltios es la potencia de la descarga eléctrica de una pistola TASER (Rejali 2009: 1).

<sup>11</sup> En relación a este punto pueden leerse las declaraciones de un torturador chileno que relata el desagrado que le producía su tarea en Wolfendale (2009: 56).



El motivo de este ejemplo y del formulado por Kramer es mostrar que la intención instrumental de generar dolor no es un rasgo definicional de la tortura.

Ahora bien, al eliminar por completo dicho requisito se corre el riesgo de ampliar demasiado la definición y acabar identificando como ejemplo de tortura a casos accidentales como *Videojuego*.

Una alternativa plausible es incorporar como requisito la *previsión* por parte del agente de que sus acciones producirán dolores o sufrimientos graves. Dicha inclusión permite identificar el caso de Kramer y *Profesional* sin incorporar a *Videojuego*.

Sin embargo, la definición seguiría siendo lo suficientemente amplia como para identificar el accionar de un médico que con el objetivo de salvar la vida de un paciente incapacitado para prestar consentimiento decide someterlo a una intervención quirúrgica que prevé será muy dolorosa. Este es un caso que indudablemente no debería catalogarse como tortura.

Frente a este inconveniente, Steinhoff (2013: 9) ensaya una solución *ad hoc* y excluye de la definición aquellos casos en que el agente sabe que su acción producirá un dolor o sufrimiento grave, pero la realiza con un propósito médico.<sup>12</sup> Como toda solución *ad hoc*, el único argumento esgrimido para proponerla es su mera utilidad para la resolución de un problema.

No es claro porque todos quienes actúan con un propósito médico pueden ser excluidos de este modo. Josef Mengele, médico oficial de las SS, realizaba sobre sus pacientes prácticas extremadamente dolorosas con fines médicos. Huelga decir que el dolor que padecían sus víctimas no era intencionalmente infligido, sino un efecto indeseado de las macabras experimentaciones de Mengele.

Podría rebatirse que el propósito de Mengele no era estrictamente médico, dado que no apuntaba a mejorar la salud del individuo tratado. Pero esta clarificación del concepto de “propósito médico” no nos lleva muy lejos. Mengele podría haber estado procurando el mejoramiento físico de sus pacientes (o el avance general de la ciencia médica) y aun así cabe considerar a sus experimentos como casos de tortura.

---

<sup>12</sup> “Definiré a la tortura del siguiente modo: Tortura es la consciente y continua aplicación de un sufrimiento físico extremo por razones no medicas.” (Steinhoff 2013:7). Esta y todas las traducciones siguientes son de mi autoría.



Asimismo, la sola incorporación del requisito de previsión permite identificar como tortura los padecimientos que pudiera experimentar un individuo como consecuencia de su encarcelamiento.

Aunque pudiera preverse que un condenado por homicidio padecerá cierto sufrimiento psicológico en la cárcel, difícilmente pueda considerarse como torturador al juez que dictamina su reclusión o al guardia cárceles que gestiona su cumplimiento.

La evaluación que niega al encarcelamiento el carácter de tortura no puede descansar en el aspecto no intencional del padecimiento que experimentará el recluso. Si así fuera, deberían excluirse el caso indudable de Kramer y *Profesional*. La principal razón parece ser la falta de severidad del sufrimiento que produce el confinamiento bajo condiciones básicas de higiene y seguridad.

La mayoría de las definiciones de tortura incluyen la noción de “gravedad” o términos cercanos a esta. Sobre este punto me detendré en la sección siguiente.

Para incluir casos como el de Mengele y excluir el caso del médico bien intencionado que prevé que sus acciones producirán un dolor grave, puede modificarse el requisito de *generar un dolor grave intencionalmente*, por el de *realizar una acción que se prevé producirá un dolor grave con una intención que no puede esperarse razonablemente que la víctima comparta*.

Hasta aquí he señalado las limitaciones de la definición de CAT para identificar casos indudables de tortura. Sin embargo, como fue advertido, dicha definición debe evaluarse a la luz de su propia función en el ámbito legislativo internacional. En el contexto de un ensayo de ética aplicada la función de una definición no es ofrecer un punto de referencia para estados nacionales, sino identificar los referentes del concepto que se pretende indagar moralmente. Para ello, primeramente, debe poder identificar a los casos indudables, esto es, aquellos casos que, dado el modo en que empleamos el término “tortura”, se asume que deberían ser referentes del concepto.

Esta no es una tarea fácil, ya que la modificación de un requisito en la definición para identificar como referente un caso indudable puede llevar a ampliar demasiado el alcance del término. Esto ha quedado ilustrado por el desafío que plantea la modificación del requisito de intencionalidad por el de previsión del daño para incluir los casos indudables de Kramer y *Profesional*.



### 1.3 – Indeterminación terminológica

Retomemos la reacción de los abogados defensores de los prefectos en el caso que inicia el capítulo. El acto de blandir un ejemplar del *Nunca Más* puede entenderse como un intento por parte del colegiado de mostrar la relevancia definicional de la gravedad del dolor impuesto al momento de considerar una acción violenta como un caso de tortura.

La aplicación de ciertas técnicas efectuadas por funcionarios públicos durante el terrorismo de estado (v.g. descargas eléctricas, ahogamientos, violaciones) son diferentes a las empleadas por los prefectos. Una razón fuerte para considerar como un caso indudable de tortura a las primeras es la marcada gravedad del sufrimiento que producían sobre el detenido. Evidentemente, el indescriptible dolor sufrido por miles de personas en los campos clandestinos de detención de la última dictadura militar argentina es superior al experimentado por los jóvenes activistas de *La Poderosa*.

Sin embargo, a los fines de mostrar que las acciones de los prefectos no constituyen un ejemplo de tortura, esta comparación es completamente desatinada. “Gravedad” es un adjetivo que admite grados y, por lo tanto, mostrar un ejemplo de extrema gravedad no inhabilita la posibilidad de otras instancias menos extremas.

Dicho esto, si se acepta que el dolor infligido debe satisfacer un umbral de gravedad mínimo para ser considerado tortura, es necesario especificar donde debe trazarse la línea. De no hacerlo, toda definición de tortura parece condenada a favorecer la aparición de casos indeterminados.

Este ha sido un tema central en el debate contemporáneo sobre tortura y ha recibido especial atención en ocasión de una serie de documentos internos del Departamento de Justicia de los Estados Unidos que fueron denominados coloquialmente como Memorandos sobre la Tortura (*Torture Memos*).

#### 1.3.1 – Memorandos sobre la Tortura

Luego de los atentados del 11 de septiembre del 2001 contra las torres gemelas del World Trade Center y la sede del Pentágono en Virginia, la administración Bush se



lanzó hacia una campaña militar internacional que recibió el nombre de “Guerra contra el Terror”.

En el marco de dicha campaña, que incluyó intervenciones militares en Afganistán e Irak, traslado de detenidos a cárceles clandestinas y supresión parcial de libertades civiles dentro del territorio norteamericano, asesores legales del Departamento de Justicia (DOJ) produjeron una serie de documentos respondiendo a diferentes consultas elevadas por funcionarios jerárquicos de la CIA, del Departamento de Defensa y del Poder Ejecutivo.

Originalmente, la expresión “memorandos sobre la tortura” hacía referencia a tres documentos elaborados por los fiscales de la Oficina de Asesoría Legal del DOJ, John Yoo y Jay Bybee, fechados el 1 de agosto del 2002, que se filtraron a la prensa luego de que se conocieran públicamente una serie de imágenes que evidenciaban las torturas que la policía militar estadounidense aplicaba sobre los prisioneros en la cárcel de Abu Ghraib. Sin embargo, otros documentos internos fueron posteriormente desclasificados y suele hacerse referencia a ellos con la misma expresión coloquial.<sup>13</sup>

Los memorandos tratan sobre la permisibilidad legal de ciertas acciones que, en principio, parecen contradecir los compromisos asumidos por el estado norteamericano al ratificar tratados internacionales como CAT o la *Convención de Ginebra*. A los fines del presente capítulo, sólo haré referencia al contenido de esos documentos que resulta relevante para el problema definicional de la tortura.

El memorando de Bybee, dirigido al asesor presidencial de Bush, Alberto Gonzales, y el memorando de Yoo, dirigido al consejero jurídico del Departamento de Defensa, William J. Haynes II, comparten la misma interpretación del término “grave” (*severe*) incluido en la definición de tortura estipulada en el artículo 1 de CAT.<sup>14</sup> Esta

---

<sup>13</sup>Los memorandos sobre la tortura y todos los documentos internos desclasificados de ese periodo, vinculados al uso de tormentos, pueden encontrarse en el archivo digital *Torturing Democracy*. Link: <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/>

<sup>14</sup> Para evitar confusiones idiomáticas cabe aclarar lo siguiente. En su versión inglesa, el artículo 1 de CAT utiliza la expresión “*severe pain or suffering*”. La traducción adecuada para “*severe*” no es “*severo*”, sino “*grave*”. Toda vez que, en referencia a los argumentos empleados en los memorandos, use el término “*grave*” debe entenderse que los autores están empleando el término equivalente en inglés “*severe*”.



coincidencia no debería sorprender dado que suele asumirse que Yoo fue el autor de ambos documentos (Allhoff 2012: 220).

En este último memorando, fechado el 14 de marzo del 2003, Yoo analiza una serie de técnicas violentas de interrogación a la luz de 18 USC §2340, la sección del Código de los Estados Unidos que especifica el modo en que la legislación norteamericana concibe la definición de tortura en CAT.

Yoo afirma razonablemente que la clave interpretativa de dicha sección radica en cómo debe entenderse la expresión “dolores o sufrimientos graves”.

La mayoría de los autores coinciden en que no todo dolor infligido intencionalmente sobre un individuo puede ser caracterizado como un caso de tortura, sino solo aquellos considerados graves. Esto conduce a la necesidad de establecer alguna definición de gravedad.

Nótese que en esta empresa definicional hay dos caminos que deben descartarse. En primer lugar, no puede apelarse a una definición ostensiva que señale ejemplos irreprochables de dolor o sufrimiento grave, dado que no ilumina el carácter de aquellos casos que querrían ponerse en discusión y para los que, precisamente, requerimos de una definición. En segundo lugar, no puede afirmarse que la gravedad de un dolor es el tipo de cosa que reconocemos sin necesidad de una definición, dado que, como muestra el ejemplo de los prefectos, hay casos que no concitan acuerdo (Brecher 2007: 5).

Apelando a la jurisprudencia, Yoo encuentra que la expresión “dolor grave” ha sido empleada en diferentes ocasiones para referir a instancias de emergencia médica. En esas oportunidades, los magistrados definieron como “dolor grave” al indicador físico asociado a la muerte, a la falla de un órgano o al deterioro permanente de una función corporal importante (Yoo 2003: 38). Yoo admite que extrae esta definición de un contexto que trata un asunto diferente a la tortura. Sin embargo, considera que, en ausencia de alguna explicitación terminológica más atinente, puede ser útil para clarificar el concepto.

*“Aunque estos estatutos abordan un tema sustancialmente diferente al de la sección 2340, son útiles para comprender qué constituye un dolor físico severo. Estos tratan el dolor severo como un indicador de enfermedades que pueden causar daños físicos*



*permanentes y graves en ausencia de tratamiento médico inmediato. Tales daños deben alcanzar el nivel de muerte, insuficiencia de un órgano o deterioro permanente de una función corporal significativa. Estos estatutos sugieren que para constituir un caso de tortura el "dolor severo" producido debe elevarse a un nivel similarmente alto: el nivel que normalmente se asociaría con la muerte, la insuficiencia orgánica o el deterioro grave de las funciones corporales.” (Yoo 2003: 38-39)*

La interpretación escogida por Yoo implica una definición de tortura excesivamente estrecha. Existen casos indudables de tortura que producen un dolor o sufrimiento que no alcanza la gravedad propuesta (v.g. descargas eléctricas de cierto voltaje, azotes, violaciones, ahogamientos). En otras palabras, Yoo coloca el umbral de gravedad demasiado alto.

Esta es una consecuencia esperable de extrapolar una definición funcional a un ámbito específico (en este caso, la jurisprudencia norteamericana relativa a emergencias médicas). Tal como ocurre con CAT, no parece atinado señalar las limitaciones de una definición con base en requerimientos de alcance que esta no pretende satisfacer.

“Grave” es un término inherentemente problemático dado que remite a una propiedad que admite la llamada *paradoja del continuo*. Esta paradoja identifica la imposibilidad de determinar el punto exacto en que puede aplicar un determinado concepto.

Una referencia habitual para entender esta paradoja es la temperatura climática. Una ciudad con una temperatura de -20° es considerada fría y una ciudad con una temperatura de 40° es considerada calurosa. Estos son casos extremos fácilmente entendibles.

Sin embargo, no es tan claro el punto dentro del continuo térmico a partir del cual puede hablarse de una ciudad fría o calurosa. Es aceptado que -20° es frío, pero ¿-19° debería considerarse del mismo modo? Cabe suponer que sí. Una variación de 1° no es suficientemente determinante como para inscribir a la ciudad en una categoría diferente. Pero si esta afirmación es cierta, parece que nunca podrá hablarse de una ciudad calurosa. Por supuesto, -19° es una temperatura más cálida que -20°, pero es arbitrario el momento en que decidimos cortar la adición de 1° grado porque hemos dado con una temperatura suficientemente cálida como para llamarla calurosa.



Nótese que este inconveniente no puede resolverse introduciendo una nueva categoría (v.g. templado) entre medio de frío y caluroso, ya que la paradoja del continuo se trasladaría al punto exacto en que, por ejemplo, deja de hablarse de un clima frío y empieza a hablarse de uno templado.

En el debate sobre tortura, el continuo de la propiedad de ser grave es incluso más problemático que este clásico ejemplo de la temperatura. Puede aceptarse fácilmente que el dolor generado por un suave pellizco no es un dolor grave y que el dolor generado por 1000 latigazos sí lo es. Nuevamente, estos son casos extremos fácilmente entendibles.

El problema de determinar en qué punto del continuo un dolor empieza a ser considerado grave es que no puede establecerse arbitrariamente para todos los casos. La *Corte Europea de Derechos Humanos* (CEDH) señala esta peculiaridad al afirmar que el cumplimiento del requisito de gravedad depende, entre otras circunstancias, de las características de la víctima (v.g. su edad y su estado de salud).

Farrel (2013: 75) entiende que esta interpretación del requisito es extraña. Sin embargo, según creo, es bastante acertada. Si el objetivo es identificar aquellas acciones violentas que producen dolores o sufrimientos graves, debe tenerse en cuenta no solo la acción del agresor (v.g. azotar, pellizcar o insultar), sino también las características del individuo agredido que pueden ser determinantes a la hora de evaluar la gravedad del daño.

No es absurdo pensar que existen acciones violentas que satisfacen el requisito de gravedad independientemente de quien sea el individuo que las padece, y acciones violentas que lo satisfacen solo cuando se efectúan contra ciertas personas. Por ejemplo, cortar el pelo de un detenido que profesa una religión donde la longitud del cabello tiene un significado especial implica un grado de sufrimiento inimaginable para un ateo.

Por fuera de los ejemplos extremos, es difícil establecer terminantemente si un caso cumple o no con el requisito de gravedad. Esta fue la primera fuente de indeterminación señalada al comienzo de este capítulo.

Cabe preguntarse entonces, bajo que definición deben agruparse aquellas acciones violentas a las que, en ausencia de un umbral de gravedad objetivo, hemos decidido negarle (por definición) el carácter de tortura. En el Código Penal argentino se utilizan



figuras penales como los apremios ilegales, las severidades o las vejaciones, que constituyen la tipificación doméstica de una categoría difusa en los tratados internacionales, la de *tratos o penas crueles inhumanas o degradantes* (CIDT).<sup>15</sup>

### 1.3.2 – Cruel, inhumano y degradante

En su artículo 16, CAT establece

*“Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona.”*

Los autores que han analizado este artículo coinciden en afirmar que, si bien la tortura es un tipo de CIDT, no todo CIDT es un caso de tortura (Allhoff 2012: 65, Farrell 2013: 68). Se explicita en CAT que existe un conjunto de acciones violentas que “no llegan a ser tortura”.

La interpretación más extendida de esta idea se da en términos de gravedad. La diferencia entre CIDT que constituyen casos de tortura y CIDT que no, se entiende por la distinta gravedad del dolor o el sufrimiento que producen. Como vimos, ser grave es una propiedad que habilita una paradoja del continuo que solo puede resolverse de manera arbitraria.

Un ejemplo histórico muy citado para tratar la distinción entre CIDT y tortura es el juicio contra un grupo de oficiales británicos que emplearon 5 técnicas violentas para interrogar a miembros del grupo independentista irlandés IRA. Las técnicas consistían

---

<sup>15</sup>Tales figuras pueden encontrarse en el Art. 144 bis del Código Penal argentino. Para un análisis de los antecedentes históricos de dicho artículo y su aplicación jurisprudencial ver la entrada del *Código Penal comentado de acceso libre* correspondiente a dicho artículo, escrita por Bombini y Di Iorio. Link: <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37798-art-144-bis-severidades-apremios-y-vejaciones>



en (1) obligar a los detenidos a mantener posiciones estresantes, (2) mantenerlos encapuchados durante su detención, (3) exponerlos a sesiones de música ensordecedora, (4) privarlos del sueño y (5) someterlos a una dieta extremadamente reducida de alimento y bebida.

Este caso recibió la atención de juristas y académicos porque la *Comisión Europea de Derechos Humanos* y la CEDH consideraron las acciones de los oficiales británicos de manera opuesta. En 1976, la Comisión evaluó que cuando las 5 técnicas eran empleadas de manera combinada satisfacían el umbral de gravedad requerido para ser catalogado como tortura. Contrariamente, en 1978, la CEDH sostuvo que constituían un caso de CIDT.

*“Aunque las cinco técnicas, aplicadas en combinación, sin duda equivalieron a un trato cruel, inhumano y degradante, aunque su objetivo fue la extracción de confesiones e información y aunque se utilizaron de manera sistemática, no ocasionaron un sufrimiento tan intenso como el referido en la palabra tortura, tal como se la entiende usualmente.”* (Farrel 2013: 70)

Evaluar una acción como un caso de tortura o como un CIDT implica, en el ámbito jurídico, consecuencias importantes. En primer lugar, como fue advertido, existen diferentes tipos de sanciones y castigos para el agente responsable en una u otra categoría. En segundo lugar, CAT establece una prohibición absoluta respecto de la tortura (art. 2.2) y nada semejante para CIDT.

Se deriva de este rasgo de CAT que aquellas acciones violentas que no alcanzan la gravedad (arbitrariamente determinada) de los actos de tortura, pueden ser justificables bajo ciertas condiciones.

Esta es la interpretación que sigue Yoo para mostrar que las técnicas empleadas por oficiales norteamericanos en el contexto de la “Guerra contra el Terror”, podían justificarse mediante razones de defensa o necesidad (Yoo 2003: 59).

Las críticas que fueron formuladas a la CEDH tras la sentencia en el caso de las 5 técnicas son similares a las recibidas por Yoo tras la desclasificación de su memorando.



El punto central de todas esas objeciones era la presuntamente *errónea* adscripción de ciertas acciones a la categoría de CIDT.

Sin embargo, dicha adscripción depende de una decisión arbitraria sobre una propiedad gradual y no puede determinarse objetivamente.

En todo caso, la pregunta a ser formulada no es si una determinada técnica violenta es un caso de tortura o un CIDT, dado que no hay ningún criterio objetivo para decidirlo, sino si hay buenas razones para someterla al tipo de tratamiento jurídico que caracteriza a uno u otro tipo legal. La respuesta a esta pregunta dependerá, entre otras variables, de las consecuencias que se asume tendría otorgarle a una práctica la posibilidad de ser justificada o no.<sup>16</sup>

Podría pensarse que esta es una cuestión estrictamente jurídica. No obstante, considero que guarda una estrecha similitud con el ámbito moral.

De la misma manera que debe evaluarse primeramente el modo en que quiere tratarse legalmente una acción violenta para posteriormente definirla mediante una u otra categoría, es preciso definir primeramente el tipo de valoración moral que se establece sobre una acción violenta para posteriormente denominarla tortura.

El término “tortura” en el lenguaje moral tiene una connotación especial que no puede equipararse a otras nociones como “trato cruel”, “trato inhumano” o “trato degradante”. Funciona como un intermediario moral que conceptualiza aquellas acciones violentas sobre las cuales puede razonablemente formularse un prejuicio precautorio.

En este sentido, Barnes (2016: 104), abrevando en aportes de la antropología social, considera a la tortura como un tipo de tabú cuya función específica es localizar el peligro e identificar transgresiones.

---

<sup>16</sup> Esta posición habilita diferentes categorizaciones jurídicas de una misma acción a lo largo del tiempo y guarda estrecha relación con el modo en que la CEDH concibe a CAT: “*La Convención es un instrumento vivo que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales. La Corte considera que ciertos actos que se clasificaron en el pasado como 'trato inhumano y degradante' podrían clasificarse como tortura en el futuro. Asimismo, considera que el estándar cada vez más alto que se requiere para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales inevitablemente exige una mayor firmeza para evaluar las violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.*” Extracto de un fallo de la CEDH que puede encontrarse en Farrel 2013: 75.



Huelga decir por qué la tortura reviste este carácter “peligroso”. Basta echar un vistazo a la historia para reconocer que el uso de tormentos ha sido potestad, casi exclusiva, de villanos, dictadores y terroristas.

Por supuesto, desde la filosofía cabe dudar de la esencialización de los rasgos meramente típicos de una acción. Los académicos que debaten acerca de la permisibilidad moral de la tortura apelan a abstrusos ejemplos hipotéticos para mostrar que pueden existir casos de individuos que pretendan hacer uso de ella con fines valiosos. El capítulo siguiente evalúa esta posibilidad.

Sin embargo, aunque aceptemos esta posibilidad, la tortura sigue manteniendo un distintivo carácter *prima facie* inmoral. Es por ese motivo que resulta tan urticante para algunos autores discutir sobre dicha práctica.

Si se asume este rasgo especial de la tortura, cabe entender las críticas al fallo de la CEDH y a Yoo como un intento por ampliar el tabú para incluir acciones que no producen dolores tan graves como los casos extremos de tortura.

Esta es la empresa de autores como Wolfendale (2009) o Bellaby (2015), que buscan evidenciar los daños que producen las técnicas represivas que se han denominado *tortura liviana* (torture lite).<sup>17</sup> Ambos sostienen que la tortura liviana es un término intermedio entre CIDT y tortura (Wolfendale 2009: 47 y Bellaby 2015: 178). Sin embargo, al dar ejemplos de esta nueva categoría, remiten a acciones que habitualmente se consideran como CIDT (v.g. las 5 técnicas usadas por los oficiales británicos contra miembros de IRA).

El aporte de Wolfendale y Bellaby al debate es meritorio y permite tener una visión amplia del tipo de variables que pueden considerarse a la hora de evaluar la gravedad del dolor o del sufrimiento producido por una acción.

Wolfendale acude a dos estudios empíricos que muestran los efectos psicológicos a largo plazo del uso de *tortura liviana*, y que no difieren de los ocasionados por casos indudables de tortura (2009: 50).

---

<sup>17</sup>*Torture lite* y *Técnicas mejoradas de interrogación* son eufemismos utilizados en el debate público para referirse a las acciones efectuadas por los oficiales norteamericanos en el marco de la “Guerra contra el Terror”.



Indudablemente, los efectos negativos posteriores a una acción son importantes para evaluar la gravedad de la misma. Esto es comúnmente aceptado cuando se evalúa, por ejemplo, el perjuicio psicológico que la guerra trae a los combatientes que toman parte en ella.<sup>18</sup>

No obstante, los efectos posteriores son solo una de las variables a tener en cuenta y su inexistencia no impide considerar una acción como tortura. Wolfendale acertadamente afirma que, si un individuo fuera torturado durante días y luego provisto de una droga que borrara todos los recuerdos y efectos negativos posteriores al suplicio, aun así podría decirse que dicho individuo fue víctima de tortura (2009: 51).

Bellaby (2015: 185) coincide con Wolfendale (2009: 53) y con el fallo de la *Comisión Europea de Derechos Humanos* anteriormente mencionado al afirmar que el uso combinado de acciones usualmente consideradas como CIDT o tortura liviana sobre una misma víctima, durante un tiempo prolongado, puede alcanzar el nivel de gravedad que caracteriza a las formas tradicionales de tortura.

Esta apreciación es interesante para indicar que el problema definicional no puede resolverse proponiendo una lista de acciones aisladas. Hay acciones que aisladamente pueden no ser consideradas como tortura (v.g. encapuchar a un detenido o amenazarlo) pero que usualmente son empleadas en conjunción con otras y contribuyen a un grado de violencia física y psicológica que desearíamos evitar especialmente. Recuérdese que esta violencia puede ser incluso más destructiva, y consecuentemente más censurable, dependiendo de las características de la víctima (v.g. un anciano, un niño, un enfermo).

Nuevamente, cabe preguntarse por qué este problema de adscripción conceptual puede resultar filosóficamente relevante, con independencia de las consecuencias legales ya señaladas. A simple vista, un filósofo moral puede evaluar acciones sin atender a su categorización. En otras palabras, no es necesario determinar si el *submarino seco* es un

---

<sup>18</sup>A modo de ejemplo puede considerarse el caso de los excombatientes argentinos de la Guerra de Malvinas. Desde la finalización del conflicto bélico se han suicidado más de 500 veteranos. Esta cifra es sensiblemente elevada si se contempla la cantidad de soldados argentinos caídos en combate (649). Link: <https://www.elmundo.es/cronica/2002/330/1013413872.html>



CIDT o un tipo de tortura para analizar su permisibilidad moral.<sup>19</sup> Sin embargo, esta manera de entender la práctica filosófica no da cuenta de la importancia de las definiciones en el lenguaje moral.

Conceptualizar a la acción X como un tipo de tortura supone un posicionamiento moral anticipado respecto de esa práctica. Al hacerlo, se asume que X merece una atención especial y que toda vez que alguien la realiza hay buenas razones para creer que se está cometiendo un acto inmoral. Esta es, para retomar la terminología de Barnes, la función tabú que desempeña el término “tortura”. Tal función se evidencia en la negativa de los torturadores a reconocer sus propias acciones como casos de tortura.

Como señala Wolfendale (2009: 53), el uso de eufemismos tiene un fuerte impacto al momento de percibir la moralidad de las técnicas empleadas. *Amnistía Internacional* resume esta idea del siguiente modo.

*“Dado que la palabra tortura implica una idea repugnante para la humanidad, existe una fuerte tendencia por parte de los torturadores a referirse a su tarea mediante otro nombre (v.g. “interrogación forzada” o “terapia cívica”), y una tendencia de las víctimas a usar dicha palabra de manera muy amplia.”* (Barnes 2016: 105)

En un breve e interesante artículo, R. M. Hare (1993) analiza la problemática función que cumple el término “tortura” en nuestro lenguaje moral. Hare entiende que el uso de ese concepto, al referir a una heterogeneidad de prácticas para las cuales no tenemos una misma consideración moral, habilita cierta confusión.

Frente a esto, Hare propone como solución evitar el uso del término y diversificarlo en otros que agrupen más nítidamente las acciones en función de su grado de permisibilidad.

Si bien, según creo, la propuesta de Hare da cuenta de una metodología adecuada para definir el uso de un término moralmente relevante, su análisis sobre el concepto de tortura es equivocado.

---

<sup>19</sup> El *submarino seco* es una técnica ampliamente utilizada en las cárceles de diversos países y consiste en colocarle una funda plástica en la cabeza al detenido, hasta que su propia respiración lo ahoga. Para una descripción cruda sobre el uso del submarino seco en comisarías argentinas ver: Verdu 2009: 124



Hare afirma correctamente que la pregunta primordial respecto de una acción no es definicional sino evaluativa. Es porque se cree que una acción X merece una determinada evaluación moral que se emplea para describirla un concepto que denota un conjunto de acciones sobre las que se realiza una evaluación moral similar a la de X. Es a la luz de esta metodología que Hare critica el uso del concepto “tortura” y afirma que agrupa acciones para las que tenemos una consideración moral heterogénea (Hare 1993: 138).

El problema con esta crítica de Hare es que parece identificar dos operaciones diferentes. La operación de definir una acción como tortura simplemente señala un prejuicio fundado respecto de la inmoralidad de dicha acción.

Ahora bien, tal prejuicio puede, en una segunda operación, prestarse a una indagación filosófica que lo ratifique o lo niegue. Esta ratificación o negación dependerá del análisis del caso y la tradición filosófica moral en la que uno se inscriba. Como veremos en el capítulo siguiente, es sobre la conclusión de esta segunda operación que discuten los autores acerca de la permisibilidad moral de la tortura.

Un modo interesante de presentar esta distinción de operaciones es acudiendo a la clásica separación de niveles propuesta por el mismo Hare en *Moral Thinking* (1981). En dicho libro, Hare sostiene que el razonamiento moral puede dividirse entre un *nivel intuitivo* y un *nivel crítico*.

El primer nivel refiere a las reglas que rigen la convivencia moral cotidiana, los valores inculcados mediante la educación y las respuestas evaluativas inmediatas que, dada una formación moral específica, los individuos formulan ante cierto tipo de acciones.

El segundo nivel, remite al trabajo filosófico para determinar qué reglas y valores deben ser fomentados en el nivel intuitivo. Asimismo, en el nivel crítico se dirimen las posibles controversias que pudieran surgir ante un caso puntual, real o hipotético (1981: 131-135).

Las personas, sostiene Hare, son incapaces de atender satisfactoriamente a todas las variables moralmente relevantes de cada decisión cotidiana y el nivel intuitivo recoge la moralidad requerida para esta situación no ideal.

Dicho esto, el uso del término “tortura” puede interpretarse como un instrumento del nivel intuitivo.



La crítica de Hare sería atendible solo si se acepta que el uso del término “tortura” remite a acciones sobre las cuales resulta infundado tener un prejuicio moral especial en el nivel intuitivo.

El problema con esta posible objeción es que no existe una perspectiva externa a la propia comunidad desde la cual juzgar el uso que ésta hace del término. Las acciones conceptualizadas como ejemplos de tortura son aquellas que ameritan, a juicio de cierta comunidad, una respuesta intuitiva evaluativamente negativa.

Esta manera de concebir el uso moral de conceptos permite que haya discrepancias entre distintas comunidades en relación al rango de acciones que subsumen bajo la etiqueta “tortura”. Dicha discrepancia está signada, entre otras fuentes, por la historia de cada comunidad y la particular asociación que esta traza entre ciertas acciones y el uso inmoral de ellas en el pasado.

Esta perspectiva podría explicar porque algunos países que han atravesado cruentas dictaduras que emplearon como técnica represiva la aplicación de descargas eléctricas, se muestran reticentes a que sus efectivos de seguridad empleen pistolas eléctricas o TASER con el argumento de que su uso constituye un acto de tortura.<sup>20</sup>

Hasta aquí he analizado el problema definicional de la tortura atendiendo a la indeterminación producida por el uso ineludible del término “grave”. Señalé que el establecimiento de un umbral de gravedad es arbitrario y responde a la especial consideración moral que realizamos sobre cierto tipo de acciones. Finalmente, sostuve que la diferencia entre el uso del concepto “tortura” y otros cercanos (CIDT, *tortura liviana*) es el prejuicio moral fundado que expresa el primero.

#### 1.4 – Indeterminación definicional

Al comienzo del capítulo señalé dos fuentes de indeterminación. En la sección 1.3 analice la indeterminación producida por ineludible uso del término “grave”.

---

<sup>20</sup> La siguiente nota describe la presentación del *Observatorio de Derechos Humanos* de la Ciudad de Buenos Aires frente a la CIDH en ocasión del uso de pistolas TASER por parte de fuerzas de seguridad, promovido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Link: <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-308594-2016-09-05.html>



En la presente, analizaré la aparición de casos indeterminados producto de la presunta incapacidad de la definición en sí misma. Considérense los siguientes ejemplos.

**Escudo:** *“P no presenta ninguna amenaza y recibe un escudo para defenderse contra un guardia que busca causarle un intenso dolor con el objetivo de extraer información. Esta defensa, que podría haber tenido éxito, falla y el guardia logra causarle ese dolor. Intuitivamente, sería erróneo decir que este no es un caso de tortura simplemente porque P tiene un posible medio de defensa.”* (Kamm 2011: 7)

**Joyero:** *“Un ladrón irrumpe en la casa de un joyero con el objetivo de robar una caja fuerte con mucho dinero. El ladrón apunta con un arma al joyero y dice: “Dame la combinación o te mataré”. El joyero dice: “Bueno, si me matas, no obtendrás la combinación”. “Es cierto” piensa el ladrón y opta por utilizar un dispositivo que cuando se activa causa un dolor extremo (casi como perforar el nervio desprotegido de un diente) a cualquier persona en un radio de diez metros, excepto al individuo que sostiene el dispositivo. El joyero se retuerce de dolor en el suelo y el ladrón dice: “Dame la combinación”. El joyero logra alcanzar un revólver escondido tras un escritorio. Debido al dolor, no puede apuntar con precisión y apenas puede sostener el arma. No obstante, logra disparar en la dirección del ladrón, que se zambulle detrás de un sofá. “¡Suelta el arma!” grita el ladrón, pero el joyero, aún con un dolor extremo (ya que el dispositivo todavía está activado), consigue asesinarlo de un disparo. El joyero obviamente no está indefenso. Sin embargo, parecería que fue torturado.”* (Steinhoff 2013: 8)<sup>21</sup>

Los dos ejemplos ilustran una metodología habitual dentro del debate sobre la tortura. Los autores presentan casos artificiales con el objetivo de mostrar la conveniencia de modificar un rasgo definicional típicamente considerado necesario para delimitar el concepto de tortura.

---

<sup>21</sup> Los subrayados en las citas de este capítulo no están en los textos originales.



El problema con tales ejemplos hipotéticos es que están lejos de ilustrar *casos indudables* y cabe preguntarse qué relevancia tendría el identificarlos como referentes del concepto.

Si, tal como sostuvimos en la sección anterior, el término “tortura” cumple una función práctica dentro del lenguaje, estableciendo un prejuicio moral fundado sobre determinadas acciones violentas, la pregunta a responder es si los casos artificiales propuestos por los autores merecen o no el mismo tipo de evaluación moral anticipada. Dicho de otro modo, ¿es necesario modificar una definición de tortura que identifica satisfactoriamente los casos indudables para identificar los casos presentados por Kamm y Steinhoff ?

Los ejemplos de estos autores apuntan contra la indefensión de la víctima como rasgo definicional. Varios autores han señalado que la tortura es un tipo de práctica *prima facie* inmoral porque atenta contra la integridad física de una persona indefensa (Shue 1978, Luban 2005, Miller 2017).

Decir de una persona que se encuentra en estado de indefensión respecto del accionar lesivo de otra significa afirmar que no hay ninguna posibilidad de que pueda evitar el daño que esta última le genera sin someterse a sus demandas.

Por ejemplo, un preso político que es amarrado a una silla y golpeado reiteradamente por varios policías con el propósito de que delate la locación de sus compañeros se encuentra en estado de indefensión respecto de sus victimarios, dado que, incluso si estos se detuvieran tras conseguir la delación, no tiene ninguna posibilidad razonable de evitar el daño que le generan sin capitular ante su injusta exigencia.

Los casos indudables de tortura que se pretende que toda definición satisfactoria identifique comparten este requisito. Es plausible asumir que el uso evaluativo que hacemos del término “tortura” para distinguir ciertas acciones violentas de otras, busca, entre otras funciones, reflejar la inmoralidad *prima facie* de atacar a un indefenso.

Podría pensarse que del mismo modo que la definición de tortura en CAT se explica por su funcionalidad dentro de un contexto específico, la definición requerida por un ensayo de ética aplicada puede ser diferente a la empleada en el lenguaje ordinario de una comunidad moral. En este sentido, podría ser que una definición filosófica de tortura excluyera el requisito de indefensión.



Sin embargo, creo que esta diferenciación no sería recomendable y conllevaría el riesgo de sumir la reflexión filosófica a una práctica excesivamente endogámica.

Dennett (2006, 2013) advirtió acerca de esta posibilidad utilizando el ejemplo del *ajedrez*. Es posible formular un conjunto infinito de verdades a priori respecto del *ajedrez* simplemente conociendo sus reglas (v.g. sobre los movimientos lícitos posibles, los escenarios de empates que podrían darse si se efectuaran ciertos movimientos, etc.). El *ajedrez* es un juego popular y muchas personas le han dedicado gran parte de su vida. Dennett propone otro juego, que denomina “*ajadrez*” (*chmess*), idéntico al *ajedrez* excepto en lo que respecta a las reglas para mover una pieza específica (v.g. el rey). Hay tantas verdades a priori sobre el *ajadrez* como las hay sobre el *ajedrez*, y podría establecerse un área de estudio independiente para investigarlas.

Sin embargo, bien podría preguntarse si vale la pena descubrir las verdades a priori del *ajadrez*. A juicio de Dennett, los filósofos suelen establecer conclusiones respecto de actividades que son producto de su imaginación, al igual que *ajadrez*. Dichas conclusiones pueden ser brillantes y sofisticadas, pero parecen inapropiadas para elucidar problemas prácticos reales y relevantes.

En el ámbito de la ética aplicada, y más específicamente en el debate sobre tortura, una manera de evitar esta endogamia particularmente nociva es definiendo la acción que se pretende indagar en términos que recojan la evaluación moral que los agentes realizan de la misma.

Si la indefensión del torturado es una parte esencial, conjuntamente con otras (v.g. la gravedad del dolor, la previsión de ese dolor por parte del torturador), de la evaluación moral *prima facie* negativa que las personas realizan de la tortura, excluirla como requisito equivale a discutir sobre otro tipo de acción.

Al eliminar dicho requisito corremos el riesgo de llegar a conclusiones que no contemplan los casos habituales de tortura.

Independientemente de esta toma de posición metodológica sobre la tarea de la filosofía práctica, no es evidente que los ejemplos de Kamm y Steinhoff logren ilustrar la existencia de casos de tortura sobre personas no indefensas.



Consideremos el ejemplo de Kamm. El hecho de que la víctima posea un medio para defenderse del ataque de un agresor en el momento T1, no implica que no esté indefensa en el momento T2, cuando dicho recurso defensivo no resultó efectivo.

Es evidente que el requisito de indefensión se satisface luego de que la defensa falla y la víctima se encuentra a merced del agresor. Consecuentemente, puede hablarse de tortura solamente en el momento T2. Decir de la víctima que está siendo torturada aún en el momento T1 parece inapropiado.

Puede ilustrarse esta distinción entre momentos apelando a la imagen de dos luchadores grecorromanos. El objetivo de ambos oponentes es someter al rival hasta que el otro admita su derrota. Esto puede alcanzarse mediante la aplicación de una toma que genere profundo dolor sobre el adversario y que este no pueda evitar sino aceptando su rendición.

Si un luchador A continúa infligiendo dolor sobre su rival B luego de que este se ha rendido, podría identificarse dicha acción como un caso de tortura. Ahora bien, parece injustificado decir que A estaba torturando a B antes de que se produjera la rendición. Resulta más adecuado describir su acción como una maniobra lícita en el marco de una actividad en la que ambos aceptaron participar.

El ejemplo de Kamm no ilustra un caso de tortura sobre un individuo indefenso, sino una sucesión de hechos en los que puede distinguirse entre un momento en el que la víctima tiene un recurso defensivo disponible y un momento en que dicho recurso se ha mostrado inútil. Solo en este segundo momento parece aceptable el uso del término “tortura”.

El ejemplo de Steinhoff es más complejo pero también admite un análisis basado en una distinción de momentos.

En el momento T1, el joyero está siendo indudablemente torturado por el ladrón con el objetivo de que deleve la combinación de la caja fuerte de la joyería. En el momento T2, el joyero ha conseguido tomar su revólver y disparar en dirección al ladrón, que continúa aplicando el mismo dolor que en T1.

El accionar del ladrón en T2 es el único a considerar en el ejemplo de Steinhoff si pretendemos evaluarlo como un rechazo al requisito de indefensión. La pregunta a responder es si la agresión en T2 es o no un caso de tortura. Creo que hay dos buenas



razones para creer que conceptualizar el accionar del ladrón en T2 como un ejemplo de tortura no sería adecuado.

En primer lugar, si el orden de momentos fuera diferente, el ejemplo de Steinhoff sería análogo al de los luchadores grecorromanos. Imaginemos que el ladrón ha entrado a la joyería y se enfrenta al joyero, quien ya se encuentra armado con su revólver.

Frente a esta situación, el ladrón se refugia detrás de un sofá y hace uso del dispositivo que genera un agudo dolor sobre el joyero, quien no puede soportarlo y termina por soltar su revólver. En este escenario parece inadecuado describir el accionar del ladrón como un caso de tortura. Más bien, pareciera una situación similar a la de un luchador grecorromano que realiza una toma para que su oponente desista de continuar realizándole otra a él.

En otras palabras, la idea de *enfrentamiento* parece excluir conceptualmente la posibilidad de identificar una acción como tortura. Por ejemplo, consideremos el caso de P que para evitar ser abusado sexualmente por Q, clava en el oído de este un lápiz afilado. Indudablemente, el accionar de P producirá sobre Q un dolor indescriptible que probablemente lo lleve a renunciar al ataque. Sin embargo, nuevamente, describir el ataque defensivo de P como un caso de tortura parece forzar demasiado el lenguaje.

Por supuesto, la motivación del ladrón en el ejemplo de Steinhoff es reprobable, pero eso no ayuda demasiado a la hora de definir su agresión. Podría ocurrir que el dispositivo generador de dolor fuera empleado por el joyero para defenderse del robo.

En segundo lugar, aun si mantenemos el orden de acontecimientos original del ejemplo de Steinhoff, no es cierto que la acción del ladrón en T1 (que constituye un caso indudable de tortura) sea conceptualmente idéntica a la acción que lleva adelante en T2. Esto puede parecer extraño, dado que, en lo que respecta al dolor que produce, es objetivamente igual.

Sin embargo, una acción objetivamente igual puede ser conceptualizada diferentemente atendiendo a modificaciones externas a dicha acción. Por ejemplo, la acción de golpear a un perro con un palo puede ser considerada como un acto de tortura o crueldad. Ahora bien, si el perro buscara defenderse mordiendo la pierna del agresor y este lo golpeará nuevamente con el palo para evitar continuar siendo mordido, difícilmente se aceptaría que estos golpes posteriores constituyen un caso de tortura.



Retomando el ejemplo de los luchadores grecorromanos. Señalé anteriormente que, si el luchador A continua infligiendo dolor sobre el luchador B rendido, podría considerarse un caso de tortura. Sin embargo, si inesperadamente B, aun bajo el dolor producido por A, consiguiese liberar un brazo y pudiese aplicar una palanca, la acción de A pasaría a formar parte de un enfrentamiento, negando conceptualmente la posibilidad de identificarla como tortura.

Kramer (2014) presenta el siguiente caso para objetar el requisito de “no consentimiento”.

**Sadomasoquismo:** *Las parejas sadomasoquistas suelen establecer una palabra o gesto clave a ser usado por el sufriente en el momento que este quiere detener la sesión de sadomasoquismo. P y Q son una pareja sadomasoquista que, para aumentar el grado de placer de sus sesiones, deciden no establecer ninguna palabra o gesto clave.*

El consentimiento es un elemento importante dentro del universo moral. El hecho de que una persona preste o no consentimiento ante una determinada acción que la afecta de cierta manera acarrea diferencias en relación a la permisibilidad moral de dicha acción. Por ejemplo, la decisión de P de probar su puntería disparando a una manzana colocada encima de la cabeza de Q puede ser objeto de evaluaciones diferentes dependiendo de la anuencia de Q hacia la prueba.

Un rasgo definicional (no siempre explicitado) de la tortura, que contribuye a fundar una evaluación moral *prima facie* negativa frente a esa práctica, es la falta de consentimiento del torturado. A simple vista, el incumplimiento de ese requisito nos coloca fuera del ámbito de la tortura. Esta afirmación amerita cierta clarificación. Considérese el siguiente ejemplo.

**Oferta repugnante:** *Un villano ha secuestrado al hijo de Miguel y amenaza con torturarlo a menos que este acepte ser torturado durante 5 horas. Para garantizarle a Miguel que la sesión de tortura que sufrirá no se extenderá eternamente, el villano ha programado el dispositivo mediante el cual lo torturará para que se detenga una vez cumplido ese tiempo. Miguel acepta y su hijo es liberado.*



Este es un caso indudable de tortura que parece incumplir el requisito de no consentimiento. Miguel acepta las condiciones impuestas por el villano y aun así cabe decir que será torturado durante 5 horas.

Aquí podría adoptarse la estrategia defendida anteriormente y mantener el requisito de *no consentimiento* como un elemento esencial de la definición operacional de tortura dentro del lenguaje moral ordinario. Esta es una alternativa válida para evitar la endogamia de la práctica filosófica advertida por Dennett.

Sin embargo, resulta más adecuado, a los fines de clarificar el significado del rasgo en cuestión, preguntarse si la aceptación de Miguel a la oferta repugnante constituye un ejemplo de consentimiento.

Podría decirse que las condiciones en las que Miguel accede a someterse al designio del villano impiden hablar de una acción libremente consentida y que es este el elemento que busca capturar el requisito definicional. En otras palabras, cuando la definición de tortura establece como requisito que el torturado no haya consentido el suplicio, esta afirmando que no puede darse el caso de que su decisión sea consciente y tomada en ausencia de coerción externa. Esta apreciación permitiría evitar muchos casos de indeterminación terminológica relacionados con el término “consentimiento”. Ahora bien, el ejemplo de Kramer pretende objetar el no consentimiento como un requisito definicional en sí mismo.

Tal como acontecía con los ejemplos hipotéticos de Kamm y Steinhoff, el de Kramer no constituye un *caso indudable* de tortura. Por lo tanto, la pregunta es si debemos eliminar el requisito de no consentimiento a la luz de *Sadomasoquismo*.

La principal diferencia entre una sesión sadomasoquista y una sesión de tortura es la aceptación de los involucrados a formar parte de esa experiencia. Tal diferencia se evidencia en la capacidad del sufriente sadomasoquista para detener el dolor al que es sometido mediante el pronunciamiento de una palabra clave o mediante un gesto específico preestablecido; capacidad que le es negada al torturado.

Precisamente, como señala Sussman (2005: 8), la sesión sadomasoquista deviene en suplicio cuando el encargado de producir dolor no respeta la determinación del otro participante de concluir la sesión o de evitar cierta técnica.



Lo que resulta problemático de *Sadomasoquismo* es el hecho de que P y Q consintieron libremente no establecer una palabra o gesto clave. Esta determinación podría dar lugar a la siguiente situación: P aplica una técnica que genera un dolor agudo sobre Q que este último evitaría si pudiera. Dado que ambos aceptaron no establecer una palabra o gesto clave, Q no tiene como expresar su disconformidad frente al dolor propinado por P. Kramer sostiene que en este escenario podríamos afirmar legítimamente que Q está siendo torturado por P con su consentimiento.

Según creo, el accionar de P sería más adecuadamente descrito como un *desencuentro comunicacional*, generado por la propia decisión de P y Q, que como un acto de tortura. A fin de cuentas, P está sometiendo a Q a una técnica que supone éste podría aceptar razonablemente.

Parte del uso moralmente precautorio del término tortura descansa en la intención con la que se genera el dolor y la razonabilidad con la que puede esperarse que el doliente concuerde con ella.

### 1.5 – Conclusión

Hasta aquí he sostenido que la definición del término “tortura” está condicionada por la funcionalidad del mismo en un determinado contexto de discurso. En el ámbito jurídico internacional, CAT estipula una definición que puede ser aceptable a la luz de los propósitos de los estados nacionales que ratifican ese tratado.

En el ámbito de la filosofía moral creo que hay buenas razones para tomar en consideración la advertencia general de Dennett y para presentar una definición que recoja el uso que los usuarios del lenguaje moral hacen del término. Describir una acción violenta como un caso de tortura supone un posicionamiento moral anticipado frente a esa práctica. Esta es la función tabú que desempeña el concepto “tortura”.

Posteriormente, pueden trazarse distinciones internas dentro del conjunto de actos de tortura. Habitualmente, en la literatura se ha distinguido entre diferentes tipos de tortura atendiendo a la finalidad con que esta es llevada a cabo; así, puede hablarse de tortura interrogativa, tortura sádica, tortura terrorista, tortura incapacitante, tortura punitiva, etc.



Dado que el debate sobre la permisibilidad moral se ciñe casi exclusivamente al tratamiento de la tortura interrogativa he optado por no centrarme en estos matices.

Para concluir este capítulo, cabe introducir una potencial crítica a este *modo contextual* de concebir las definiciones morales. Kenny (2009: 144) afirma atinadamente que del hecho de que la tortura resulte moralmente repugnante no se sigue que toda acción moralmente repugnante sea un caso de tortura.

Indudablemente, sería impreciso definir a la tortura exclusivamente por su función para diseccionar el mundo de las acciones violentas entre aquellas que ameritan una evaluación moral *prima facie* negativa y aquellas que no. Hay múltiples acciones violentas que ameritan evaluaciones morales *prima facie* negativas y que no constituyen casos de tortura (v.g. violaciones, genocidios, actos de terrorismo).

Una definición aceptable, en el contexto de un ensayo de ética aplicada, requiere que se especifiquen los elementos propios de la tortura como acción violenta que hacen posible su carácter tabú. Estos elementos han sido presentados a lo largo del presente capítulo y pueden incluirse definicionalmente del siguiente modo: “tortura” es *la aplicación de un dolor o sufrimiento grave sobre un individuo indefenso con una intención que no puede razonablemente esperarse que la víctima acepte*.

Considero que esta formulación recoge el uso moral del término y es suficientemente flexible para habilitar diferencias en el modo en que es utilizada para describir acciones en diversas comunidades morales. Incluso una misma comunidad puede (no) reconocer ciertas acciones como tortura en un determinado momento y posteriormente negarles (o reconocerles) dicho carácter (ver nota 15).

Nótese, que el uso del término “individuo” permite conceptualizar como víctima de tortura a seres sintientes no humanos. Esta es una característica que habilita la posibilidad de formular una evaluación moral *prima facie* negativa hacia ciertas acciones violentas contra animales no humanos y, por lo tanto, puede resultar una contribución interesante para el debate sobre ética animal.

El capítulo siguiente se ciñe el debate sobre la permisibilidad moral de la tortura sobre individuos humanos, asumiendo la definición aquí presentada.



## 2 – Permisibilidad

En 1978, Henry Shue publicó un artículo que resultó ser fundacional para el debate contemporáneo sobre la permisibilidad moral de la tortura. Dicha publicación cobró relevancia por construir un caso hipotético que desde entonces ha sido objeto de extensa atención filosófica.

*“Existe un típico ejemplo de filósofo que siempre es invocado por alguien: imagine que un fanático, que prefiere completamente morir antes que colaborar en la frustración de su proyecto, ha escondido una bomba nuclear lista para explotar en el centro de París. No hay tiempo ni para evacuar a los inocentes ni para trasladar los tesoros de arte; la única esperanza para evitar la tragedia es torturar al criminal, hallar la bomba y desactivarla. No encuentro forma de rechazar la permisibilidad de la tortura en un caso como este.”(Shue 1978: 141)<sup>22</sup>*

La función de este ejemplo, bautizado con el nombre de “caso de la bomba a punto de estallar” (*ticking time bomb*, de aquí en adelante TTB), es clara en el contexto de la argumentación de Shue. Tras describir lo que, a su juicio, constituye un rasgo característico de la inmoralidad de la tortura, Shue admite que pueden existir casos imaginables en los que dicha práctica se presenta, todas las cosas consideradas, como una alternativa permisible. En TTB, el daño que podría ser evitado solamente mediante el uso de tormentos sobre el criminal compensa la inmoralidad de la tortura (1978: 141). Presentado de este modo, TTB opera como un test de moderación que permite distinguir entre posiciones absolutistas y no absolutistas en torno a la permisibilidad moral de la tortura.

Afirmar que la tortura es una opción permisible en TTB no implica en sí mismo ningún compromiso con la implementación de la tortura en el mundo real. Shue es explícitamente cauteloso sobre este punto y concluye su artículo afirmando la

---

<sup>22</sup>Este ejemplo puede encontrarse originalmente dentro del ámbito filosófico en Walzer (1973: 167).



improbabilidad de que un escenario real reúna todos los rasgos moralmente relevantes de TTB.

En este capítulo se analizará este tipo de casos, ya que permiten evaluar los límites que la ética impone a la permisibilidad moral.

La estructura del capítulo será la siguiente. En 2.1, se realiza una defensa filosófica del valor de los experimentos mentales, la cual resulta necesaria para comprender cabalmente el alcance de TTB. En 2.2, se reconstruyen los rasgos definitorios de TTB y se analizan tres marcos teóricos que dan respuesta a ese escenario; el utilitarismo, los argumentos del tipo defensivo y los referidos al mal menor. En particular, se defiende el argumento comparativo que parte de una analogía entre la violencia con fines de defensivos y la tortura en casos de TTB (2.2.2). En 2.3 se discuten los argumentos contra el carácter hipotético de TTB, que señalan atinadamente que no se ha producido ningún caso similar en el mundo real. Contra ellos, se sostendrá que incluso aceptando algunas de estas críticas, el argumento comparativo-defensivo sigue siendo exitoso. Sin embargo, en 2.3.3 se muestra la necesidad de que el argumento defensivo tome en cuenta ciertas consecuencias indirectas que no pueden detectarse en casos aislados como TTB.

Dos aclaraciones son pertinentes antes de comenzar.

En primer lugar, el debate sobre el cual trata el presente capítulo es acerca de la permisibilidad de la tortura y no respecto de su obligatoriedad o exigibilidad. Algunos autores sostienen que en escenarios como TTB la tortura no es solo permisible, sino también obligatoria (Anderson 2010, McMahan 2018: 212). Considero que dicha inferencia es incorrecta; la lógica de la justificación sobre la permisibilidad moral no es idéntica a la lógica de la justificación sobre la obligatoriedad moral.

La lógica deóntica estándar incluye un *teorema de permisibilidad* que suele formalizarse del siguiente modo:  $\forall x (Ox \rightarrow Px)$ . Este teorema establece que para toda acción X, si dicha acción es obligatoria, entonces es permisible (Kramer 2014: 16).<sup>23</sup> Al mismo tiempo, el teorema permite que existan acciones moralmente permisibles que no sean moralmente obligatorias. Un claro ejemplo de este tipo son las acciones

---

<sup>23</sup>Por supuesto, pueden existir distintos tipos de obligaciones (personales, políticas, laborales, etc.) que no sean moralmente permisibles, pero eso no afecta la verdad del condicional en lo que atañe al ámbito de las obligaciones morales.



supererogatorias: donar 20% del propio salario a entidades de beneficencia es una acción permisible, altruista y valiosa, pero nadie está obligado a hacerla. Quizás contribuir con los pobres es una demanda moral que puede ser codificada en acciones obligatorias específicas, pero es indiscutible que no cualquier tipo de acción solidaria es moralmente requerida.

Esta derivación sirvió como base para una crítica clásica al utilitarismo que al postular la maximización de la utilidad como criterio de corrección moral de las acciones, demandaría demasiado.<sup>24</sup> Murphy (2003: 272) denomina a esta crítica como “objección de la sobredemandancia”.

Precisamente, la exigencia de torturar parece representar un ejemplo de sobredemandancia. Resultaría injusto reprochar al individuo que, frente a un caso TTB, no tortura por sentir una repugnancia moral suficiente al siquiera pensar en hacerlo (Kamm 2011: 28).

Recientemente se ha introducido al debate sobre la tortura una dimensión anteriormente poco considerada, a saber, la de los efectos psicológicos negativos de dicha práctica sobre los torturadores (Muller 2016, Dee 2017). Por obvias razones, realizar estudios empíricos sobre torturadores es considerablemente más difícil que evaluar los efectos de la tortura sobre torturados. Sin embargo, la escasa información disponible es suficiente para aceptar la permisibilidad moral de negarse a ser quien lleve adelante el suplicio.

A pesar de la sobredemandancia, sería plausible considerar que el perjuicio psicológico individual de torturar es insignificante en comparación con el riesgo letal al que están expuestas las personas inocentes que sufrirán por el ataque. Aunque razonable, la respuesta asume una posición externa y cómoda a la de la persona que efectivamente se encuentra frente a un escenario como TTB.<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup>Esta crítica no aplica al utilitarismo escalar defendido por A. Norcross (2006) o a ciertas posiciones utilitaristas defendidas dentro del movimiento del Altruismo Eficaz (*Effective Altruism*). Estos últimos afirman que una menor exigencia en las demandas directas promueve mayores niveles de donación y utilidad. Link: <https://newrepublic.com/article/124690/peter-singers-extremely-altruistic-heirs>

<sup>25</sup>En una entrevista con el programa de televisión *Salvados*, el ex presidente español Felipe González sostuvo que los cuestionamientos sobre la permisibilidad moral de ciertas acciones violentas en el marco de la lucha contra el terrorismo solo son planteados *en serio* por quienes están en condiciones de decidir llevar adelante o no esas acciones. Un extracto de la entrevista



En segundo lugar, las conclusiones del presente capítulo no pretenden determinar el tipo de modelo legislativo más conveniente en relación a la tortura, problema que será abordado en el capítulo 3. Por ejemplo, es posible que exista un escenario realista en el que la tortura sea moralmente permisible y que la respuesta legal más adecuada desde un punto de vista moral sea la de castigar al torturador.

### 2.1 - Acerca del valor metodológico de los experimentos mentales

En 2006 y 2009, Shue publicó dos nuevos artículos sobre esta temática que algunos autores entendieron como una rectificación de lo afirmado en 1978 (Bufacchi 2009: 330, Steinhoff 2013: 55) pero que, en realidad, no hacen más que enfatizar su cautela sobre la permisibilidad moral de la tortura en el mundo real.

*“La tortura es inmoral. Sin embargo, algunas veces nos sentimos justificados en hacer lo que sabemos que es inmoral porque lo que está en juego es muy importante. Así, la siguiente pregunta es: ¿es la tortura tan inmoral que es inexcusable sin importar lo que sea que está en juego? Argumentaré que todas las disposiciones reales para la tortura son inexcusables a pesar de que podemos imaginar casos hipotéticos, como el famoso TTB, donde la tortura es excusable.”* (Shue 2006: 231)

Varios autores objetaron el empleo filosófico de TTB (v.g. Luban 2005, Brecher 2007, Mayerfeld 2008, Wisnewski 2008). Llamativamente, el primero en presentar cierto reparo respecto a su utilización fue el propio Shue al afirmar que “los casos artificiales hacen mala ética” (1978: 141).<sup>26</sup> David Luban se refirió a TTB sencillamente como un “fraude intelectual” (2005: 1427). Ambas objeciones señalan la improbabilidad de un escenario real que presente todos los rasgos estipulados en TTB para posteriormente

---

con esta declaración puede encontrarse en link: <https://www.youtube.com/watch?v=KaOPQZgKQI>. Considero que esta suerte de situacionismo resulta plausible al evaluar el tipo de acciones que pueden ser demandadas moralmente en contextos complejos.

<sup>26</sup>“*Artificial cases make bad ethics*” en alusión a la clásica expresión del ámbito jurídico “*Hard cases make bad law*”, atribuida originalmente a Oliver Wendell Homes (Allhoff 2012: 176).



afirmar su invalidez como recurso filosófico. La crítica que plantean estos autores puede resumirse del siguiente modo: ¿qué sentido tiene acudir a un caso completamente improbable para discutir acerca de la permisibilidad moral de la tortura?

Responder a esta crítica implica asumir la defensa de la utilización de experimentos mentales en ética, la cual signó buena parte del quehacer filosófico de los últimos 40 años y que es, a mi juicio, valiosa.

Para identificar tal valor, reconstruiré brevemente dos funciones especialmente iluminadoras, de los experimentos mentales.

En primer lugar, los experimentos mentales pueden operar como *contraejemplos* o *reducciones al absurdo* de un principio, definición o teoría (Walsh 2011: 471). En el marco del debate sobre la permisibilidad moral de la tortura, TTB suele ser utilizado como un contraejemplo de las posiciones absolutistas (que sostienen que nunca debe torturarse). Esta función refutadora permite señalar limitaciones y moderar el alcance de ciertas afirmaciones que se presumen incontestables.

En segundo lugar, los casos hipotéticos pueden funcionar como *dispositivos heurísticos* que aíslan y muestran la relevancia de determinadas variables a la hora de evaluar la moralidad de una acción (Brun 2018: 200). Por ejemplo, si se pretende considerar la relevancia normativa de una variable P en un escenario X, basta formular un escenario idéntico Z que, *ceteris paribus*, excluya a P. Esta posibilidad de estipular las condiciones de los experimentos mentales habilita la exclusión de detalles moralmente irrelevantes que podrían confundir nuestras intuiciones (McMahan 2018: 197).

Dicho esto, cabe indicar que los experimentos mentales no son argumentos en sí mismos, sino recursos para la formulación de argumentos (Walsh 2011: 469). Dennett popularizó la expresión “surtidores de intuición” (*intuition pumps*) para referirse a este carácter epistémico peculiar, el de ser herramientas conceptuales diseñadas para descubrir intuiciones sobre algún tema complejo (Dennett 2013).

Incluso reconociendo estas funciones valiosas, algunos autores presentaron razonables advertencias sobre la apelación a intuiciones que deberían ser tomadas en cuenta. Tal como señala Davis (2005: 172), las intuiciones no constituyen una evidencia decisiva a favor o en contra de ninguna afirmación. Las falacias informales, por ejemplo, concitan intuiciones ampliamente compartidas y equivocadas. Lo mismo puede decirse de las



respuestas mayoritarias frente a la paradoja de Allais que contradicen los postulados básicos de la teoría de la elección racional (Buchak 2013).

En el ámbito de la ética contemporánea resulta más complejo describir una intuición como equivocada dado que no hay un criterio independiente y definitivo para juzgar su corrección (como los axiomas de la teoría de la utilidad esperada de Von Neumann y Morgenstern).

Los autores que apelan al uso de experimentos mentales en ética suelen asumir las intuiciones como datos a ser evaluados a la luz de algún principio o teoría. A su vez, dicha teoría o principio se contrasta contra las intuiciones que emergen de las respuestas mayoritarias que los individuos ofrecen frente a ese y otros experimentos mentales. El resultado de este proceso de doble contrastación comúnmente se denomina *equilibrio reflexivo*, que actualmente es el tipo de justificación coherentista más extendida dentro de la comunidad filosófica analítica (Buffachi 2004: 44, Brun 2018: 202). Esta metodología tiene al menos dos consecuencias interesantes para la filosofía práctica.

En primer lugar, las intuiciones, al ser interpretadas a la luz de algún principio o teoría, no constituyen una evidencia irrefutable y podrían ser descartadas si se mostrara que son incompatibles con otras intuiciones más extendidas o con una teoría que tiene un alcance explicativo valorable. Esto permite que la ética sea algo más que una mera práctica de recolección de datos sobre las reacciones de las personas frente a casos hipotéticos.

En segundo lugar, pone en evidencia la extrapolación indebida de las intuiciones y su utilización para justificar acciones normativamente diferentes entre sí. Por ejemplo, el hecho de que TTB induzca a aceptar la permisibilidad limitada de la tortura no implica que deba aceptarse la aplicación de la tortura en casos reales significativamente diferentes.

Este punto es importante porque, en el debate sobre la tortura, han surgido falsas analogías que, siguiendo a Luban, implican un uso intelectualmente fraudulento de TTB. Para poder establecer una analogía entre dos escenarios diferentes y extraer conclusiones normativas de uno hacia otro se requiere la mediación de uno o varios principios que recojan todas las variables que se asumen como moralmente relevantes en dichos escenarios. Desde la metodología del equilibrio reflexivo, tales principios



pueden ser cuestionados mediante la formulación de otros experimentos mentales que muestren que hay factores significativos que no han sido contemplados.

Cuando esto no sucede, se estaría en presencia de una falsa analogía. El punto central, sin embargo, es que, aunque TTB haya disparado algunas falsas analogías, este no es un problema de los experimentos mentales sino de la función que los autores le adjudican (Walsh 2011).

De esta forma, TTB opera como un contraejemplo de las posiciones absolutistas pero las intuiciones que se desprendan de su formulación deberán ser evaluadas a la luz de algún principio o teoría. Como se mostrará más adelante, tal evaluación resulta relevante para tratar casos más realistas que TTB sin incurrir en falsas analogías.

## 2.2 – Los rasgos relevantes de TTB

TTB ha sido presentado de diferentes maneras en el debate contemporáneo. Estas versiones agregan o quitan detalles pero todas mantienen el núcleo problemático presentado por Shue en su clásico artículo.

La respuesta frente al interrogante planteado por TTB permite distinguir entre dos posiciones: absolutistas y no absolutistas (Allhoff 2012: 113). Sintéticamente, los absolutistas sostienen que no debe torturarse en ningún caso mientras que los no absolutistas afirman que existen ciertas situaciones que hacen permisible a la tortura.

Generalmente, el absolutismo respecto de un tipo de acción remite a una regla que impide su realización en cualquier circunstancia, real o hipotética, por razones morales intrínsecas a ese tipo de acción (Allhoff 2012: 113). Para utilizar la terminología de Pettit (1995: 323), el absolutismo demanda que las acciones ejemplifiquen un valor determinado aun cuando esto cause una inferior realización del valor en general.

En este apartado entiendo por “absolutismo” esta versión tradicional que afirma la no permisibilidad de la tortura en todo escenario, real o hipotético.

Algunos autores han supuesto que tales posiciones pueden ser identificadas con una corriente teórica específica ya que, por ejemplo, las posiciones no absolutistas solo podrían ser sostenidas desde una perspectiva consecuencialista (Arrigo & Buffachi 2006: 357, Terestchenko 2011: 88, Sachs 2018: 25).



Esta superposición de respuestas a TTB con teorías éticas generales es, como mínimo, apresurada. Kamm (2011) y Steinhoff (2013) sostienen una posición no absolutista sobre la permisibilidad moral de la tortura desde una perspectiva teórica que enfatiza los derechos defensivos de las víctimas del atentado y no las consecuencias de la tortura.

Asimismo, no todas las variantes del consecuencialismo están comprometidas con una respuesta afirmativa a TTB; desde el utilitarismo negativo, que establece como criterio de corrección moral la minimización del sufrimiento, el padecimiento experimentado por el terrorista durante la tortura podría no ser compensado por el rescate de los inocentes (Tomasik 2018).

Al mismo tiempo, algunas posiciones absolutistas - “absolutismo práctico” (Davis 2005: 170, McMahan 2008: 111, Strawser 2013: 332) o “absolutismo probabilístico” (Barry 2013: 103) - han considerado que la tortura es permisible en TTB, pero rechazan que tal juicio tenga alguna relevancia práctica dada la improbabilidad de un escenario semejante (Mayerfeld 2008: 112).<sup>27</sup>

TTB, como ya se señaló, funciona como un argumento para mostrar la no plausibilidad de una posición absolutista (Waldron 2011: 4, McMahan 2018: 207). Por supuesto, teniendo en cuenta las advertencias de 2.1, en ausencia de una interpretación teórica adecuada, TTB no constituye una evidencia definitiva en contra del absolutismo. Allende esta aclaración, TTB forma parte de una larga tradición que, siguiendo a Waldron (2011: 24), puede remontarse hasta Bentham. La “estrategia Bentham” consiste en presentar un escenario en el cual mediante la realización de una acción presumiblemente inmoral se impide que muchas acciones del mismo tipo tengan lugar; incluso en relación al debate sobre tortura, el propio Bentham imaginó en 1804 un escenario hipotético en el que debe torturarse a un criminal para que confiese el lugar en donde un compañero suyo está torturando a cientos de inocentes. TTB puede, entonces, comprenderse como una herencia de esta estrategia (Dershowitz 2002: 142, Davies 2012: 3).

Si bien TTB es claro, no hay un acuerdo definitivo sobre cuáles son sus rasgos característicos y cuáles revisten una relevancia moral significativa. Como se verá, la

---

<sup>27</sup>Algunos autores rechazan que este tipo de posición pueda ser considerada como absolutista (Juratowich 2008, Waldron 2011, Brecher 2012).



relevancia moral de ciertos rasgos dependerá de los principios o la teoría mediante los cuales se aborden las intuiciones que emergen de la puesta en cuestión de TTB.

En una publicación del 2007 de la *Asociación para la Prevención de la Tortura* (APT), se utiliza TTB y se presenta una lista exhaustiva de supuestos y rasgos definitorios.<sup>28</sup>

1. Se conoce la existencia de un plan específico de ataque.
2. El ataque ocurrirá dentro de muy poco tiempo (es inminente).
3. El ataque matará a mucha gente.
4. La persona que está en custodia es quien realiza el ataque.
5. Esa persona tiene información que impedirá el ataque.
6. Torturarla extraerá la información con tiempo suficiente para prevenir el ataque.
7. No existe ningún otro medio para evitar el ataque.
8. Ninguna otra acción podría evitar el daño que se sigue del ataque.

Una vez definidos los rasgos identitarios de TTB, la pregunta central es porqué la tortura resultaría allí una práctica moralmente permisible. A continuación, se analizan los tres tipos de abordajes teóricos (utilitarismo, justificaciones defensivas y mal menor) que ofrecen respuestas disimiles a esta pregunta. Como se verá, cada uno de ellos gana plausibilidad otorgando una relevancia diferente a cada uno de los supuestos de TTB.

### 2.2.1 – Utilitarismo

El utilitarismo clásico es la variante consecuencialista más tratada en el debate (Moore 1989: 291, Allhoff 2012: 114, Steinhoff 2013: 45). Para esta teoría el único criterio evaluativo sobre la permisibilidad moral de una acción X es la maximización de la utilidad (v.g. placer, felicidad, bienestar) que esta promueve en comparación con las alternativas disponibles.

Un corolario de este criterio es la negación de cualquier valoración moral *a priori* sobre las acciones. Para el utilitarismo clásico, dependiendo de las circunstancias, las

---

<sup>28</sup> APT (2005) "Defusing the Ticking Bomb Scenario: Why we must say No to Torture, always". Link: [https://www.apr.ch/content/files\\_res/tickingbombscenario.pdf](https://www.apr.ch/content/files_res/tickingbombscenario.pdf)



conductas habitualmente reprochables pueden resultar permisibles. En este sentido, la tortura no es una excepción.

En TTB, la ausencia de alternativas para evitar el daño es un elemento central para la evaluación utilitarista. Si pudiera protegerse a las potenciales víctimas de los efectos de la explosión o existiera un método menos doloroso de obtener la información requerida, la tortura del detenido no sería una alternativa permisible.

La existencia de un gran número de personas que serán afectadas por el atentado podría ser vista como una condición indispensable para la justificación utilitarista de la tortura en TTB (Allhoff 2012: 115). Sin embargo, la permisibilidad utilitarista sólo precisa que el uso de tormentos permita la emergencia de un estado de cosas mínimamente mejor (en términos de la maximización de la utilidad) que el que tendría lugar si estos no se aplicaran. En este sentido, aun cuando la bomba afectara la integridad física de un individuo, la tortura podría ser justificada.

La principal objeción contra el utilitarismo como andamiaje teórico para fundamentar la permisibilidad moral de la tortura en TTB es que habilita una “pendiente resbaladiza”, es decir, que la permisibilidad de tal práctica se trasladaría vertiginosamente hacia prácticas que no serían aceptables.

Desde el utilitarismo, la culpabilidad o no de la persona a ser torturada para evitar las consecuencias indeseables del atentado no es una variable relevante. Por lo tanto, un utilitarista aceptaría la tortura del hijo inocente de un terrorista, si esa determinación permitiera evitar el éxito de la empresa de su padre (Moore 1989: 292). Nótese, que este resultado teórico es aun más contra-intuitivo si se considera que el utilitarismo permite justificar la tortura de un inocente incluso cuando ello conlleva consecuencias mínimamente mejores.

La tradición utilitarista ha lidiado con este tipo de contraejemplos de diversas maneras. Una de ellas es afirmar que éste es un escenario demasiado ficticio y que un agente maximizador en el mundo real, al no contar con la información que el caso hipotético libremente estipula, no aceptaría torturar a un inocente (Hare 1981: 132). Esta es una respuesta poco satisfactoria cuando lo que se discute son casos hipotéticos aislados como TTB. Tal como señala Allhoff (2012: 92), los intentos por mostrar la



improbabilidad de los supuestos de TTB eluden el desafío que el experimento mental propone.<sup>29</sup>

Los responsables de recopilar y analizar los escritos de Bentham sobre tortura, W. L. Twining y P.E. Twining, sostienen que la justificación benthamita del tormento responde a la aceptación de un utilitarismo *de acto* (Dershowitz 2002: 146). El utilitarismo *de regla*, en cambio, al postular como criterio de evaluación moral de una acción X su adecuación con una regla que de ser aceptada produciría la mayor utilidad esperada posible, sería más receptivo de los posibles inconvenientes que podría ocasionar el uso de la tortura.

El problema del utilitarismo de regla es que frente a casos aislados como TTB debe optar por llevar adelante la acción que en ese escenario maximiza la utilidad (deviniendo en un utilitarismo de acto) o priorizar el respeto a la regla (deviniendo en una variante deontológica). Esta es una crítica convincente al utilitarismo de regla formulada originalmente por Lyons (1965) y retomada en el contexto del debate sobre tortura por Moore (1989: 296).

Una respuesta posible a esta crítica sería afirmar que priorizar el respeto a la regla es lo que maximiza la utilidad total, más allá de las consecuencias inmediatas de la acción puesta en cuestión. Sin embargo, esta respuesta borra la distinción entre el utilitarismo de regla y el de acto, dado que este último también admite la consideración de consecuencias futuras no inmediatas. Por ejemplo, si torturar a un inocente produjera una mayor cantidad de casos de tortura a inocentes en el futuro, entonces sería una acción impermisible desde una perspectiva utilitarista de acto. No es indispensable incorporar la mediación de una regla para arribar a esta afirmación.

---

<sup>29</sup>Esto puede decirse respecto de otros clásicos escenarios hipotéticos. Considérese el ejemplo del tranvía fuera de control que destrozará a 5 personas a menos que empujemos a un individuo gordo que observa los acontecimientos desde un puente y cuyo volumen permitiría detener el andar del tranvía (Foot 1967).

Rebatir el interrogante planteado por el experimento de Foot señalando la improbabilidad de que el volumen del individuo a empujar sea suficiente para detener el tranvía a tiempo o advirtiendo la posibilidad de que nuestra acción podría conllevar la proliferación de psicópatas que disfrutaran de cortar los frenos de los tranvías, es simplemente eludir el desafío y responder a otro escenario que nadie puso en discusión. Los experimentos mentales estipulan condiciones que deben aceptarse para luego juzgar las implicaciones normativas que se siguen de ellas.



Dicho esto, la introducción de consideraciones sobre las consecuencias sociales del uso de tortura no tiene lugar al tratar con casos hipotéticos aislados como TTB que simplemente excluyen dichas consecuencias.

Si el utilitarismo fuera la única teoría disponible para dar cuenta de la permisibilidad moral de la tortura en TTB, entonces el absolutismo no sería desbancado; las razones que habilitarían la permisibilidad de la tortura en ese caso hipotético serían idénticas a las que lo habilitarían en casos donde el torturado es un individuo inocente.

### 2.2.2 – Justificación defensiva

Considérese el siguiente ejemplo

**Detonador 1:** *Tomas es un miembro de una célula terrorista que se propone hacer estallar una bomba en un centro comercial repleto de personas. Jorge es un investigador policial que ha seguido el rastro de Tomás y advierte que se encuentra en el tercer piso de un edificio. Tomás está a punto de accionar el detonador de la bomba que provocará la explosión. No hay tiempo para evacuar a las futuras víctimas y Jorge no tiene otra opción para evitar el ataque de Tomás aparte de asesinarlo con un disparo efectuado desde la ventana de un edificio contiguo.*

El accionar de Jorge es moralmente permisible pero cabe preguntarse porqué. Una respuesta posible podría referirse a la gravedad del daño que se busca evitar disparándole a Tomás. Sin embargo, esta no es una respuesta satisfactoria dado que la misma acción parece justificable en un caso como el siguiente.

**Detonador 2:** *Tomás es un miembro de una célula terrorista que se propone asesinar a un músico de Metallica, banda que considera blasfema. Jorge advierte que Tomás se encuentra en el tercer piso de un edificio y está a punto de accionar el detonador de una bomba que explotará en el auto particular del cantante de la banda. Jorge no tiene otra opción para evitar el ataque de Tomás más que asesinarlo con un disparo efectuado desde la ventana de un edificio contiguo.*



La razón por la cual el accionar de Jorge es moralmente permisible en este caso no puede ser la gravedad del daño a evitar, ya que las consecuencias de su acción son similares a las de su omisión, a saber, la muerte de un individuo.

El principal fundamento para la permisibilidad del asesinato de Tomás es su responsabilidad moral en la ejecución de un ataque injusto y el derecho del cantante de Metallica de no ser víctima de dicha agresión. Este derecho fundamental del cual gozan todos los individuos permite la emergencia de un derecho derivado de defenderse del agresor injusto.

En las últimas dos décadas ha habido una gran producción filosófica referida al problema de la violencia defensiva.<sup>30</sup> Los autores que toman parte en esta literatura coinciden en que el derecho a no ser agredido injustamente es un “derecho de reclamo” (*claim right*), esto es, un derecho que genera deberes de no interferencia y deberes de asistencia.

Como indica Frowe (2015: 267), si un individuo P tiene un derecho de no ser agredido por Q, ello implica que (1) Q tiene un deber de abstenerse de agredir a P y (2) que puede recaer sobre un tercero Z un deber de asistir a P si Q intenta agredirlo, asumiendo que dicha asistencia no implica un costo excesivamente alto para Z.

En este sentido, el accionar de Jorge está justificado defensivamente aunque su intención sea evitar una agresión injusta no contra sí mismo, sino contra otro individuo. En este sentido, cabe reiterar la aclaración de Steinhoff (2013: 12), de acuerdo con la cual la auto-defensa también justifica el accionar en defensa de los derechos de terceros.<sup>31</sup>

El ejercicio de este derecho defensivo está sujeto a dos restricciones: necesidad y proporcionalidad. La primera restricción refiere a la evaluación de las alternativas disponibles para repeler la agresión y exige que se escoja, entre ellas, la menos lesiva

---

<sup>30</sup>Introducirse en todos los aspectos de esta importante producción nos alejaría del objeto de investigación de la presente tesis. Por lo tanto, simplemente haré referencia a las aristas de la literatura filosófica sobre violencia defensiva que resultan especialmente relevantes para introducir la justificación defensiva de la tortura.

<sup>31</sup>Lo mismo se establece en el Código Penal argentino (inciso 7º del art. 34).



(Rodin 2011, Steinhoff 2013: 12). Por ejemplo, si puedo evitar el ataque de Tomás o bien asesinandolo de un disparo en la cabeza o bien asustandolo efectuando un disparo al aire, el requisito de necesidad demanda escoger el segundo curso de acción. Algunos autores han problematizado las condiciones de satisfacción de este requisito (v.g. Hurka 2005, Lazar 2012). Cabe hacer dos comentarios para mostrar tal complejidad.

En primer lugar, la restricción de necesidad requiere de alguna precisión respecto de lo que significa que una acción sea menos lesiva que otra. Lazar interpreta esta condición como una ponderación entre los *daños morales* que generan las distintas reacciones defensivas disponibles. En este sentido, deben considerarse los efectos que las acciones pueden tener sobre terceros y no sólo sobre el agresor injusto (Lazar 2012: 6). Por ejemplo, imaginemos que Jorge puede evitar el ataque de Tomás disparándole o lanzándole una granada. Supongamos que las dos opciones son igualmente efectivas a los fines de evitar el ataque pero mientras la primera implica la muerte de Tomás, la segunda implica un daño grave (pero no letal) tanto para Tomás como para un vecino inocente que vive en el mismo edificio. En este escenario, el requisito de necesidad, siguiendo la razonable interpretación de Lazar, exige que se opte por disparar dado que la otra opción implica un daño moral mayor, a saber, la imposición de un perjuicio grave sobre un individuo inocente.

La segunda razón para la complejidad de la condición de necesidad radica en que las acciones defensivas están sujetas a distintas probabilidades de éxito. Steinhoff sostiene que el requisito de necesidad debe entenderse como la exigencia a optar por la acción menos lesiva siempre que presente, al menos, la misma probabilidad de éxito que las acciones alternativas (2013: 12). En otras palabras, el requisito de necesidad busca primordialmente la maximización de la capacidad defensiva de la víctima. No habría razones morales para que la víctima de una agresión injusta sea obligada a escoger una acción que es menos lesiva para su agresor pero que la expone a un riesgo mayor.<sup>32</sup>

Como resulta evidente, la satisfacción del requisito de necesidad se complejiza enormemente cuando se presenta un escenario en el que la acción defensiva con una

---

<sup>32</sup> Lazar cree que una mínima diferencia de probabilidad de éxito no habilita la adopción de un curso de acción excesivamente más lesivo que otro(s) disponible(s). Por ejemplo, si disparar a la cabeza de un agresor tiene una probabilidad de evitar su agresión de 0.9 y disparar a la pierna una probabilidad de 0.8, elegir la primera opción no es justificado (2012: 6).



mayor probabilidad de éxito es la que, a su vez, supone imponer un daño grave contra individuos inocentes.

El segundo requisito para la legitimidad del ejercicio del derecho a la auto-defensa es el de proporcionalidad. Mientras que el requisito de necesidad compara distintos medios defensivos, el de proporcionalidad compara los efectos de hacer X para detener una agresión y los efectos de no hacer X (McMahan 2014: 3). Por ejemplo, el asesinato de Tomás sería una acción desproporcionada, si en lugar de evitar un atentado sanguinario buscara evitar un daño insignificante, como un empujón contra el cantante de Metallica. Por supuesto, el empujón de Tomás sería un acto inmoral pero su efecto no sería suficientemente grave para justificar un ataque letal.

El requisito de proporcionalidad también ha sido objeto de un análisis filosófico refinado (McMahan 2009: 10, Rodin 2011, Quong 2015). Algunos comentarios pueden ser de utilidad para clarificar qué implica su aceptación.

En primer lugar, que el requisito de proporcionalidad tenga en cuenta las consecuencias, no implica que sea un principio consecuencialista. A los fines de evitar una agresión grave, una víctima puede infligir un daño mayor al agresor que el que ella misma sufrirá. Por ejemplo, P está, *ceteris paribus*, justificado proporcionalmente a romper dos brazos a Q, si ese es el único medio disponible para evitar que Q le rompa un brazo (McMahan 2014: 8).

En segundo lugar, el requisito de proporcionalidad admite una evaluación diferente de los daños ocasionados por un ataque defensivo atendiendo a las personas afectadas por dicho ataque. McMahan introdujo las nociones de proporcionalidad *amplia* y *estrecha* para referirse a dos métricas de evaluación diferente (2009: 20-21). Mientras la proporcionalidad estrecha evalúa exclusivamente los efectos de un ataque defensivo sobre uno o más individuos moralmente responsables de la agresión injusta que se pretende repeler, la proporcionalidad amplia evalúa exclusivamente dichos efectos sobre individuos inocentes.

Retómese el ejemplo que da comienzo a este apartado para discutir la aplicabilidad del derecho de defensa en un caso como TTB. En este ejemplo, Jorge estaría ejerciendo un derecho defensivo justificado, esto es, dentro de los límites de la necesidad y la



proporcionalidad, y Tomás habría perdido su derecho a no ser atacado defensivamente de ese modo.

En la literatura filosófica anglosajona sobre defensa se utiliza un término extraído del ámbito jurídico para describir una condición como la de Tomás en *Detonador* (1 y 2), que no tiene una traducción simple y literal al castellano. Los autores utilizan la noción *liable* para distinguir a Tomás de, por ejemplo, un vecino que podría ser herido si lanzamos una granada para evitar que Tomás pulse el detonador. Decir de un individuo X que es *liable* para ser dañado de una determinada manera significa que él mismo es moralmente responsable del ataque que se busca evitar dañándolo (McMahan 2005: 386).

Como señala Barry, un derecho puede ser *inviolable* y/o *inalienable* (2018: 94). La inviolabilidad de un derecho significa que no está permitido invadirlo mientras se detenta. Pero esta afirmación es compatible con la posibilidad de alienar o perder ese derecho.

La cuestión problemática, entonces, es evaluar si es posible y bajo qué condiciones, alienar o perder un derecho tan básico como el de no sufrir tortura. Para ello, resultará útil tomar una distinción de Kamm.

De acuerdo con ella, existen al menos dos modos de entender la posesión de un derecho humano: (1) afirmar que lo único requerido para *poseer* ese tipo de derecho es ser una persona humana y (2) afirmar que lo único requerido para *poseer y continuar poseyendo* ese tipo de derecho es ser una persona humana (2007: 238).

Muchos de los derechos que se consideran derechos humanos satisfacen el primer sentido pero no el segundo. Derechos como el de libre circulación, de expresarse libremente y el derecho a la vida pueden ser perdidos o alienados por las propias acciones de quienes detentan tales derechos; por ejemplo, un individuo puede perder su derecho a circular libremente cuando comete un delito que es penado con reclusión o puede perder su derecho a expresarse libremente cuando hace uso del mismo para proferir un discurso racista o, como en el caso de Tomás, puede perder su derecho a la vida cuando atenta contra la integridad física de otro individuo.



Algunos autores se han preguntado si esta posibilidad de perder o alienar un derecho en ciertas circunstancias podría aplicar al derecho a no ser torturado. Considérese la siguiente variación de *Detonador 2*.

**TASER:** *Tomás es un miembro de una célula terrorista que se propone asesinar a un músico de Metallica, banda que considera blasfema. Jorge advierte que Tomás se encuentra en el tercer piso de un edificio y está a punto de accionar el detonador de una bomba que explotará en el auto particular del cantante de la banda. Jorge no tiene otra opción para evitar el ataque de Tomás aparte de efectuarle una severa descarga eléctrica con su pistola TASER durante 15 minutos que le impedirá accionar el detonador, permitiéndole al cantante de Metallica salir de su vehículo.*

Según la definición de “tortura” defendida en el primer capítulo, Jorge torturaría a Tomás si disparara con su pistola TASER. Los absolutistas podrían aceptar el accionar de Jorge y negar que sea un caso de tortura dado que Tomás no está indefenso en el momento previo a pulsar el detonador.

Tal respuesta, sin embargo, es problemática porque implica una noción demasiado extraña de indefensión. El hecho de que Tomás esté a punto de atacar puede significar que no está indefenso en relación al cantante de Metallica, pero no en relación a Jorge. Para ilustrar este punto puede retomarse el ejemplo de los luchadores grecorromanos del primer capítulo. El luchador A puede estar sufriendo una palanca por parte del luchador B, pero mientras no haya explicitado su rendición no puede decirse que se encuentra en un estado de indefensión, ya que cabe suponer razonablemente que podría escapar de la maniobra de su rival. Ahora bien, podría afirmarse su indefensión en relación al primo de B, que para garantizar la victoria de su familiar decide irrumpir en escena y dispararle a su contrincante.

Imaginemos un absolutista que admite que TASER es un caso de tortura y, por lo tanto, niega la permisibilidad moral del accionar de Jorge. Asumamos que el mismo absolutista acepta en *Detonador 2* que Tomás fuera asesinado con el objetivo de evitar su agresión injusta. Esta combinación de absolutismo en contra de la tortura y no absolutismo sobre el asesinato defensivo no debería sorprender; comúnmente se asume



que, a diferencia del derecho a la vida, el derecho a no ser torturado es el tipo de status que no puede perderse.

Una forma de rechazar alguna distinción normativa significativa entre tortura y asesinato defensivo es realizar un argumento comparativo.

Dicho argumento, presente en Kamm (2011: 4), Allhoff (2012: 130) y Steinhoff (2013: 17), sostiene que si se acepta la permisibilidad moral del asesinato defensivo, debe aceptarse, dado que constituye una alternativa menos lesiva para el agresor, la permisibilidad moral de la tortura defensiva. Esta línea de razonamiento puede reconstruirse del siguiente modo.

- i. El asesinato de X es un medio defensivo permisible (necesario y proporcional) para evitar cierto tipo de agresión injusta Y por parte de X
- ii. La tortura de X permitiría evitar la agresión Y por parte de X
- iii. La tortura es una práctica menos lesiva para X que el asesinato
- iv. La tortura de X es un medio defensivo permisible para evitar cierto tipo de agresión Y por parte de X

Es pertinente introducir una aclaración sobre la premisa iii, ya que es la que plausiblemente podría ser rechazada.

No es cierto que en todos los casos la tortura sea una práctica menos lesiva que el asesinato; existen múltiples técnicas de tortura, algunas de las cuales son profundamente dolorosas y no parece absurdo pensar en un individuo que prefiere ser asesinado de manera indolora para no someterse, por ejemplo, a una sesión no letal dentro del Toro de Falaris.<sup>33</sup> En términos más generales, la repulsión al dolor es una de las principales razones que una persona puede alegar para decidir no recibir un determinado tratamiento médico, aunque ello conlleve un deterioro terminal de su calidad de vida.

---

<sup>33</sup>El Toro de Falaris es un instrumento de tortura cuyo nombre se atribuye a Falaris, tirano de Acragas, Sicilia. La tortura consistía en introducir a la víctima en el interior de una estatua de bronce hueca con forma de toro. La estatua se colocaba encima de una hoguera, con lo que la temperatura del interior aumentaba a niveles insoportables. Los alaridos y gritos de las víctimas salían por la boca del toro haciendo parecer que la figura mugía. Aristóteles hace referencia a este método de tortura en *Ética a Nicómaco*, libro VII, 5; 1148b.



Asimismo, para ciertas variantes del utilitarismo (v.g hedonista negativo), la tortura sería una opción inadmisibles frente a la posibilidad de escoger un asesinato indoloro.<sup>34</sup> Esta objeción, aceptan Kamm (2011: 15) y Steinhoff (2013: 19), podría aplicarse a cierto tipo de prácticas muy dolorosas o prolongadas pero existen numerosos ejemplos de tortura que son razonablemente preferibles a la muerte. Hay dos razones que, según creo, operan a favor de esta posición de Kamm y Steinhoff y que, *a fortiori*, defienden la premisa iii.

La primera razón parte de imaginar un escenario en el que la única posibilidad de evitar que P sea sometido a una sesión de 15 minutos de submarino seco o de descargas eléctricas es asesinarlo. No parece plausible que un individuo deseoso de ayudar a P escoja esta posibilidad.

La segunda razón es que mientras la muerte implica la imposibilidad de toda reparación posterior para el occiso, el individuo torturado puede ser provisto de algún tipo de ayuda psicológica posterior que permita reducir los potenciales efectos del tormento (independientemente de si existe o no una obligación de proveerle dicha asistencia).<sup>35</sup> Dicho esto, la premisa iii debe entenderse como una afirmación restringida a cierto tipo de torturas; casualmente, aquellas que parecen más pasibles de ser utilizadas con fines defensivos.

Otra de las aclaraciones pertinentes acerca del argumento comparativo es acerca de su utilidad. Podría preguntarse si su fuerza sigue incólume en casos que, como TASER o TTB, presentan solamente la opción de torturar al agresor. ¿Podría considerarse a la tortura como una acción defensiva en sí misma cuando no es comparada con una alternativa más costosa?

---

<sup>34</sup>El utilitarismo negativo, originalmente esbozado por Karl Popper en la nota 2 del capítulo 9 de *La Sociedad Abierta y sus Enemigos (1945)*, fue objetado por R. N. Smart en un artículo de 1958 precisamente por permitir conceptualmente la destrucción indolora de toda la humanidad. Algunos utilitaristas negativos han *mordido la bala* de Smart y asumido posiciones pro-mortalistas. Ver, "Why it is always better to cease to exist" de Jiwoon Hwang en link: <http://jiwoonhwang.org/pro-mortalism/>

<sup>35</sup>Podría pensarse que es la ausencia de sensaciones post-mortem lo que hace del asesinato una opción preferible a la tortura. Sin embargo, esto puede interpretarse de manera inversa. La muerte impide que desarrollemos tareas que una víctima de la tortura puede seguir realizando luego del suplicio (enamorarse, disfrutar de la poesía, hacer deporte, etc.). Steinhoff desarrolla este punto (2013: cap 2).



La respuesta es afirmativa porque lo contrario implicaría, como señala Kamm (2011: 24), la violación de una regla básica de transitividad. Si se acepta que frente a un escenario como *Detonador 2* es permisible asesinar a Tomás, entonces se asume que la muerte del cantante de Metallica es más grave moralmente que la muerte de Tomás. Si se acepta el argumento comparativo, entonces se asume que la muerte de Tomás es más grave moralmente que su tortura, suponiendo que tienen el mismo objetivo defensivo. Por lo tanto, transitivamente, la muerte del cantante de Metallica es más grave moralmente que la tortura defensiva contra Tomás. En consecuencia, si se acepta el argumento comparativo, debe asumirse que la tortura puede ser moralmente permisible incluso cuando se presenta como la única opción disponible.

De esta manera, la validez del argumento comparativo aplicado a TTB debe analizarse en virtud de si la tortura como acción defensiva es un medio menos lesivo que otra opción, a saber, el asesinato, que resultaría permisible para evitar la misma agresión injusta si los hechos se hubieran desarrollado de manera diferente.

Algunos autores han ofrecido descripciones impactantes sobre la inmoralidad *prima facie* de la tortura (Miller 2005, Brecher 2007, Sachs 2018). Infelizmente, varias de estas presentaciones apelan a conceptos poco claros para evaluar comparativamente el uso de tormentos en relación a otro tipo de daños. Referirse a la tortura como una práctica “deshumanizante” (Sachs 2018: 25), “humillante” (Miller 2005: 182) o que “quiebra a las personas” (Brecher 2007: 75), captura parte de las consideraciones de trasfondo que hacen de dicha práctica un fenómeno tabú, tal como fue mencionado en el primer capítulo. Sin embargo, al discutir acerca de la permisibilidad moral de la tortura, esto es, más allá de su carácter *prima facie* inmoral, tales categorías no parecen asibles analíticamente para evaluar la especificidad de la dicha práctica como un tipo particular de acción violenta.

Otros autores, más apegados al estilo del debate filosófico académico, han objetado la analogía entre el asesinato defensivo y la tortura apelando, no al grado de lesión generado por una u otra acción, sino al modo en que se produce dicha lesión y las características de quien la padece. Analizaré tres objeciones contra la premisa iii del argumento comparativo atendiendo al orden cronológico en que fueron apareciendo en el debate contemporáneo.



### 2.2.2.1 – Indefensión y propiedad de “no representar una amenaza”

Shue emplea una distinción cara a la *teoría de la guerra justa* para mostrar la diferencia normativa entre tortura y asesinato. Dicha teoría establece una división entre combatientes y no combatientes, permitiendo, al menos en su versión ortodoxa (McMahan 1994), atacar directa e intencionalmente sólo a los primeros.

Los no combatientes, a diferencia de los combatientes, son personas indefensas que no representan ninguna amenaza. Por lo tanto, atacarlos no constituye una medida defensiva (Shue 1978: 130).

Por el contrario, un combatiente armado puede ser objeto de un ataque letal defensivo, ya que su presencia en el campo de batalla configura una amenaza para la integridad física del enemigo.

Ahora bien, si la premisa iii fuese cierta, capturar a un combatiente y someterlo a una sesión de tortura sin un fin interrogativo claro debería resultar, al menos *a priori*, permisible e incluso preferible a matarlo en combate.

El hecho de que la tortura sea una acción menos lesiva para el combatiente enemigo que su asesinato es insuficiente para mostrar su permisibilidad (Shue 1978: 126). En otras palabras, existiría una dimensión normativa no considerada por el argumento comparativo, a saber, que el individuo torturado está indefenso y no representa ya ninguna amenaza.

De esta manera, el argumento de Shue para rechazar la analogía entre asesinato defensivo y tortura depende de dos elementos: la indefensión y la no-amenaza. A continuación, se analizan cada uno de ellos.

El problema con este argumento de Shue para rechazar que la tortura es menos lesiva que el asesinato radica en que confunde la idea de indefensión con la propiedad de “no representar una amenaza” (Kamm 2011: 6). Es evidente que en TASER, Tomás está indefenso en relación al ataque de Jorge y, al mismo tiempo, representa una amenaza



para la vida del cantante de Metallica. Por lo tanto, no puede decirse que todo caso de tortura configure un ataque contra un individuo que no representa una amenaza.<sup>36</sup>

El argumento de Shue no funcionaría contra cualquier caso de tortura; por ejemplo, funciona contra la tortura interrogativa de un individuo desarmado pero no contra casos de tortura incapacitante que impiden una acción.

Dicho esto, el problema de la permisibilidad de la tortura no es, principalmente, acerca de si puede o no – en términos generales - aplicarse intencionalmente dolor sobre un individuo para evitar que cometa una acción sino si puede infligirse dolor a alguien que, como en TTB, ya ha cometido una acción (v.g. activar una bomba) que puede causar un daño significativamente grave.

El rasgo normativo especial de la tortura en TTB parece ser el hecho de que es practicada sobre un individuo que no representa, al momento de estar detenido, ninguna amenaza. Sin embargo, este rasgo no parece ser exclusivo de la tortura interrogativa. Considérese el siguiente ejemplo.

***Antídoto:** Indiana Jones ha sido envenenado por un villano. El villano ha ingerido una cápsula que contiene el único antídoto disponible. Indiana morirá en unos minutos. La única posibilidad de evitar su muerte es asesinar al villano desarmado y recuperar la capsula de su cuerpo antes de que sea totalmente digerida. Indiana dispara al villano, practica la operación con éxito y salva su vida.*

El accionar de Indiana en *Antídoto* es defensivo e indudablemente permisible. El villano ha perdido su derecho a no ser dañado tras haber lanzado una agresión injusta contra nuestro héroe.

Si analizamos este escenario siguiendo el aporte de Shue, notaremos que no es normativamente diferente a TTB. El villano, al igual que el terrorista detenido, está completamente indefenso respecto del ataque de Indiana y, una vez que decide

---

<sup>36</sup>Por supuesto, el mismo ejemplo puede aplicarse al contexto bélico planteado por Shue. Si Tomás fuera un combatiente enemigo que está a punto de detonar una bomba en el vehículo de un no combatiente, Jorge estaría habilitado a propinarle una severa descarga eléctrica durante 15 minutos.



envenenarlo y consumir el antídoto, no representa ninguna amenaza. En todo caso, resulta más adecuado describir como amenaza al veneno que circula por el organismo de Indiana, pero ya no al villano.

Resumidamente, las dos características propuestas por Shue (indefensión y no representar una amenaza) no permiten diferenciar normativamente a la tortura del asesinato defensivo. Como muestra el caso *Antídoto*, es posible que el asesinato de un agresor indefenso y que ya no representa una amenaza sea moralmente permisible sobre argumentos defensivos.

#### 2.2.2.2 – Deberes negativos y deberes positivos

Hill (2007) acepta que la tortura incapacitante puede ser moralmente permisible como acción defensiva pero niega esa posibilidad en casos de tortura interrogativa como TTB. Para mostrar esta diferencia, Hill presenta los siguientes casos (2007: 397).

**Caso de Contención:** *Un oficial de policía localiza a un conocido terrorista cuando está tratando de detonar una bomba. Si esto ocurre, causará serios daños de manera ilícita a muchos inocentes. Para que la bomba estalle, el botón del detonador debe ser apretado durante diez segundos. La única forma en que puede evitarse que el terrorista mantenga apretado el botón del detonador por diez segundos es si se le causa un dolor tal que elija quitar su dedo del detonador. El oficial de policía dispara al pie del terrorista, intentando así causarle un dolor severo. Esto haría que el terrorista elija conscientemente detener la preparación de la detonación y concentrarse en el cuidado de su pie.*

**Caso de Detención:** *Un oficial de policía localiza a un conocido terrorista cuando está tratando de detonar una bomba. Si esto ocurre, causará serios daños de manera ilícita a muchos inocentes. El botón del detonador debe ser apretado durante diez segundos para que la bomba estalle. El aparato funciona de tal forma que una vez que se presione el botón del detonador, éste permanecerá fijo en esa posición a menos que se lo vuelva a presionar con las huellas digitales del terrorista. La única forma en que*



*puede prevenirse que el botón se mantenga en la posición de “activado” es si se le causa un dolor tal al terrorista que él mismo elija volver a presionar el botón del detonador para que el dolor cese. El oficial dispara al terrorista en el pie, amenazándolo con mayor dolor a menos que presione nuevamente el botón del detonador.*

Hill afirma que ambos casos son superficialmente similares pero que existe entre ellos una diferencia moral relevante.

En *Contención*, se coacciona al terrorista para impedir que realice una acción, obligándolo a cumplir con un deber negativo, a saber, no agredir injustamente a inocentes. En este sentido, *Contención* es similar a *Detonador* (1 y 2) y a TASER.

Contrariamente, en *Detención* se coacciona al terrorista para que realice una acción, obligándolo a cumplir con un deber positivo, a saber, cooperar con la interrupción de un atentado. En este sentido, *Detención* es similar a TTB.

De acuerdo con Hill, usar un medio violento para obligar a un individuo a cumplir un deber positivo es moralmente impermisible. Para probar la plausibilidad de esta afirmación introduce el ejemplo de un experto desactivador de bombas retirado que se niega a prestar sus servicios ante una explosión inminente porque no quiere separarse ni un instante de su mujer moribunda (2007: 401). Posiblemente, sostiene Hill, el experto tenga un deber positivo de prestar asistencia pero no puede ser forzado a cumplirlo en esta circunstancia específica.

El argumento de Hill tiene como fin rechazar las justificaciones de la tortura interrogativa que apelan a una analogía con acciones defensivas. Mientras éstas tienen como objetivo evitar que una acción sea realizada (como en *Contención*, *Detonador* 1 y 2 o TASER), forzando el cumplimiento de un deber negativo, TTB tiene por objetivo que el individuo violentado realice una acción (como en *Detención*), forzando el cumplimiento de un deber positivo.

Si el razonamiento de Hill es correcto, entonces el argumento comparativo solo podría aplicarse a casos de tortura incapacitante y no a casos como TTB. La premisa iii del argumento comparativo no contemplaría una diferencia moralmente significativa entre el asesinato y cierto tipo de tortura.



La importancia del argumento de Hill es mayor ya que aunque no satisfaría completamente al absolutista, implicaría el rechazo de la permisibilidad moral de la tortura en el ejemplo más utilizado para justificar esa permisibilidad. El argumento, no obstante, falla por dos razones.

En primer lugar, como señala Steinhoff (2013: 105), Hill tiene una visión demasiado simplista de la naturaleza de los deberes negativos al suponer que los requerimientos que emergen de ellos solo pueden ser satisfechos mediante omisiones. Las personas pueden verse obligadas a realizar acciones para cumplir con sus deberes negativos toda vez que llevan a cabo una tarea que puede derivar en una violación de dichos deberes. Por ejemplo, la decisión de conducir un automóvil exige por parte del conductor la realización de ciertas maniobras para evitar la violación del deber de no dañar inocentes. En el caso de TTB, la decisión de colocar una bomba también demanda que el torturador realice una acción, a saber, confesar la localización del explosivo, para cumplir con su deber negativo de no dañar inocentes. Dicho cumplimiento puede ser forzado mediante una acción violenta, en este caso defensiva.

Ciertamente, este tipo de coacción no puede imponerse de igual modo sobre un individuo que no ha iniciado una cadena causal que espera derivará en la violación de un deber negativo. El ejemplo del experto desactivador retirado lo muestra. Dado que es inocente respecto de la colocación del aparato explosivo, mantiene un derecho a no ser violentado. En *Contención*, el terrorista ha perdido su derecho a no ser violentado para realizar una acción en cumplimiento de un deber negativo.

En segundo lugar, lo que Hill describe como un “deber positivo de cooperar con la interrupción de un atentado” puede ser presentado como un “deber negativo de no rehusarse a prestar asistencia para la interrupción de un daño contra terceros inocentes que se producirá por las acciones injustas que fueron realizadas por uno mismo en el pasado”. Este es un deber negativo que puede considerarse subsidiario del deber negativo de no dañar inocentes y como tal, siguiendo la argumentación de Hill, puede ser exigido mediante coacción. Tal como indica Waldron (2011: 11), los deberes negativos tienen que ser precisos (indudablemente este lo es), pero no hay ninguna razón para afirmar que deban ser simples o concisos.



En resumen, el intento de Hill por señalar una diferencia normativa relevante entre asesinar defensivamente y torturar interrogativamente es rechazable. Así, la tortura al terrorista en TTB puede ser razonablemente interpretada como una acción violenta tendiente a forzar el cumplimiento del deber negativo de no dañar inocentes o de un deber negativo complejo derivado de éste.

### 2.2.2.3 – Daño eliminativo y daño oportunista

Para Lang (2015) la diferencia normativa relevante entre la tortura en TTB y el asesinato defensivo radica en el tipo de daño que ambos producen. Lang apela a una distinción formulada originalmente por Warren Quinn entre daños *eliminativos* y daños *oportunistas* (Quinn 1989: 344).

Los primeros son producidos con el objetivo de remover un obstáculo o dificultad que la persona dañada representa para quien comete el ataque; *Detonador* (1 y 2) y TASER constituyen claros ejemplos de este tipo de daño, ya que la presencia de Tomás es un obstáculo a ser removido – por Jorge - para garantizar la supervivencia de otros inocentes.

Contrariamente, los daños oportunistas asumen la presencia de la persona dañada no como un obstáculo, sino como una ventaja para la consecución de un fin. TTB es un ejemplo de este tipo de daño; la presencia del terrorista capturado es vista como una ventaja dado que su tortura constituye el único medio disponible para evitar el atentado. Siguiendo a Quinn, Lang sostiene que ser dañado de manera oportunista implica ser utilizado como un medio y esa es una propiedad intrínsecamente inmoral (2015: 341).

Aceptando una posible objeción de Steinhoff, Lang sostiene que la tortura en TTB no es meramente oportunista, dado que también busca eliminar una futura agresión producida por el terrorista; de acuerdo con él TTB resulta un caso híbrido de daño oportunista y eliminativo al mismo tiempo (2015: 342).

Esto parece ser una concesión equivocada de Lang. La tortura en TTB, siguiendo la clasificación de Quinn, es indudablemente oportunista. La presencia del terrorista es una ventaja y no un obstáculo; si se removiera al terrorista de la escena, la única opción disponible para detener el atentado se desvanece. Por supuesto, su negación a develar la



localización del explosivo es una dificultad a ser removida pero no es esencialmente diferente a la dificultad que podría representar la negación del individuo gordo a ser empujado desde un puente para evitar el avance del tranvía.

Independientemente de esta concesión, Lang afirma que las razones para torturar al terrorista de manera parcialmente oportunista en TTB no son defensivas, sino esencialmente punitivas (2015: 342). Su tormento se justifica por la ausencia de un derecho a no ser torturado que él ha perdido como consecuencia de sus acciones pasadas. Este tipo de justificación plantea un acercamiento, según Lang, entre la tortura defensiva en TTB y a la tortura punitiva.

En resumen, la conclusión de Lang es que existe una diferencia normativa relevante entre la tortura interrogativa y el asesinato defensivo. La primera incluye un daño oportunista moralmente impermissible, ausente en el asesinato defensivo, y que solo puede justificarse por razones punitivas.

El argumento de Lang puede ser rechazado por dos razones. La primera es que TTB no implica a una retribución punitiva por las acciones pasadas del terrorista. La segunda es que del carácter oportunista de un daño no se infiere necesariamente su no permisibilidad moral

Con respecto a la primera razón, piénsese en la siguiente situación. Si luego de plantar la bomba el terrorista consume una droga que borra todo registro de su memoria reciente y la tortura fuera inútil, entonces someterlo a tormentos sería una acción ineficiente para detener el ataque y, consecuentemente, impermissible desde un punto de vista defensivo (Strawser 2013: 352).

Ciertamente, las acciones pasadas del terrorista hacen que haya perdido su derecho a no ser torturado, pero lo mismo podría decirse del villano cuyas acciones pasadas en *Antídoto* le significan una pérdida del derecho a no ser asesinado.

Nótese que las razones por las cuales el villano y el terrorista en TTB pierden sus respectivos derechos a no ser dañados necesaria y proporcionalmente responden a sus acciones pasadas y, no obstante, no representan tipos idénticos de daño. Mientras que en TTB la tortura es oportunista, la muerte del villano en *Antídoto* es un daño eliminativo (el cuerpo del villano puede verse como un obstáculo para la obtención de la capsula).



Por lo tanto, la identificación entre el carácter oportunista de un daño y las razones presuntamente punitivas para perder un derecho no se sostiene.

La segunda razón se basa en que del carácter oportunista de un daño no se infiere necesariamente su no permisibilidad moral. Es razonable pensar que si un agresor puede perder su derecho a no ser dañado eliminativamente, también puede perder su derecho a no ser dañado oportunistamente. Considérese el siguiente ejemplo planteado por Hare (2014: 387).

**Malvado en la pasarela:** *Como en el ejemplo clásico, un tranvía está dirigiéndose contra cinco individuos inocentes y paralizados. La única forma de salvarlos es empujar a un individuo desde una pasarela hacia las vías, deteniendo el tranvía pero matándolo. Pero, cuidado! Él no es un tipo cualquiera. Él mismo los ató a la vía, dirigió el tranvía contra ellos y lo hizo andar! Ahora, está frotándose las manos y estallando en carcajadas. El quiere quedarse para verlos morir.*

Intuitivamente, el villano del ejemplo de Hare puede ser permisiblemente empujado del puente de manera defensiva porque ha perdido su derecho a no ser dañado necesaria y proporcionalmente para evitar la muerte de cinco inocentes.

La principal diferencia con el individuo gordo del caso tradicional es que éste no realizó ninguna acción para perder su derecho a no ser dañado, ni eliminativa ni oportunistamente. Su muerte no puede justificarse por razones defensivas.

En suma, el carácter oportunista de la tortura en TTB no permite trazar una diferencia normativa significativa respecto de otros tipos de acciones defensivas permisibles. El terrorista ha perdido su derecho a no ser dañado de manera oportunista del mismo modo que el villano en el caso formulado por Hare.

#### 2.2.2.4 – Defensa del argumento comparativo

Hasta aquí, se han presentado las tres críticas conceptuales más importantes a la premisa iii del argumento comparativo. Si las anteriores objeciones son aceptables, entonces



ninguno de los tres tipos de argumentos analizados establece una diferencia normativa relevante entre la tortura en TTB y el asesinato defensivo.

De esta forma, la tortura del terrorista en TTB puede justificarse por los derechos defensivos de los inocentes que serán dañados letalmente por el atentado; como se consideró, estos derechos hacen surgir un permiso de asistencia por parte de terceros (satisfecho por el o los encargados de llevar adelante la tortura), y la pérdida del derecho del terrorista a no ser torturado ya que es moralmente responsable de poner en funcionamiento una agresión letal injusta.

Por otra parte, el argumento comparativo permite concluir que la tortura, al menos, en ciertas variantes no extremas, es una práctica que puede satisfacer los principios de necesidad y proporcionalidad de toda acción defensiva permisible.

Esta justificación defensiva de la tortura muestra la especial relevancia de algunos rasgos de TTB en relación a otros.

En primer lugar, a diferencia de lo que sucedía con el utilitarismo, el hecho de que la persona a ser torturada sea el perpetrador del atentado es fundamental, dado que es él y no su hijo inocente quien ha perdido el derecho a no ser torturado.

En segundo lugar, la presencia de un gran número de inocentes que morirá producto del atentado es menos relevante de lo que podría pensarse. Si se sigue el argumento comparativo, la tortura podría justificarse defensivamente en TTB aún cuando sus efectos fueran similares a los de la bomba de Tomás en TASER. Esto se debe a la restricción de proporcionalidad de las acciones defensivas que, como ya se ha dicho, no es un requisito consecuencialista y habilitaría incluso la ejecución de un daño levemente mayor para evitar una agresión menos lesiva, es decir, a una “desproporcionalidad moderada o no exagerada” (Steinhoff 2013: 13).

En tercer lugar, el rasgo de inminencia de la explosión en TTB solo es relevante como información para garantizar una alta probabilidad de satisfacción del requisito defensivo de necesidad. Si la explosión no fuera inminente, no habría certeza de que la tortura es el medio menos lesivo para evitar la explosión (v.g. se podría lanzar una patrulla especial para localizar la bomba, aislar a las potenciales víctimas o emplear técnicas de interrogación menos dolorosas). Por supuesto, siempre existe la posibilidad fortuita de que la tortura no sea efectivamente el medio menos lesivo. Un terrorista podría tener un



momento de genuina empatía, justo antes de ser torturado en TTB, para con todas sus potenciales víctimas y confesar la localización de la bomba. Aunque esta posibilidad fortuita no puede descartarse, resulta inapropiado exigirle a una víctima que detenga sus pretensiones defensivas hasta tener certeza absoluta de la necesidad de su acción. Por un lado, porque dicho grado de certidumbre es prácticamente imposible para el conocimiento humano (Allhoff 2012: 108). Por otro lado, porque los principios que regulan las acciones defensivas no pretenden exclusivamente minimizar el daño contra el agresor sino, principalmente, maximizar razonablemente la capacidad defensiva de la víctima.

En esta misma línea, en cuarto lugar, la justificación defensiva no exige que la perspectiva de éxito de una acción sea especialmente alta. Por ejemplo, aunque el accionar de Laura tenga una probabilidad de 1/10000 de repeler la agresión sexual de Roberto (v.g. morderlo, pellizcarlo, quemarlo con un cigarrillo), ella está defensivamente justificada para llevarlo adelante, si es la única opción proporcional disponible. Volveremos sobre este punto en la sección 2.3.1.

De esta manera, el rasgo moralmente relevante para una justificación defensiva de la tortura en TTB es, fundamentalmente, la responsabilidad moral del perpetrador. Esta teorización sobre la permisibilidad de la tortura recoge la potencia intuitiva del contraejemplo del hijo inocente formulado por Moore y, en la misma línea, es coherente con algunos resultados empíricos presentado por Allhoff, que muestran la importancia que los individuos atribuyen a la culpabilidad del sujeto torturado y la irrelevancia de la perspectiva de éxito de la tortura cuando la amenaza es significativamente grave (Allhoff 2012: 104).

### 2.2.3 – Mal menor

En el año 1987, el gobierno israelí ordenó la conformación de una comisión para investigar y juzgar el compartimiento de los efectivos de seguridad de ese país en el marco de la lucha contra el terrorismo. Dicho cuerpo colegiado recibió el nombre de *Comisión Landau* en virtud de su presidente, el ex miembro de la Corte Suprema de Israel, Moshe Landau.



El reporte final de la Comisión Landau generó controversia en el ámbito jurídico al justificar el uso de técnicas violentas de interrogación sobre detenidos mediante una apelación a la *defensa de necesidad*.<sup>37</sup> Este recurso legal establece la posibilidad de justificar una acción normalmente punible si se considera un recurso necesario para evitar un daño mayor. Típicamente estas acciones se denominan *mal menor*.

La Comisión concluyó su reporte afirmando que las técnicas empleadas por los efectivos de seguridad no eran inmorales ni ilegales cuando se empleaban con el objetivo de extraer información de un terrorista para, por ejemplo, destruir un almacén de materiales explosivos que podrían ser utilizados contra civiles inocentes. Asimismo, el reporte estableció que esta conclusión debe resultar “evidente” si se atiende a “los conceptos de moralidad implantados en el corazón de toda persona honesta y decente” (1987: 60).

Si bien existe literatura sobre la posibilidad de justificar legalmente la tortura mediante un recurso a la defensa de necesidad (ver Moore 1989: 332- 344, Allhoff 2012: 189), el objetivo de este apartado estará centrado en analizar la justificación moral de la tortura como una acción del tipo *mal menor*.

El concepto de mal menor se emplea para justificar la violación de un derecho con el propósito de evitar la ocurrencia de consecuencias significativamente graves (Frowe 2015: 274). En los casos de mal menor se argumenta que el individuo afectado no ha perdido su derecho – como ocurre en la justificación de la violencia como auto-defensa - sino que este fue *derrotado* por otras consideraciones normativas (Steinhoff 2013: 43). Para lograr, en términos de Moore (1989), un “balance entre males” que justifique la violación de una restricción deontológica, las consecuencias a evitar deben satisfacer un cierto umbral de gravedad moral. Moore acuñó el concepto de *deontologismo de umbral* (DU) para describir la fundamentación moral detrás del concepto de mal menor (1989: 327). Esta posición puede presentarse como un punto medio entre el utilitarismo y el absolutismo deontologista.

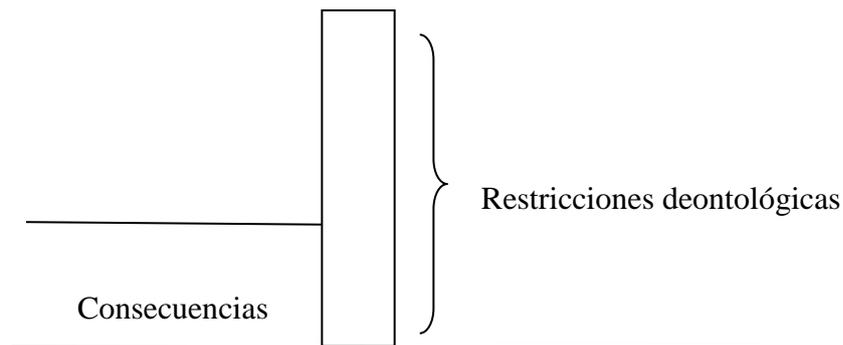
---

<sup>37</sup> Las “técnicas violentas de interrogación” son similares a las 5 técnicas empleadas contra miembros de IRA descritas en el primer capítulo. Ver Reporte de la *Commission of Inquiry into the Methods of Investigation of the General Security Service regarding Hostile Terrorist Activity* (Octubre 1987). Link: [http://www.hamoked.org/files/2012/115020\\_eng.pdf](http://www.hamoked.org/files/2012/115020_eng.pdf)



A diferencia del utilitarismo, DU niega que pueda justificarse la violación de los derechos de un individuo para promover un estado de cosas *mínimamente* mejor. Para ello, es necesario que las consecuencias a evitar sean *significativamente* graves. Precisamente, es esta posible justificación de la violación de derechos como mal menor la que aleja a DU del absolutismo deontologista.

Un modo simple de presentar a DU en oposición a estas teorías es apelando a la imagen de una represa sugerida por Moore (1989: 332), que puede graficarse del siguiente modo.



La imagen de la represa permite ilustrar el alcance limitado de las restricciones deontológicas para DU. Existe una instancia, al menos teórica, en que los derechos (gráficamente, la represa) pueden ser *derrotados* por la magnitud de las consecuencias en cuestión. Valiéndonos de la misma imagen, podemos concebir al utilitarismo como la ausencia de toda represa y al absolutismo deontologista como un dique de contención infinitamente alto e imposible de desbordar.

En la actualidad, una amplia mayoría de autores acepta la plausibilidad de DU para responder a escenarios análogos al formulado por Williams, en el que se presenta la posibilidad de asesinar de un indio inocente como único recurso para impedir el asesinato de 20 indios inocentes a manos de un militar despiadado (1981: 108-109). Frente a este tipo de ejemplos suele admitirse que asesinar a un individuo inocente es un



mal moral (*moral wrong*) que debe realizarse para evitar un mal moral mayor. Rehusarse a escoger la única opción disponible para evitar una masacre injusta puede verse como un intento egoísta inadmisibles por preservar la propia *pureza moral*.<sup>38</sup> Como resultará evidente, este posicionamiento tiene efectos teóricos relevantes en la evaluación moral de prácticas que afectan los intereses de terceros inocentes (v.g. terrorismo, guerra, revoluciones violentas).

La principal crítica dirigida contra DU es la ineludible arbitrariedad con la que se determina el umbral de consecuencias significativamente graves que habilitan la violación de restricciones deontológicas. Volviendo al caso de Williams, ¿podría justificarse el asesinato de un indio inocente si permitiera salvar la vida de solo cinco indios inocentes? Si se respondiera afirmativamente, entonces ¿Qué pasaría si los indios inocentes a salvar fueran dos? Tal como formularon algunos críticos de DU, una vez que se acepta la permisibilidad de violar el derecho de un individuo inocente sólo resta “regatear el precio”, esto es, las consecuencias que habilitan dicha violación (Steinhoff 2013: 44).<sup>39</sup>

Algunos autores objetaron la posibilidad de una justificación defensiva pero utilizaron un argumento del mal menor para permitir la tortura (Ignatieff 2004, Terestchenko 2011, Allhoff 2012). Este argumento asume que dicha práctica constituye en sí misma

---

<sup>38</sup> Existe una interesante producción filosófica relativa a lo que suele denominarse como el “problema de las manos sucias”, cuyo tratamiento excedería los límites de este trabajo y que merece una breve mención. Dicha producción busca tematizar el componente trágico y dilemático de ciertas decisiones morales que implican necesariamente, y con independencia de nuestra elección, la realización (por acción u omisión) de un mal moral (Walzer 1973, Coady 2018). Algunos autores han rechazado la idea, implícita en el problema, de que una acción pueda ser moral en un sentido e inmoral en otro (Nielsen 2007). El utilitarismo, por ejemplo, es una corriente teórica que no concibe a la violación de derechos en aras de la maximización de la utilidad como un modo de “ensuciarse las manos”.

<sup>39</sup>El uso de la expresión “regatear el precio” (*haggle over the price*) remite a la siguiente anécdota humorística, generalmente atribuida a George Bernard Shaw. “Una vez Shaw estaba en una cena con gente de la alta sociedad, cuando le preguntó a una marquesa: “¿Se acostaría usted conmigo por un millón de dólares?”. Ante lo cual ella contestó: “Por un millón de dólares lo pensaría seriamente”. Entonces Shaw le dijo: “Le doy 10 dólares”. La marquesa, indignada, le gritó: “¡¿Qué clase de mujer cree que soy?!”, ante lo cual el escritor respondió: “Eso ya fue establecido, lo que estamos discutiendo es el precio”.



un mal moral, independientemente de quien sea la persona expuesta a dicho suplicio (Allhoff 2012: 196).

Si bien esta evaluación es problemática - como se mostró en la sección anterior, ella requeriría asumir que el derecho a no ser torturado es inalienable y que hay una diferencia moralmente relevante entre asesinar por auto-defensa y tortura en TTB -, existen dos inconvenientes más graves acerca de la aceptación de la teoría del mal menor como única justificación para la permisibilidad de la tortura.

En primer lugar, la justificación de una acción como mal menor supone la ocurrencia de consecuencias *significativamente* graves que serían evitadas mediante la violación de una restricción deontológica. Si la tortura pudiera justificarse sólo como un mal menor, entonces el accionar de Jorge en TASER sería injustificable; la muerte de un individuo no puede compensar la inmoralidad de vulnerar los derechos fundamentales de otro.

En segundo lugar, si la tortura sólo pudiera justificarse como un mal menor, entonces no existirían diferencias normativas entre la tortura de un terrorista y la de su hijo inocente. Cualquier diferencia que pretendiera establecerse en relación al umbral de consecuencias que volvería permisible la tortura de uno u otro escapa a los límites de su caracterización como males morales y requiere de la apelación a consideraciones laterales como la inocencia del hijo del terrorista y la responsabilidad moral de este último sobre las consecuencias que pretenden evitarse mediante su tortura.

Si esto fuera así, la posición del mal menor podría reducirse a una justificación defensiva; afirmar que la tortura de un terrorista puede justificarse como un mal menor en una mayor cantidad de casos que la tortura de su hijo inocente equivale a decir que los derechos de ambos no tienen el mismo peso.

De esa forma, quienes sostienen que la permisibilidad moral de la tortura solo puede justificarse mediante un “balance de males morales” deben o bien aceptar que no existe una diferencia normativa entre la tortura de un terrorista y la de su hijo inocente (lo que resulta claramente contra-intuitivo), o bien introducir consideraciones laterales que no permiten distinguir su posición de una justificación defensiva de la tortura.

Aplicando esta conclusión a TTB, la cantidad de inocentes que sufrirán los efectos del atentando constituye un rasgo fundamental para aceptar la permisibilidad moral de la tortura del terrorista como un mal menor. Sin embargo, esa misma valoración sobre las



graves consecuencias que se seguirían de la explosión podría justificar la tortura del hijo inocente del terrorista, si de algún modo permitiera evitarlas.

En resumen, el DU que fundamenta el balance de males morales conlleva el mismo cuestionable resultado en TTB que la perspectiva utilitarista y presenta: (1) dos consecuencias teóricas implausibles, a saber, la incapacidad para distinguir normativamente entre la tortura del terrorista y la de su hijo inocente y la imposibilidad de justificar el accionar de Jorge en TASER y (2) un problema de solución arbitraria, a saber, la determinación de la magnitud de consecuencias que definen el umbral.

De esta forma, la justificación defensiva de la permisibilidad moral de la tortura en TTB no resulta superada por ninguna justificación alternativa.

### 2.3 – Mundo real

Al comienzo del presente capítulo, se mencionaron una serie de críticas que apuntan contra el carácter excesivamente ficticio de TTB y que afirman la imposibilidad de hacer uso de dicho escenario hipotético para formular conclusiones relevantes para el mundo real.

Como fuera señalado correctamente, no existen ejemplos históricos que reúnan todos los rasgos estipulados en TTB (Mayerfeld 2008: 111). Incluso, el propio Shue (2006), casi tres décadas después de la publicación de su clásico artículo, señaló la existencia de dos características de TTB que lo vuelven un ejemplo irrelevante prácticamente, a saber, su excesivo grado de *idealización* y de *abstracción*.<sup>40</sup> En esta misma dirección, Luban advirtió sobre el uso fraudulento de TTB en el debate público como artificio hipotético tendiente a justificar acciones represivas deleznable en nombre de la lucha contra el terrorismo (2005: 1427).

En la sección anterior, se defendió la justificación defensiva como la fundamentación teórica más adecuada para afirmar la permisibilidad moral de la tortura en TTB. De acuerdo con esta fundamentación, la tortura en TTB se justifica por la responsabilidad moral del terrorista en la planificación de un atentado que lo lleva a perder su derecho a no ser torturado defensivamente para evitar su agresión injusta.

---

<sup>40</sup> Shue extrae ambos conceptos de O'Neill (1988: 711-712).



En esta sección voy a analizar exclusivamente el carácter ideal de TTB denunciado por Shue. Éste se evidenciaría en la presencia simultánea de los siguientes supuestos: (1) la tortura funcionará para extraer la información requerida (2) la persona detenida es efectivamente quien perpetra el atentado y (3) la garantía de que TTB es un caso aislado que no producirá una flexibilización del uso de la tortura (2006: 233). Como se mostrará, una justificación defensiva podría aceptar que 1, 2 y 3 no se presenten y, no obstante, aceptar la permisibilidad moral de la tortura en TTB. Si esto es así, una justificación defensiva no sería necesariamente “demasiado ideal”.

### 2.3.1 – La perspectiva de éxito

Algunos autores han señalado que la tortura es un medio inútil para extraer información (Brecher 2007: 24, Rejali 2009: 522, O'Mara 2015). Los individuos sometidos a tormentos suelen ofrecer datos falsos para evitar, al menos momentáneamente, la continuación del suplicio (Reato 2012: 88). Esta es una razón en contra de la tortura que ha sido esgrimida desde el siglo XVIII por autores ilustrados como el jurista italiano, Cesare Beccaria o el escritor español, Juan Pablo Forner.

En TTB, esta ineficiencia de la tortura para producir información fiable se ve profundizada por la inminencia del daño a evitar. En este sentido, Wisniewski sostiene que TTB, al combinar la inminencia del atentado con la hipotética efectividad de la tortura, incurre en una *contradicción semántica* (2008: 111).

Se incurre en una contradicción de este tipo toda vez que se emplea un concepto atribuyéndole características que contradicen el modo en que éste se instancia en el mundo real.

Por ejemplo, el concepto “agua” refiere convencionalmente a una sustancia cuya molécula está compuesta por dos átomos de hidrogeno y uno de oxigeno. Si se pretendiera hacer uso de dicho término para describir una sustancia que presenta una composición química diferente, se estaría haciendo un uso semánticamente contradictorio del término.

Al estipular la posibilidad de que la tortura resulte efectiva en el contexto de un daño inminente, TTB excluye una característica esencial de dicha práctica en el mundo real



(2008: 112). Para evidenciar esta propiedad, Wisniewski apela a manuales de técnicas de interrogación de la CIA que destacan la improbabilidad de extraer información importante de un detenido en poco tiempo mediante la imposición de dolor.

Wisniewski concluye que, en primer lugar, si el daño a evitar fuera inminente (como estipula TTB), la tortura utilizada con el objetivo de extraer información sería inútil e injustificable y que, en segundo lugar, si el daño a evitar no fuera inminente, la tortura no sería necesaria y, por lo tanto, también sería injustificable (2008: 114-115).

El argumento de Wisniewski no es aceptable desde una justificación defensiva de la tortura. Como algunos autores han señalado, la apelación a afirmaciones empíricas extraídas de manuales de técnicas de interrogación no permite concluir que el uso interrogativo de la tortura en las condiciones temporales supuestas en TTB sea *necesariamente* inútil (Barry 2013: 100, Steinhoff 2013: 146). Ciertamente, es posible afirmar un alto grado de improbabilidad respecto de su capacidad para extraer la información pretendida, pero eso no impide justificar defensivamente a la tortura como un recurso necesario y proporcional.

En TTB, la tortura es la única alternativa disponible para evitar una agresión injusta significativamente grave. Aseverar que un individuo debería abstenerse de actuar necesaria y proporcionalmente en asistencia al derecho de miles de inocentes por la baja perspectiva de éxito de su acción resulta implausible. No hay ninguna razón para negarle a la víctima, o a quien la asiste en su derecho defensivo, la posibilidad de hacer uso de un recurso necesario y proporcional disponible para evitar una agresión, especialmente cuando el daño a evitar es sumamente importante. Por ejemplo, Laura puede morder a su agresor sexual aunque dicha acción presente una probabilidad de 1/10000 de repeler el ataque.

Dicho esto, es central recordar que el carácter instrumental de las acciones defensivas requiere que sea al menos *posible* evitar la agresión. Como se evidenció al considerar el argumento de Lang (ver 2.2.2.3), si se supiera que el terrorista responsable del atentado en TTB ha consumido una droga absolutamente efectiva que borra su memoria reciente, torturarlo no podría justificarse en términos defensivos.

Por supuesto, esto no impide justificar a la víctima en el uso de acciones violentas inútiles mediante otro tipo de razones. Del derecho de Laura a no ser agredida



sexualmente podría derivarse no solo un derecho defensivo contra su agresor, sino también un derecho a repudiarlo moralmente. En este sentido, el acto de propinarle una mordida puede justificarse como un intento por mostrar su rechazo ante la agresión injusta aunque no presente ninguna posibilidad disuasoria.

Ahora bien, es razonable pensar que de existir un derecho a repudiar al victimario este presenta restricciones diferentes a las de un derecho defensivo. Así, la tortura no es una acción aceptable para expresar un repudio moral.

De esta forma, hay razones para afirmar que Wisnewski no prueba que la tortura sea necesariamente inútil en TTB y que, por lo tanto, no puede concluirse que sea injustificable como último recurso defensivo.<sup>41</sup>

Otro de los rasgos del mundo real que hacen “idealizante” a un escenario como TTB es que éste apela al concepto de daño inminente. Parece claro que cuanto mayor rango temporal abarque esa “inminencia”, mayor será la probabilidad de éxito de la tortura, es decir, de que se presente algún ejemplo de un individuo “quebrado”, que decida develar información relevante para los fines de sus verdugos.<sup>42</sup>

Al mismo tiempo, como señala Wisnewski, si se excluye el rasgo de la inminencia, entonces la tortura no sería necesaria, dado que existirían otros medios disponibles para evitar el atentado.

El problema de esta argumentación de Wisnewski es que el carácter inminente del daño simplemente reduce la probabilidad de que la tortura no constituya *objetivamente* el medio menos lesivo disponible pero, sin embargo, no lo garantiza. Teóricamente, sería

---

<sup>41</sup>Presentar esta objeción al argumento de Wisnewski no implica asumir una posición excesivamente optimista sobre la perspectiva de éxito de la tortura. Una posición semejante resultaría infundada ya que no existen resultados empíricos concluyentes acerca de la efectividad de la tortura como método para extraer información (Jeffreys 2009: 83, Steinhoff 2013: 26). Es preciso, no obstante, destacar que la carga de la prueba recae sobre los autores que, como Wisnewski o Brecher (2007: 24), aseveran que la tortura es *necesariamente* inútil en situaciones como TTB, ya que es esta la posición que no resistiría la aparición de un único caso que mostrara lo contrario.

<sup>42</sup>Existen ejemplos de presos políticos que sucumbieron ante el dolor de la tortura y accedieron a descubrir la localización de compañeros (Reato 2012: 89). Esta no pretende ser una defensa de las criminales intenciones de los torturadores, sino una muestra de la posible efectividad de la tortura. Steinhoff presenta el caso real de un secuestrador alemán que tras haber sido torturado confesó el lugar donde había encerrado a un niño que, de no ser rescatado, corría riesgo de morir asfixiado (2013: 14).



concebible que el terrorista estuviera decidido a develar la localización de la bomba unos minutos antes de la explosión, permitiendo desactivarla a tiempo. En ese caso, la tortura no sería *objetivamente* necesaria para evitar el atentado. Sin embargo, en TTB se asume que se han descartado las opciones menos extremas que presentan una probabilidad muy baja de evitar el atentado; insistir en ellas no parece una estrategia razonable si se pretende priorizar la defensa de los inocentes.

Ahora bien, un argumento central contra la posición de Wisnewski es que, incluso si se derrota la condición de inminencia, la permisibilidad de la tortura podría seguir estando justificada. Imagínese que se ha detenido a un miembro de una célula terrorista que planea un atentado para el próximo año. Todas las estrategias de contra inteligencia se han mostrado inútiles para determinar el lugar en el que ocurrirá el ataque y no hay modo de proteger a la población civil.

En un caso como este, la tortura podría justificarse defensivamente como un medio necesario (esto es, el menos lesivo con una perspectiva de éxito igual o mayor a otros disponibles) para descubrir información relevante sobre el atentado e intentar evitarlo.

En resumen, el argumento de Wisnewski no permite concluir la no permisibilidad de la tortura ni en TTB ni en casos en los que el daño a evitar no es inminente. En ambos escenarios la tortura puede ser justificada defensivamente como un recurso necesario y proporcional. Para ello no hace falta asumir una posición excesivamente optimista sobre la efectividad de la tortura, sino evaluar si representa o no la mejor opción disponible (Allhoff 2012: 146).

### 2.3.2 – La persona torturada

TTB estipula que la persona a ser torturada es la encargada de perpetrar el atentado. Se asume que el detenido fue el responsable de activar y esconder el explosivo que amenaza la vida de muchos inocentes.

Este es un rasgo relevante para la justificación defensiva de la tortura en TTB ya que lo que distingue a este tipo de fundamentación teórica de otras posibles es que permite justificar la permisibilidad moral de la tortura solo sobre aquellos individuos que han



perdido, producto de sus acciones pasadas, su derecho a no ser torturados de manera defensiva.

En esta sección analizaremos si el argumento defensivo podría justificar que no sólo el perpetrador pierda su derecho a no ser torturado. Esta cuestión resulta de importancia fundamental en el contexto presente porque la mayoría de los casos reales presentan este tipo de características.

¿Es el perpetrador la única persona que puede perder su derecho a no ser torturada? Imagínese que el terrorista de TTB no es un lobo solitario, sino que responde a una organización política que le ha ordenado cometer el atentado. En este caso, pareciera que cualquier miembro de dicha organización es moralmente responsable de la agresión injusta y no sólo el perpetrador del ataque.

Al capturar a un compañero del perpetrador de TTB, que no ha participado específicamente en la planificación del ataque, se plantea la cuestión de cuán probable es que o bien no tenga información sobre la localización de la bomba o bien no quiera develarla.

Si un alto miembro de una organización terrorista tiene información relevante para evitar la inminente explosión de una bomba que asesinará a inocentes y se niega a develarla, puede concluirse que también ha perdido su derecho a no ser torturado defensivamente. Independientemente de que él no haya sido específicamente el miembro encargado de activar y esconder el dispositivo, su contribución al sostenimiento de una organización política que promueve la realización de atentados injustos resulta suficiente para atribuirle responsabilidad moral respecto de la agresión futura.

Esta evaluación se mantiene incluso si finalmente resulta que dicho individuo carecía de la información requerida; no es la garantía que pueda tenerse respecto de su conocimiento sobre un atentado específico lo que lo lleva a perder su derecho a no ser torturado (esto podría avalar la tortura del hijo inocente del terrorista si tuviera información relevante), sino su participación en una empresa mayor que habilita la posibilidad de atentados injustos, incluido el presente, y que hace razonable pensar que podría brindar datos cruciales para salvar la vida de muchos inocentes.



De esta manera, si a la luz de la evidencia disponible se estima que existe una probabilidad razonable de que la tortura de un terrorista permitirá evitar el éxito de una probada agresión injusta promovida por una organización de la que él forma parte, entonces esta puede ser justificada defensivamente como un recurso necesario y proporcional.<sup>43</sup>

La justificación defensiva de la tortura en TTB nos lleva a aceptar la permisibilidad moral de dicha práctica sobre cualquier individuo moralmente responsable (en algún grado relevante) de una agresión injusta significativamente grave, no solo del perpetrador.

Un paso aún más adelante en esta dirección es dado por McMahan, al afirmar que la tortura de cualquier miembro de la organización terrorista podría justificarse defensivamente incluso cuando posteriormente descubriéramos la inexistencia de un atentado (2008: 123). Para ello, McMahan apela a un tipo de argumentación inspirada en el aporte de Phillip Montague (1989). De acuerdo con éste, cuando un individuo enfrenta una situación en la que solo puede escoger entre (1) ser dañado por las consecuencias negativas de la acción de un tercero o (2) evitar tales consecuencias infligiendo ese mismo daño o uno proporcional sobre el agente que las produjo, entonces está justificado a infligir ese daño (1989: 81).

Montague sostiene que el individuo dañado con el objetivo de evitar las consecuencias negativas de las acciones que el mismo produjo no puede reprochar moralmente su daño y debe responsabilizarse por haber creado una *situación de decisión forzada* para un tercero. Dicho de otro modo, si alguien tiene que sufrir las consecuencias negativas de una decisión forzada, es justo que sea el responsable de producir esa situación.

Para McMahan, el miembro de una organización terrorista es responsable por crear una situación de decisión forzada en la que debe escogerse entre (1) rehusarse a emplear el único recurso disponible para evitar el atentado, exponiendo a muchos inocentes a un riesgo letal o (2) torturarlo y exponer al terrorista al riesgo de un tormento *objetivamente* injustificado. Así, los riesgos de la decisión deben recaer sobre el individuo moralmente responsable de producir dicha situación (el terrorista) en la cual

---

<sup>43</sup> Asumo que la probabilidad de la existencia de un atentado y la importancia del rol desempeñado por el detenido al seno de la organización terrorista son variables centrales para justificar defensivamente la tortura en este caso.



un agente es colocado en una posición de incertidumbre respecto de la permisibilidad moral *objetiva* de torturarlo (2008: 123).

Esta posición resulta aceptable desde una justificación defensiva pero debe introducirse un comentario precautorio sobre ella. Debe establecerse con cierta claridad cuál es el criterio para la atribución de responsabilidad moral sobre la participación en una empresa colectiva que promueve la realización de atentados injustos. Por ejemplo, supongamos que los integrantes de una célula terrorista camboyana han decidido incorporarse a la vida democrática y han rechazado el uso de la violencia con fines políticos. Imaginemos que luego de 5 años de dicha conversión, el gobierno de Camboya sospecha sobre la existencia de un futuro ataque terrorista. Tras haber desplegado todos sus recursos de contrainteligencia, las autoridades deciden capturar a un antiguo miembro de la célula terrorista y torturarlo con la perspectiva de recabar alguna información sobre el potencial atentado. Aseverar que el antiguo terrorista camboyano ha puesto, producto de sus acciones pasadas (un lustro atrás!), a las autoridades en una situación de decisión forzada entre (1) el riesgo de torturarlo inútilmente o (2) el riesgo de exponer a inocentes a un atentado, habilita una pendiente resbaladiza hacia la permisibilidad moral de la tortura sobre individuos inocentes.

Esta consecuencia teórica puede caracterizarse como un *Reductio ad Videlum* del tipo de argumento esgrimido por McMahan, en mención al primer presidente de la última dictadura militar argentina, Jorge Rafael Videla, quien en una de sus últimas entrevistas justificó la arbitraria aplicación de tormentos sobre supuestos terroristas acontecida bajo su administración como un recurso represivo válido para extraer “declaraciones bajo fuerza” que permitieran impedir un riesgo letal sobre “la vida de muchas personas” (Reato 2012: 75).

La tortura solo puede justificarse defensivamente como un recurso necesario y proporcional cuando es empleada sobre individuos que han perdido su derecho a no ser torturados en virtud de su probada responsabilidad moral en la producción de una agresión injusta. Asimismo, para que pueda afirmarse seriamente la existencia de una situación de decisión forzada, que compromete moralmente al agente decisor en ella, la existencia de un daño significativamente grave a evitar debe presentar una alta probabilidad.



### 2.3.3 – La tortura como caso aislado

Hasta aquí, se argumentó que de la aceptación de una justificación defensiva de la tortura en TTB se infiere que no todos los rasgos de dicho escenario son igualmente relevantes. En consecuencia, a fin de establecer la permisibilidad moral de la tortura, debe determinarse qué grado de corroboración epistémica debe exigirse en relación a qué características relevantes del caso.

Por ejemplo, como se mostró en 2.3.1, no es relevante que la tortura presente una amplia perspectiva de éxito para ser justificada defensivamente ni, como se mostró en 2.3.2, es indispensable que el detenido sea específicamente el perpetrador del atentado en TTB. Sin embargo, la justificación defensiva de la tortura en el mundo real parece presentar una dimensión normativa específica que la distingue de la justificación de otras acciones defensivas y que dispara demandas epistémicas diferentes.

Considérese nuevamente el caso de *Detonador 1*. Allí, el accionar de Jorge está justificado defensivamente en virtud de su necesidad y proporcionalidad. *Detonador 1* es, como la amplia mayoría de los escenarios hipotéticos, un caso aislado (*one – off case*). Si bien dicho carácter no impide extraer conclusiones sobre el modo de justificar la permisibilidad de la acción de Jorge en el mundo real, sí presenta problemas en TTB ya que dificulta el trazado de una analogía con el modo de justificar la permisibilidad de la tortura en el mundo real.

Por ejemplo, Shue señala la posibilidad de que la aceptación de la tortura en un caso aislado lleve a una flexibilización general del uso de dicha práctica y que la exclusión de dicha posibilidad constituye una característica idealizada de TTB (Shue 2006: 233). Muchos autores han esgrimido advertencias similares en relación al impacto institucional de la aceptación del uso de la tortura en casos excepcionales (Scarry 2004, Luban 2005, Arrigo & Buffachi 2006, Waldron 2010, Lang 2015).

Algunas de estas opiniones son formuladas de manera taxativa, superando su condición de advertencia, y asumen la verdad de premisas empíricas infundadas (Allhoff 2012: 154, Steinhoff 2013: 69-77). Por ejemplo, no puede afirmarse que de la justificación de



la tortura en un caso real excepcional se produzca *necesariamente* una pendiente resbaladiza hacia casos injustificados.

Sin embargo, considero que a la luz de las advertencias presentadas por aquellos autores es necesario (y posible) moderar el argumento defensivo. Para mostrar esta necesidad, reconstruiré tres consecuencias posibles (aunque no necesarias) del uso de la tortura interrogativa que no pueden reconocerse atendiendo exclusivamente a casos hipotéticos aislados como TTB.

En primer lugar, el fracaso del uso de tormentos para extraer información puede resultar en la detención y la potencial tortura de un individuo inocente falsamente acusado por el torturado (Strawser 2013: 327). Las atribuciones de probabilidad son una mezcla de razón e intuición (Schwenkenbecher, 2012: 96); las intuiciones son falibles, especialmente ante el riesgo de sufrir un atentado grave, y pueden verse influenciadas por sesgos discriminatorios injustos (v.g. racistas, xenófobos, islamofobos).<sup>44</sup>

Esta posibilidad no puede contemplarse en un caso aislado como TTB, que concibe el fracaso de la tortura como una incapacidad para recabar la información necesaria sin evaluar la posible afectación de los intereses de terceros inocentes.

En segundo lugar, las consecuencias a mediano y largo plazo de la tortura son indeterminables dado que dependen, en gran parte, de la insondable reacción de otros agentes (Jeffreys 2009: 95). Por ejemplo, no es seguro que la tortura en un caso excepcional no provoque una escalada de atentados más siniestros en el futuro.

En tercer lugar, Luban ha señalado que de la aceptación aislada del uso de tormentos se sigue el establecimiento de una “cultura de la tortura” (2005: 1427). Si bien Luban realiza esta afirmación en relación a las consecuencias de aceptar cierto tipo de modelo legislativo (el cual será discutido en el próximo capítulo), presenta una consideración que resulta interesante para evaluar las consecuencias del uso de la tortura.

---

<sup>44</sup>Wisnewski desarrolló, en colaboración con dos psicólogos (Wellman y Caplandies), una serie de estudios de campo que evidencian una correlación empírica entre la tendencia a aceptar la tortura como un recurso para combatir al terrorismo e inclinaciones violentas y racistas. El nombre del artículo que expone dichos estudios es “*Torture, Prejudice and The Principle of Morally Problematic Correlation*” aún no ha sido publicado y puede encontrarse en, link: [https://www.academia.edu/3662374/Torture\\_Prejudice\\_and\\_the\\_Principle\\_of\\_Morally\\_Problematic\\_Correlation](https://www.academia.edu/3662374/Torture_Prejudice_and_the_Principle_of_Morally_Problematic_Correlation)



La idea de una “cultura de la tortura” puede remitir a los efectos sociales, no necesariamente institucionales o legales, de la aceptación de la tortura en un caso aislado. Dicha aceptación habilita el riesgo de fundar una suerte de *clima social* entre los miembros de una comunidad tendiente a relativizar el uso de técnicas represivas cada vez más extremas.

Dado que estas tres consecuencias no emergen del tratamiento de la tortura en casos aislados como TTB, es posible que la justificación defensiva no resulte relevante para enfrentar casos más realistas.

Steinhoff presenta un argumento en contra de esta posible crítica hacia la justificación defensiva, al evaluar una objeción de Christopher Tindale (2013: 80). Tindale sostiene que la tortura nunca puede ser evaluada como un medio defensivo proporcional, ya que conlleva la generación de un daño social profundo y duradero para la comunidad que la tolera (Tindale 2005: 212).

De acuerdo con Steinhoff, el requisito de proporcionalidad exige solamente una comparación entre la *fuerza* de la acción defensiva y la agresión que se busca evitar, y no entre esta y las posibles consecuencias indeseadas de la primera, como el daño social duradero que menciona Tindale.

Para ilustrar esta afirmación, Steinhoff presenta el ejemplo de un individuo que actúa defensivamente contra la agresión letal del único médico capaz de curar una enfermedad que mata a cientos de personas cada año. Steinhoff afirma que dicho individuo estaría justificado a asesinar defensivamente al médico, independientemente del impacto social de esa determinación. Nadie está obligado moralmente, concluye Steinhoff, a sacrificar su propia vida para que otros no mueran o no sean torturados (2013: 80).

El argumento de Steinhoff presenta algunas falencias. En primer lugar, el requisito de proporcionalidad no parecería comparar exclusivamente la *fuerza* de la acción defensiva y la agresión que se busca evitar con ella. Considérese el siguiente ejemplo.

**Empujón:** *Mario y Víctor están discutiendo en el techo de la casa de uno de ellos. Encolerizado, Mario empuja a Víctor reiteradamente. Víctor está situado lejos de la cornisa y su vida no será puesta en peligro por los empujones de Mario. Sin embargo,*



*decide evitar la agresión física de Mario propinándole un empujón idéntico a los que él venía padeciendo que hace que este caiga del techo y muera.*

Si la proporcionalidad evaluara exclusivamente la fuerza de la acción defensiva, entonces el empujón de Víctor sería permisible, aún cuando este supiera de los posibles efectos del mismo, lo cual resulta muy poco intuitivo. Por el contrario, resulta más plausible afirmar que el requisito de proporcionalidad demanda una evaluación no de la fuerza, sino de las consecuencias previsibles de la acción defensiva.

Steinhoff sostiene razonablemente que es excesivamente demandante exigirle a un individuo que se abstenga de hacer uso de su derecho defensivo frente a una agresión letal, poniendo en riesgo su vida, en virtud de las posibles consecuencias de su defensa. Sin embargo, no es tan claro que el derecho a no ser agredido que mantiene el individuo frente al médico del caso de Steinhoff obligue al cumplimiento de un deber de asistencia a ese derecho por parte de terceros. Un individuo que observara la agresión del médico podría evaluar las consecuencias negativas de asesinarlo y concluir que la defensa del derecho del individuo injustamente agredido puede sacrificarse como un mal menor.

En el caso hipotético del médico, las consecuencias negativas de asesinarlo son seguras. Cientos de personas morirán sin su presencia. Esta es una marcada diferencia con las posibles consecuencias negativas de la implementación de la tortura en el mundo real señaladas anteriormente.

En principio, estas últimas pueden ser objeto de políticas destinadas a mitigar sus efectos (Allhoff 2012: 77). Por ejemplo, podrían introducirse prácticas de resolución pacífica de conflictos que redujeran la tendencia hacia la constitución de un clima social represivo. Asimismo, puede suponerse que una reforma en los contenidos del proceso formativo de los efectivos de fuerzas de seguridad permitiría la neutralización de sesgos discriminatorios que exponen a los miembros de ciertas minorías a ser torturados injustamente. El problema, sin embargo, no se esfuma simplemente con estas medidas. Siempre existe un riesgo (no necesario) de que, una vez aceptada excepcionalmente, la tortura exponga a inocentes a ser víctimas de tormentos, objeto de atentados más cruentos y menos predecibles o vulnerables a prácticas policiales injustas aceptadas pasivamente por un clima social represivo.



Considero interesante preguntarse si la mera posibilidad de un riesgo semejante tiene implicancias sobre la permisibilidad moral de la tortura en el mundo real.

La respuesta a esta pregunta requeriría de un análisis profundo, apoyado en investigaciones empíricas, sobre el alcance real de las posibles consecuencias sociales negativas de la tortura. Aquí, simplemente presento algunas orientaciones para pensar este tema.

La imposición de un posible riesgo sobre inocentes exige, según creo, que la permisibilidad moral de la tortura en el mundo real no se fundamente exclusivamente en una justificación defensiva. Como se mostró, ésta sólo aplica a la afectación necesaria y proporcional de los intereses de aquellos individuos que han perdido su derecho a no ser afectados de ese modo. Sin embargo, no dice nada respecto de la afectación de los intereses de terceros inocentes.

Para evaluar moralmente los efectos de una acción defensiva sobre inocentes se requiere de una fundamentación diferente, a saber, en términos de *mal menor*.

Considero plausible afirmar que los miembros inocentes de una comunidad política tienen un derecho a no ser expuestos a las consecuencias sociales negativas del uso de la tortura. Si esto es así, la violación de ese derecho podría justificarse solamente para evitar la presencia de un mal moral mayor. Por lo tanto, para aseverar la permisibilidad moral de la tortura en casos reales parece necesario apelar a una combinación de perspectivas.

Esta combinación surge de afirmar el argumento defensivo esgrimido previamente y de afirmar la exigencia de que la violación del derecho de inocentes a no ser expuestos a las consecuencias sociales negativas de la tortura sea un mal menor en relación a las ventajas esperables de dicho accionar en ese caso excepcional.

Esta última perspectiva demanda, al menos teóricamente, un mayor rigor epistémico en relación a ciertas variables que la justificación defensiva. La imposición de un riesgo sobre la calidad de vida de individuos inocentes requiere un compromiso para mostrar que las consecuencias positivas que ameritan dicha imposición son factibles.

Esta posición recoge las intuiciones detrás del *contextualismo moral epistémico* defendido por Strawser (2013), que sostiene la necesidad de fundamentar en mayor grado nuestras creencias cuando son empleadas como base para justificar acciones que



afectan seriamente a terceros (2013: 317). Ciertamente, el tipo de corroboración epistémica requerida para aceptar la permisibilidad moral de la tortura en el mundo real desde la perspectiva del mal menor será considerablemente más baja que la exigida para llevar adelante acciones que no solo ponen en riesgo a terceros inocentes, sino que afectan directa e inevitablemente su supervivencia, tal como ocurre con la decisión de, por ejemplo, realizar una invasión militar.

Una identificación sobre el tipo específico de carga epistémica que recae sobre las creencias de quienes buscan justificar la permisibilidad moral de la tortura desde la perspectiva del mal menor excede los límites de este capítulo. Existen diferentes variables y múltiples atribuciones de probabilidad para cada una de ellas.

En todo caso, esta sección deja establecida la necesidad de una fundamentación híbrida para justificar la permisibilidad moral de la tortura en casos reales; que contemple no solo los derechos defensivos en juego (desde una justificación defensiva), sino también el derecho de los miembros de la comunidad a no ser expuestos a las posibles consecuencias sociales negativas del uso de la tortura (desde un balance de males morales).

#### 2.4 – Conclusión

En el presente capítulo se analizaron tres propuestas teóricas que fundamentan la permisibilidad moral de la tortura en TTB y se defendió la justificación defensiva en oposición al utilitarismo y al deontologismo de umbral.

Señalé que de la aceptación de una justificación defensiva de la tortura en TTB se sigue la relevancia de ciertos rasgos de dicho experimento en relación a otros. Sostuve que esto tiene consecuencias normativas interesantes para considerar la permisibilidad moral de la tortura en casos más reales que TTB. Mostré que la ausencia de condiciones tales como la perspectiva de éxito o la condición de perpetrador del detenido no impide justificar defensivamente la tortura en casos reales.

No obstante, indiqué que las posibles consecuencias sociales negativas de la implementación de la tortura suponen una violación del derecho de muchos inocentes a no ser expuestos a riesgos relevantes para su calidad de vida.



Considerando este derecho, concluí que la evaluación sobre la permisibilidad moral de la tortura en casos reales requiere de una perspectiva que combine una justificación defensiva (que refiere a los derechos defensivos de las víctimas de un atentado) y un balance entre males morales (que refiere a la violación del derecho de muchos inocentes a no ser expuestos a las consecuencias sociales negativas de uso de la tortura).

### 3 – Legislación

En el capítulo anterior sostuve que la permisibilidad moral del uso de la tortura en casos reales debe fundamentarse mediante una doble perspectiva que incluya una justificación defensiva y un balance entre males morales.

Es perfectamente factible que una comunidad política se encuentre ante la situación forzada de elegir entre aceptar el suplicio de un individuo moralmente responsable en la producción de un atentado o exponer a miembros inocentes a un daño significativamente grave.

En este tipo de casos, el torturador estaría justificado moralmente en términos defensivos (conforme a los requisitos de necesidad y proporcionalidad) y en términos de mal moral menor (el riesgo que corren las víctimas de un atentado *supera* el derecho de otros miembros de la misma comunidad a no ser expuestos a las consecuencias socialmente negativas de la tortura).

De esta afirmación no se desprende la defensa de un tipo específico de modelo legislativo en relación a la tortura. Es posible que las consecuencias de flexibilizar la legislación absolutista vigente, condensada internacionalmente en CAT, sean suficientemente negativas y se decida condenar al “torturador justo” de TTB para evitar una potencial “pendiente resbaladiza” hacia un uso injustificado de la tortura en el futuro.<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Se advierte que existen dos tipos de “pendiente resbaladiza” en el debate sobre tortura, a saber, una *conceptual* y una *práctica*. La pendiente resbaladiza *conceptual* remite a una consecuencia teórica inaceptable que se sigue de aceptar una determinada fundamentación para la permisibilidad moral tortura (ver 2.2.1 y 2.2.3 para la pendiente resbaladiza conceptual del utilitarismo y de DU, y 2.3.2 para la *Reductio ad Videlum* del argumento de McMahan ). La



La pregunta a responder en, lo que McMahan (2008: 124) denomina, el “nivel práctico” del debate sobre tortura es la siguiente: ¿Cómo debe actuar legislativamente una sociedad (aislada o colectivamente) en vistas de que es posible que se produzca un escenario en el que la tortura sea, todas las cosas consideradas, moralmente permisible? La respuesta a esta pregunta permite distinguir entre tres tipos de modelos legislativos: absolutista, institucionalista y legalista.

El modelo *absolutista* niega la posibilidad de justificar legalmente la tortura en cualquier circunstancia. Dicho modelo se expresa en el Art. 2 de CAT, que estipula lo siguiente.<sup>46</sup>

*“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.”*

Algunos autores no absolutistas en relación a la permisibilidad moral de la tortura defienden el modelo legislativo absolutista atendiendo a las posibles consecuencias indeseables que podrían seguirse de una legislación menos restrictiva (Davis 2005, McMahan 2006, 2008, 2013, 2018, Barry 2013, Strawser 2013, Miller 2017).

---

pendiente resbaladiza *práctica* refiere al uso moralmente injustificado de la tortura que podría producirse fácticamente si se modificara la legislación vigente.

<sup>46</sup> Cabe mencionar que este punto es materia de debate jurídico. Como señala Llobet Anglí (2010: 21), algunos juristas consideran que los convenios internacionales no son absolutos y habilitan las causas de justificación previstas habitualmente en el código penal. Por mi parte, relaciono el artículo 2 de CAT 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. No obstante, el tema abordado en el presente capítulo es independiente y previo a este debate jurídico. Para aquellos autores que acepten la conclusión a la que he arribado en el capítulo 2, a saber, que la tortura puede ser una práctica moralmente permisible en circunstancias reales excepcionales, y consideren que los tratados internacionales recogen una prohibición absoluta de justificación en materia de tortura, esta tesis 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 CAT que, en oposición a las conclusiones del presente capítulo, exige una resolución que declare terminantemente la imposible justificación penal de cualquier acto de tortura, ver: De la Cuesta Arzamendi (1989)



Estos autores aseveran que la probabilidad de un caso de tortura moralmente permisible en el mundo real es extremadamente baja y no justifica la incursión en reformas legislativas que podrían provocar una proliferación de casos de tortura injustificada u otros efectos negativos inesperados.

Otros han objetado el absolutismo y presentado modelos legislativos alternativos.

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. Dershowitz es el principal defensor de esta propuesta y se ha involucrado activamente en el debate (2002, 2002b, 2003, 2004).

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

La razón central que ofrece Dershowitz 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, a diferencia del modelo absolutista, esta variante legal solo podría ser sostenida por quien adscribiera a una posición no absolutista sobre la permisibilidad moral de la tortura. Un absolutista moral no admitiría una distinción entre tortura legítima (institucionalmente permitida) e ilegítima (institucionalmente no permitida), ni siquiera cuando resultara cierto que la institucionalización redujera la cantidad de casos de tortura.

Varios autores consideran que la institucionalización propuesta por Dershowitz es un paso innecesario e incluso perjudicial para una revisión del absolutismo legislativo (Gross 2004, Allen 2005, Steinhoff 2006, 2013, Allhoff 2011, 2012). No es seguro que la institucionalización permita obtener los beneficios supuestos por Dershowitz ni podría garantizarse que este modelo no introduce otro tipo de problemas.



Frente a estos problemas plantean un modelo *legalista*, según el cual pueden existir casos en los que la tortura debe ser permitida pero, dado su carácter excepcional, 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. En otras palabras, la tortura sería punible hasta que se demuestre lo contrario. La siguiente cita de Jonathan Allen resume claramente esta posición.<sup>47</sup>

*“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)

El resto del capítulo se estructura del siguiente modo. En primer lugar, analizaré los argumentos esgrimidos por McMahan en defensa del modelo legislativo absolutista. En segundo lugar, señalaré algunos problemas posibles que se siguen de la adopción del

---

<sup>47</sup> Me permito mencionar aquí un debate que excede los alcances de este capítulo 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: 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 jurídicos desiguales (que podrían caer dentro del ámbito de la justificación) y las que se producen en el marco de un conflicto entre bienes jurídicos de igual valor (que podrían caer dentro del ámbito de la exculpación). Tal como señala Llobet Anglí (2010: 22), existen diversas opiniones respecto del tipo de evaluación que debiera realizarse sobre la tortura en el caso de que fuera utilizada como un recurso necesario para evitar un daño significativamente grave y el tipo de figura legal (e.g. estado de necesidad, legítima defensa) que le correspondería.

Este debate merece un tratamiento especial que excede los límites de esta tesis. Sin embargo, asumo que las conclusiones que presento son independientes a este asunto. La exploración preliminar sobre las ventajas del modelo legalista que ofrezco en este capítulo puede ser de utilidad para aquellos autores que sostienen que la tortura puede ser justificable *ex post* y para aquellos que sostienen que puede ser solo excusable *ex post*.



modelo institucionalista de Dershowitz. Finalmente, presento algunas razones para indicar la superioridad del modelo legalista.

### 3.1 – Absolutismo legislativo: la defensa de McMahan

Varios autores reconocen la permisibilidad moral de la tortura en circunstancias excepcionales pero sostienen que una flexibilización de la legislación vigente acarrearía consecuencias indeseables. Esta defensa consecuencialista del absolutismo legislativo encuentra en McMahan uno de sus más claros exponentes.

McMahan considera que aunque sea posible encontrar casos reales en los que la tortura es moralmente permisible, hay razones (también morales) para resguardar el absolutismo legislativo. En este sentido, argumenta que una legislación más permisiva, que se propusiera aceptar la tortura solo en casos excepcionales, podría llevar a una proliferación de casos de tortura injusta.

Considerando este riesgo, y la excepcionalidad de los ejemplos de “tortura justa”, es más importante resguardar a los inocentes 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: 9)*

Si cualquier intento por flexibilizar la legislación actual habilitara una multiplicación de casos de tortura injusta, existiría una contundente razón para oponerse. Pero el antecedente de esta afirmación condicional debe probarse.



McMahan ofrece distintas razones para mostrar que un modelo legislativo no absolutista acarrearía consecuencias indeseables. Dado que, como señala Dershowitz (2003: 279), el debate sobre la tortura ha estado atravesado por las tergiversaciones y las malas interpretaciones, procederé identificando los argumentos de McMahan por separado (el argumento histórico, el de los regímenes injustos, el psicológico y el inherentista) y presentando algunas objeciones para cada uno de ellos, individualmente.<sup>48</sup>

### 3.1.1 – 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 rechazable, cualquier legislación que habilite dicha práctica llevaría a una proliferación de estos casos injustos (McMahan 2013: 8).

Según el autor, el hecho de que resulte difícil encontrar casos de “tortura justa” 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*, reprochable (McMahan 2008: 125).

El principal problema de este argumento es que no permite concluir que la tortura no podría ser usada para fines justos. Como fue indicado en el capítulo anterior, podrían existir circunstancias reales en las cuales la tortura resultara el único medio disponible para lograr un fin valioso.

Independientemente de los casos hipotéticos, es posible rastrear algunos ejemplos históricos en esta dirección. Según el historiador Andrew Roberts, el uso de técnicas violentas de interrogación es una práctica históricamente habitual en el desarrollo de conflictos bélicos (aunque no por eso menos cuestionable) y resultó especialmente útil para que el desenlace de la Segunda Guerra Mundial resultara 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

---

<sup>48</sup> Los nombres de los argumentos son de mi autoría y están dispersos en los artículos de McMahan citados en este capítulo.



Operación Fortaleza (*Operation Fortitude*). La Operación Fortaleza, que es recordada como la más grande operación de engaño estratégico en la historia de la guerra contemporánea, consistió en obligar a los espías nazis capturados, mediante tortura (v.g. 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 (Roberts 2009).

Uno de los ejemplos históricos más citados sobre un 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 tal sometimiento, Murad confesó la existencia de un plan para hacer explotar 11 aviones estadounidenses y asesinar al Papa Juan Pablo II (Rejali 2009: 507, Luban 2008, Allhoff 2012: 165).

Una segunda objeción al argumento de McMahan es que, no es cierto que una práctica históricamente empleada para fines injustos siempre sea utilizada con ese cometido.

Dicha información histórica puede constituir una buena razón para reforzar nuestros controles y ser más cautelosos sobre el uso de esa práctica pero no es prueba 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 naturales de otros países y/o derrocar gobiernos que constituían un riesgo para sus propios intereses.

Aunque las excusas para estas intervenciones apelaron usualmente a razones de seguridad nacional o violaciones sistemáticas de los derechos humanos, 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).

Sin embargo, otros casos de intervencionismo militar – como la invasión de Vietnam a Camboya o la tardía intervención de la ONU en Ruanda– permitió la interrupción de regímenes que llevaban adelante un genocidio contra un sector de la población.

Una tercera (y central) 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 exigen 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 sólo en aquellos casos en los que es moralmente permisible (Allhoff 2012: 155).

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 resulta insuficiente.

### 3.1.2 – 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 moralmente injustificables de tortura, ya que no podría garantizar que los estados poderosos, en el caso de torturar injustamente, fueran sancionados (McMahan 2008: 124).

De esta forma, aun si se acepta que existen circunstancias extremas en las que la tortura debería ser permitida y quisiera modificarse la legislación vigente para permitir su uso



en tales condiciones, es razonable admitir que los estados poderosos pretenderán traspasar ese límite; torturando injustamente e impidiendo el castigo correspondiente.

Sin duda, el ejemplo más emblemático de esta situación es el de la cárcel de Guantánamo, donde las fuerzas de seguridad de Estados Unidos violan sistemáticamente los derechos humanos de los detenidos. El establecimiento continúa en funcionamiento a pesar de las numerosas críticas recibidas por organizaciones no gubernamentales y organismos internacionales, como la *Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH).

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 podría legalmente permitirse solo a los gobiernos que se cree la usarán exclusivamente en casos moralmente justificables (suponiendo que pudiéramos identificarlos previamente), la mejor opción es prohibirla de manera absoluta y categórica (McMahan 2006: 247 y 2008: 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, aún 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 solida 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 instituciones que suelen denunciar las prácticas ilegales del aparato represivo de sus respectivos países.

Estas dos partes del argumento de los regímenes injustos, especialmente la primera (sobre la “impunidad del poderoso”), 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.

Simplemente busco señalar que una vez que se acepta que podrían existir ciertas circunstancias en las que la tortura fuera moralmente justificable como medio para impedir un daño significativamente grave (tal como acepta McMahan), en el nivel práctico debe, de ser posible, llevarse 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 pasibles 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 dentro de cualquier modelo legislativo.

### 3.1.3 – Argumento psicológico

El *argumento psicológico* afirma que, en las condiciones actuales, un modelo legislativo no absolutista llevaría a quienes tienen la facultad de torturar a buscar una justificación moral para hacerlo, aun en aquellos casos en los que no estuvieran realmente justificados (McMahan 2008: 124).

Diversos autores señalan 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, empleándola con fines sádicos y/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 2009, 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.

Si este argumento presentara un respaldo empírico atendible, debería ser especialmente considerado por los críticos del absolutismo legislativo.

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, Constanzo y Gerrity 2009).



Sin embargo, no muestra que cualquier legislación no absolutista promueva una proliferación de casos de tortura injusta, producto de una desaprensión por parte de los potenciales torturadores.

En la sección dedicada a analizar la propuesta de Dershowitz, 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 produzca las consecuencias indeseables a las que hace referencia, ni que las produzca en mayor grado que las que tienen lugar bajo el absolutismo legislativo actual. Por ejemplo, no es evidente 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.

Finalmente, una objeción a este argumento ha sido ofrecida por Allhoff (2011: 219). Para él, 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: o bien actuar como es moralmente requerido y aceptar un castigo que incluye la pérdida de la propia libertad o bien actuar inmoralmemente y salvaguardarla.

Es posible que someter a los potenciales torturadores a semejante disyuntiva fuera 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: 11).

Nótese que 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.

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: 248).<sup>49</sup>

La evidencia empírica disponible no brinda sustento al argumento psicológico para desacreditar cualquier modelo legislativo no absolutista. No obstante, como señalaré posteriormente, 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 queda probado que sea más problemático que el modelo vigente para aplicar sanciones y castigos.

#### 3.1.4 – Argumento inherentista

El argumento inherentista descansa sobre una presunción de sentido común: la existencia de un permiso legal para realizar una práctica genera incentivos que multiplican sus realizaciones (McMahan 2008: 125).

Dado que la tortura es *prima facie* inmoral y que solo sería justificable 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

---

<sup>49</sup> Es interesante señalar que al emplear la figura del *desobediente civil*, McMahan equipara al “torturador justo” con una larga lista de luchadores sociales que en el pasado se rebelaron ante la imposición de obligaciones legales injustas (Rosa Parks, M. Gandhi, A. J. Muste, Martin Luther King Jr). Al hacerlo, McMahan parece aceptar que el modelo absolutista vigente puede ser injusto pero, todas las cosas consideradas, preferible a los alternativos.



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.<sup>50</sup> 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 han reducido considerablemente el número de 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 en 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.<sup>51</sup>

Aun considerando estos factores, las cifras 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.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Fuente: Organización Mundial de la Salud (OMS), nota descriptiva, Mayo 2016. Disponible en link: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/es/>

<sup>51</sup> Fuente: Henshaw, S., Singh, S. y Haas, T., “La incidencia del aborto inducido a nivel mundial”. Disponible en link: <https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/journals/2501699S.pdf> e Instituto Guttmacher, nota del 11 de mayo del 2016. Link: <https://www.guttmacher.org/es/news-release/2016/las-tasas-de-aborto-disminuyeron-de-forma-significativa-en-el-mundo-desarrollado>

<sup>52</sup> Fuente: Instituto Guttmacher, “Hechos sobre el aborto en América Latina y el Caribe”. Disponible en link: [https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/IB\\_AWW-Latin-America-ES.pdf](https://www.guttmacher.org/sites/default/files/pdfs/pubs/IB_AWW-Latin-America-ES.pdf)



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 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, algunos estados han optado por una política de reducción de daños y se han inclinado por la razonable alternativa de despenalizar dicha práctica.<sup>53</sup>

Por supuesto, existen ciertas prácticas actualmente prohibidas que podríamos querer mantener bajo esa condición, aunque permitiéndolas no se produjera una expansión de la misma (e.g. la reducción a servidumbre 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 medio para impedir un daño significativamente grave, tal como sucede con la tortura. 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 la legalización de una práctica no implica un aumento significativo de la misma, Sam

---

<sup>53</sup> 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. Ver, entre otras organizaciones, *International Harm Reduction Association*. Link: <http://www.ihra.net/>



Harris ha señalado que la pena de muerte es un ejemplo de práctica institucionalizada que no ha conllevado un crecimiento exponencial de su implementación.<sup>54</sup>

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).<sup>55</sup>

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 redujo drásticamente desde 1999. Incluso en aquellos estados habituados a su uso, como Texas, se mantiene una cantidad regular de ejecuciones por año (en Texas son 14 anuales, en promedio).<sup>56</sup>

Estas cifras 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.

Por supuesto, no niegan la existencia de casos arbitrarios en la aplicación de este castigo, pero muestra que la institucionalización de la pena de muerte incluye un conjunto de resortes judiciales sometidos a cierto tipo de escrutinio público que moderan su uso.

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.

---

<sup>54</sup> Harris, S., "Why I'd Rather not Speak About Torture", 28 de abril del 2011. Link: <https://www.samharris.org/blog/item/why-id-rather-not-speak-about-torture1>

<sup>55</sup> Fuente: Amnistía Internacional. Link: <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/death-penalty/>

<sup>56</sup> Fuente: Death Penalty Information Center, "Facts about the death penalty" 8 de marzo del 2016. Link: <http://www.deathpenaltyinfo.org/documents/FactSheetEspanol.pdf>



### 3.2 – Modelo institucionalista: la propuesta de Dershowitz

*“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: 277)

Dershowitz propone la introducción legal de permisos judiciales (*torture warrants*) *ex ante* para torturar. Según este autor, una autoridad pública (un juez o fiscal) 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: 277).

Esta propuesta tiene un carácter condicional, advierte Dershowitz, ya que solo debería ser considerada si una comunidad política se decide a permitir la tortura (Dershowitz se refiere a esta como una *afirmación empírica*).

Hay dos modos de interpretar esta afirmación normativa condicional, no excluyentes entre sí.

En primer lugar, la afirmación puede interpretarse como una propuesta para la minimización del uso injusto de la tortura. Dado que la tortura es ampliamente utilizada, la institucionalización habilitaría un control sobre aquellos casos supuestamente justificados; es decir, permitiría evaluar si es realmente probable obtener información relevante para evitar un daño seguro sobre muchas personas.

La existencia de un permiso judicial para torturar dividiría los casos de tortura en dos: (1) aquella que se desarrolla al margen de la ley, que es injusta y debe ser condenada, y (2) aquella que se realiza dentro 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 justificada.



Para Dershowitz (2003: 281), la inclusión de este recurso reduciría la frecuencia, la severidad y la duración de la tortura.

En segundo lugar, puede entenderse como una impugnación de lo que Dershowitz denomina una posición hipócrita sobre la tortura (2002: 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 CAT) pero consiente el uso de tortura sobre detenidos, dentro y fuera de su propio territorio.

Para Dershowitz (2002: 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 denuncia Dershowitz) o podríamos justificar un uso excepcional de la tortura, entonces debemos contar con un marco legal que lo reglamente.

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

### 3.2.1 – 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 la aparición de potenciales casos injustos (Dershowitz 2002: 158).

En segundo lugar, Dershowitz considera que la institucionalización de la tortura reduciría su severidad y duración (2003: 281) y no incluiría el tipo de humillación innecesaria a la que son sometidos habitualmente los detenidos (2004: 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 (él mismo reconoce esto en 2002: 158).

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.

Las alternativas no absolutistas deben evaluarse por su capacidad para permitir la tortura exclusivamente en aquellos casos en los que es moralmente permisible. Es en este sentido que la propuesta de Dershowitz enfrenta los siguientes problemas.

#### 3.2.1.1 – 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 vimos al considerar los argumentos de Wisnewski (ver 2.3.1), 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, con una razonable cuota de probabilidad, 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 en la autoridad judicial (Dershowitz, 2002: 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 impedirlo), 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 anteriormente, parece injusta y no garantiza una reducción de los casos de tortura inmoral.

### 3.2.1.2 – Problema del juez sádico

La introducción de permisos judiciales *ex ante* no garantiza que la tortura institucionalmente avalada sea justa. Los tristemente célebres Memorandos sobre la Tortura considerados en el primer capítulo son una clara evidencia de ello. Mientras estuvieron vigentes, estos documentos fueron la base para la justificación del accionar abusivo e inmoral 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 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?

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 (otros jueces, organismos de derechos humanos, etc.) posteriormente.



### 3.2.1.3 – 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: 477).

Allhoff (2011: 223) encuentra en el modelo institucionalista el siguiente 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 “segunda instancia de verificación” resultaría relevante. Sin embargo, Dershowitz no ofrece mayores pruebas en esta dirección.

### 3.2.1.4 – 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 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 modulo 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 aumentara progresivamente hasta llegar a 450 voltios.

Los resultados del experimento original fueron sorprendentes para el propio Milgram (1974: 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: 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 son particularmente interesantes para la discusión que nos concierne.

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: 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: 146).

Estas conclusiones, según creo, son relevantes para el debate sobre los modelos legislativos. La conjunción de ambas 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 pero, no obstante, la 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 se supiera 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: 31).

Según los propios informes de Zimbardo, los guardias no respetaron su orden y sometieron a los prisioneros a tratos degradantes y sádicos (2007: 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 muestran la incapacidad de los guardias para controlar el orden dentro de la prisión, producto de un caótico aumento de su actividad represiva; los altos niveles de coerción no permitieron alcanzar el objetivo propuesto ya que llegaron incluso a generarse un motín y una huelga de hambre por parte de uno de los prisioneros (2007: 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 (2007: 10).

De esta forma, aceptando las conclusiones del experimento de la cárcel de Stanford puede afirmarse que la institucionalización no garantizaría que los torturadores realicen su tarea de manera más eficiente ni que reduzcan su severidad y duración.

### 3.2.1.5 – 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: 159).

Algunos autores (Arrigo 2004, Shue 2006, Wolfendale 2006, Brecher 2007) han afirmado que la tortura, para ser empleada tal como propone Dershowitz, requiere de la formación de torturadores profesionales.



La profesionalización, señala Wolfendale (2006: 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.

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.<sup>57</sup>

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).

### 3.2.2 – Segunda interpretación

En la segunda interpretación, Dershowitz plantea un falso dilema entre su modelo institucionalista y la posición hipócrita (2004: 257).

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

---

<sup>57</sup> Ver el dossier sobre sindicalización policial editado por la *Coordinadora contra la Represión Policial e Institucional* (CORREPI). Link: <http://correpi.lahaine.org/?p=1663>



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.

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 señala Strauss (2004: 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 (Moore 1989: 285).

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 podría justificarse 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, 2013 y Allhoff 2011, 2012).

Bastaría con ofrecer una justificación *ex post* (v.g. de necesidad o de defensa) 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 práctica general y sólo admitiría la exculpación o justificación del torturador (ver nota 41) tras un escrutinio público, transparente, que demostrara su permisibilidad específica.

### 3.3 – Exploración preliminar: ventajas del modelo legalista

Hasta aquí he intentando probar que los argumentos de McMahan en defensa del absolutismo no son concluyentes y no demuestran que cualquier modelo legislativo no absolutista llevaría a una mayor proliferación de casos de tortura injusta. Posteriormente, indique algunos problemas internos a la propuesta institucionalista de Dershowitz.

Según creo, dichos problemas pueden ser enfrentados satisfactoriamente por un modelo legalista. 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: 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 (v.g. jueces, organismos 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, 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 al momento de cometer su acción, *prima facie*, inmoral.

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: 349, 2013: 66).

Estas últimas dos características son especialmente relevantes, si se acepta la fundamentación combinada (justificación defensiva y balance de males morales) para evaluar la permisibilidad moral de la tortura en el mundo real presentada en el segundo capítulo.

El derecho de los miembros inocentes de una comunidad a no ser expuestos a las consecuencias sociales negativas del uso de la tortura está más expuesto a ser violado innecesariamente en un modelo institucionalista, dado los riesgos de profesionalización y la probable transmisión de responsabilidad por parte de los potenciales torturadores.

### 3.4 – Conclusión

En el presente capítulo 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 interpretación, que señala dos únicas alternativas legislativas sobre la tortura (la hipócrita y la institucionalista), indique su carácter de falso dilema, planteando dos opciones no consideradas por el mismo: el absolutismo honesto y el no absolutismo legalista.

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

#### 4 - Conclusión final

En el primer capítulo aseveré que la tortura es *la aplicación de un dolor o sufrimiento grave sobre un individuo indefenso con una intención que no puede razonablemente esperarse que la víctima acepte*. Esta definición condensa buena parte de las características que hacen de la tortura una práctica *prima facie* inmoral.

La tortura, como sostuve en el segundo capítulo, puede ser, no obstante, justificada defensivamente en casos aislados como TTB. Asimismo, advertí que esa justificación, para ser aplicable a casos reales (no aislados), debe incorporar un *balance de males morales* que tome en consideración no solo los derechos defensivos en juego, sino los derechos de los miembros de una comunidad a no ser expuestos a las consecuencias sociales negativas de la tortura.

En el tercer capítulo, mostré que no hay buenas razones para defender un modelo legislativo absolutista y que existen buenas razones para rechazar el modelo institucionalista de Dershowitz. Finalmente, presenté una exploración preliminar sobre las ventajas del *modelo legalista*.

Del análisis ofrecido en estos tres capítulos concluyo que la tortura es una práctica *prima facie* inmoral, que puede ser moralmente justificable en casos excepcionales y que, en virtud de dicha excepcionalidad, no es razonable incursionar en reformas legales como las propuestas por el modelo institucionalista.



## Bibliografía

- Allen, J. (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 link: [www.acdis.uiuc.edu](http://www.acdis.uiuc.edu).
- Allhoff, F. (2012) *Terrorism, Ticking Time-Bombs, and Torture*. Chicago , Chicago University Press.
- Allhoff, F. (2011) “Torture Warrants, Self-Defense and Necessity” en *Public Affairs Quarterly*, Vol. 25, No. 3, pp. 217-240.
- Anderson, B. (2010) “We not only Have a Right to Use Torture. We Have a Duty” en *Independent*, 14 de febrero de 2010, disponible en link: <http://www.independent.co.uk/voices/commentators/bruce-anderson/bruce-anderson-we-not-only-have-a-rightto-use-torture-we-have-a-duty-1899555.html>.
- Arrigo, J.M. (2004) “A Utilitarian Argument against Torture Interrogation of Terrorists” en *Science and Engineering Ethics*, No. 10, pp. 543-572.
- Arrigo, J. M. & Bufacchi,V. (2006) “Torture, Terrorism, and the State: A Refutation of the Ticking-bomb Argument” en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 23, No. 3, pp. 355-373.
- Bagaric, M. y Clarke J. (2005) “Not enough Official Torture in the World? The Circumstances in which Torture is Morally Justifiable” en *University of San Francisco Law Review*, Vol. 39, No. 3, Spring, pp. 581-616.
- Barnes, J. (2016) “The ‘war on terror’ and the battle for the definition of torture” en *International Relations*, Vol. 30 (1), pp. 102 –124
- Barry, P.B. (2013) “Fantasy, Conceivability, and Ticking Bombs” en *Public Affairs Quarterly*, 27 (2), pp. 87-110.
- Barry, P. B. (2018) “The (Non-Consequentialist) Ethics of Defensive Torture” en *Journal of Ethical Urban Living*, Vol. 1, Issue 2, pp. 1-22.



- Basoglu, M., Livanou, M. & Crnobaric, C. (2007) “Torture vs. Other Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment: Is the Distinction Real or Apparent?” en *Archives of General Psychiatry*, Vol. 64, No. 3, pp. 277-285.
- Bellaby, R. (2015) “The Ethics of Torture-Lite. A Justifiable Middle-Ground?” en *International Journal of Applied Philosophy*, Vol. 29, No. 2, pp. 177-190.
- Brecher, B. (2007) *Torture and the Ticking Bomb*. Oxford, Blackwell.
- Brecher, B. (2012) “The Ticking Bomb: A spurious argument for torture” en *Torture: Asian and Global Perspectives*, Abril, Vol. 1, no. 1. Link: <http://torturemag.org/the-ticking-bomb-a-spurious-argument-for-torture/>
- Brun, G. (2018) “Thought Experiments in Ethics” en Stuart, M., Fehige, Y. & Brown, J.R. (eds) *The Routledge Companion to Thought Experiments*, London, Routledge, pp. 195-210.
- Buchak, L. (2013) *Risk and Rationality*. Oxford, Oxford UP.
- Bufacchi, V. (2004) “Empirical Philosophy: Theory and Practice” en *International Journal of Applied Philosophy*, 18: 1, pp. 39-52.
- Bufacchi, V. (2009) “Not Making Exceptions: A Response to Henry Shue” en *Journal of Applied Philosophy*, 26 (3), pp. 329-335.
- Coady, C.A.J. (2018) "The Problem of Dirty Hands" en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Link: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/dirty-hands>
- Constanzo, M. y Gerrity, E. (2009) “The Effects and Effectiveness of Using Torture as an Interrogation Device: Using Research to Inform the Policy Debate” en *Social Issues and Policy Review*, Vol. 3, No. 1, pp. 179-210.
- Davies, J. (2012) “The Fire Raisers: Bentham and Torture” en *Interdisciplinary Studies in the Long Nineteenth Century*, 19, (15)
- Davis, M. (2005) “The Moral Justifiability of Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment” en *International Journal of Applied Philosophy*, 19, no. 2, pp. 161–78.
- Dee, M. (2017) “Effects of Torture on the Torturer”. Disponible en link: <https://www.law.utah.edu/effect-of-torture-on-the-torturer/>



- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (1989) “¿Justificación de la tortura? Insuficiencias de la normativa penal internacional”, en de La Cuesta, J.L. (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.
- Dennett, D.(2006) “Higher-orders truths about chess” en *Topoi*, pp. 39-41. Link: <https://ase.tufts.edu/cogstud/dennett/papers/chmess.pdf>
- Dennett, D. (2013) *Intuitions Pumps and Other Tools for Thinking*. W. W. Norton & Company.
- Dershowitz, A. (2002) *Why Terrorism Works: Understanding the Threat, Responding to the Challenge*. New Haven and London, Yale University Press.
- Dershowitz, A. (2002b) *Shouting Fire*. New York, Little, Brown and Company.
- Dershowitz, A. (2003) “The Torture Warrants: A Response to Professor Strauss”. *New York Law School Review*, Vol. 48, No. 1 y 2, pp. 275-294.
- Dershowitz, A. (2004) “Tortured Reasoning”. Disponible en link: <http://www.tc.pbs.org/inthebalance/pdf/dershowitz-tortured-reasoning.pdf>
- Farrel, M. (2013) *The Prohibition of Torture in Exceptional Circumstances*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Foot, P. (1967) “The Problem of Abortion and the Doctrine of Double Effect” en *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, pp. 19–32. Oxford, Blackwel.
- Frowe, H. (2015) “Claim Rights, Duties and Lesser Evil Justifications” en *Aristotelian Society Supplementary Volume*, 89 (1), pp. 267-285.
- García Amado, J. A. (2016) “¿Puede la tortura estar moralmente justificada en algún caso?” en *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 86, enero junio, pp. 13-61.
- Gewirth, A. (1981) “Are there any Absolute Rights?” en *Philosophical Quarterly*, 31, 122, pp. 1- 16.



- Greenberg, Karen y Dratel, Joshua (eds.), 2005: *Torture Papers: The Road to Abu Ghraib*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Gross, O. (2004) “The Prohibition on Torture and the Limits of the Law”, en Sanford, L. (ed.) *Torture: A Collection*. Oxford, Oxford University Press, pp. 229-253.
- Hare, C. (2014) “Torture-Does Timing Matter?” en *Journal of Moral Philosophy* 11, pp. 385-394.
- Hare, R.M. (1981) *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point*. Oxford, Clarendon Press.
- Hare, R. M. (1993) “The Ethics of Medical Involvement in Torture” en *Journal of Medical Ethics* 19, pp. 138-141.
- Hill, D. (2007) “Ticking Bombs, Torture and the Analogy with Self-defence” en *American Philosophical Quarterly*, 44, pp. 395–404.
- Hospers, J. (1984) *Introducción al Análisis Filosófico*. Madrid, Alianza.
- Hurka, T. (2005) “Proportionality in the Morality of War” en *Philosophy & Public Affairs* 33, pp. 34–66.
- Ignatieff, M. (2004) *The Lesser Evil: Political Ethics in an Age of Terror*. Princeton, Princeton University Press.
- Jeffrey, D. (2009) *Spirituality and the Ethics of Torture*. Palgrave Macmillan.
- Juratowich, B. (2008) “Torture is Always Wrong” en *Public Affairs Quarterly*, Vol. 22, No. 2, pp. 81-90.
- Kamm F. M. (2007) *Intricate Ethics: Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*. New York, Oxford University Press.
- Kamm, F. M. (2011) *Ethics for Enemies: Terror, Torture and War*. Oxford, Oxford University Press.
- Kaufman, W. (2008) “Torture and the distributive justice theory of self-defense: An assessment” en *Ethics and International Affairs*, vol. 22, núm. 1, pp. 93-115.
- Kenny, P. “The Meaning of Torture” en *Polity*, Vol. 42, no. 2, pp. 131-155.



- Kramer, M. (2014) *Torture and Moral Integrity*. Oxford, Oxford University Press.
- Lang, G. (2015) “Legitimizing torture?” en *Criminal Law and Philosophy*, 11 (2), pp. 331-349.
- Lazar, S. (2012) “Necessity in self-defense and War” en *Philosophy and Public Affairs*, 40, no. 1, pp. 3-44.
- Llobet Anglí, M. (2010) “¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?” en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, Julio, pp. 1-44. Disponible en link: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/226143/307716>
- Luban, D. (2005) “Liberalism and the Unpleasant Question of Torture” en *Virginia Law Review*, Vol. 91, No. 6, pp. 1425-1461.
- Luban, D. (2008) “Has Torture Saved Innocent Lives? The Case for Skepticism”. Blog *Balkinization*, 18 de junio, disponible en link: <http://balkin.blogspot.com.ar/2008/06/has-torture-saved-innocent-lives-case.html>
- Lyons, D. (1965) *Forms and Limits of Utilitarianism*. Oxford, Clarendon Press.
- Mayerfeld, J. (2008) “In defense of the absolute prohibition of torture” en *Public Affairs Quarterly*, Vol. 22, Number 2, pp. 109-128.
- McMahan, J. (1994) “Innocence, Self-Defense and Killing in War” en *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 2, No. 3, pp. 193-221.
- McMahan, J. (2005) “The Basis of Moral Liability to Defensive Killing,” en *Philosophical Issues* 15, pp. 386-405.
- McMahan, J. (2006) “Torture, Morality and Law” en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2/3, pp. 241-248.
- McMahan, J. (2008) “Torture in principle and in practice” en *Public Affairs Quarterly*, Vol. 22, Number 2, April, pp. 111-128.
- McMahan, J. (2009) *Killing in War*. Oxford, Oxford University Press.
- McMahan, J. (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>
- McMahan, J. (2014) "Proportionate Defense" en *Journal of Transnational Law and Policy*, 23, pp. 1-36.
  - McMahan, J. (2018) "Torture and Method in Moral Philosophy", en Anderson, S. y Nussbaum, M (eds.) *Torture, Law and War*. Chicago, Chicago University Press, pp. 195-218.
  - Milgram, S. (1963) "Behavioral Study of Obedience" en *The Journal of Abnormal and Social Psychology*, Vol. 67, No. 4, pp. 371-378.
  - Milgram, S. (1974) *Obedience to Authority: An Experimental View*. London, Tavistock Publication.
  - Miller, S. (2005) "Is torture ever morally justified?" en *International Journal of Applied Philosophy*, 19, pp. 179-192.
  - Miller, S. (2017) "Torture" en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2017 Edition). Link: <https://plato.stanford.edu/entries/torture/>
  - Muller, R. (2016) "CIA Torture Techniques Harms Interrogators as Well" en *The Trauma and Mental Health Report*, disponible en link: <http://trauma.blog.yorku.ca/2015/10/5713/>
  - Montague, P.(1989) "The Morality of Self-Defense: A Reply to Wasserman" en *Philosophy and Public Affairs*, 18, pp. 81-89.
  - Moore, M. (1989). "Torture and the Balance of Evils" en *Israel Law Review*, 23, pp. 280-344.
  - Murphy, L. (2003), "The Demands of Beneficence" en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, no. 4, octubre-diciembre, pp. 267-292.
  - Nielsen, K. (2007) "There is No Dilemma of Dirty Hands" en Igor Primoratz (ed.) *Politics and Morality*. Palgrave-Macmillan. pp. 1-7
  - Norcross, A. (2006) "The Scalar Approach to Utilitarianism" en West, H. (ed.) *The Blackwell Guide to Mill's Utilitarianism*. Wiley-Blackwell. pp. 217-32
  - O'Mara, S. (2015) *Why Torture Doesn't Work: The Neuroscience of Interrogation*. Cambridge, Harvard UP.



- O’Neill, O. (1988) “Ethical Reasoning and Ideological Pluralism” en *Ethics* 98, pp. 705–22.
- Palermo, O. (2011) “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad” en Robles Planas, R. y Sánchez-Ostiz, P. (eds.) *La crisis del derecho penal contemporáneo*. Barcelona, Editorial Atelier, pp. 127-150.
- Philip, P. (1995) “El consecuencialismo” en Singer, P. (ed.) *Compendio de Ética*. Madrid, Alianza Editorial, pp. 323-336.
- Quinn, W. (1989) “Actions, Intentions, and Consequences: The Doctrine of Double Effect” en *Philosophy and Public Affairs*, 18, no. 4, pp. 334–351.
- Quong, J. (2015) “Proportionality, Liability, and Defensive Harm” en *Philosophy and Public Affairs* 43, no. 2, pp. 144-173.
- Reato, C. (2012) *Disposición Final*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana.
- Rejali, D. (2009) *Torture and Democracy*. Princeton, Princeton University Press.
- Roberts, A. (2009) “How torture helped win WWII” en *The Daily Beast*, 13 de mayo, disponible en link: <http://www.thedailybeast.com/articles/2009/05/13/how-torture-helped-win-wwii.html>
- Rodin, D. (2011) “Justifying Harm” en *Ethics* 122, pp. 74–110.
- Romero, R. (2014) “Escuela de las Américas o Escuela de violadores de Derechos Humanos?” en *ECA. Estudios centroamericanos*, Vol. 69, No. 739, pp. 301-319.
- Sachs, A. (2018) “Tales of Terrorism and Torture: The soft vengeance of justice” en Anderson, S. y Nussbaum, M (eds.) *Torture, Law and War*. Chicago, Chicago University Press, pp. 21-39.
- Salas-Wright, P. (2015) “Trends in the Disapproval and Use of Marijuana among Adolescents and Young Adults in the United States: 2002–2013” en *The American Journal of Drug and Alcohol Abuse*, Vol. 41, No. 5, pp. 392-404.



- Scarry, E. (2004) “Five errors in the reasoning of Alan Dershowitz” en Sanford, L. (ed.) *Torture: A Collection*. Oxford, Oxford University Press, pp. 281-299.
- Scheppele, K. (2005) “Hypothetical Torture in the ‘War on Terrorism’” en *Journal of National Security Law and Policy*, Vol. 1, pp. 285–340.
- Schiappa, E. (2003) *Defining Reality: Definitions and the Politics of Meaning*. Southern Illinois, Southern Illinois University Press.
- Schwenkenbecher, A. (2012) *Terrorism: A Philosophical Enquiry*. Palgrave Macmillan
- Shue, H. (1978) “Torture” en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 7, No. 2, pp. 124-143.
- Shue, H. (2006) “Torture in Dreamland: Disposing of the Ticking Bomb” en *Case Western Reserve Journal of International Law*, Vol. 37, No. 2 y 3, pp. 231-239.
- Shue, H. (2009) “Making exceptions” en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 26, No.3, pp. 307-322
- Steinhoff, U. (2006) “Torture. The case for Dirty Harry and Against Alan Dershowitz” en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 23, No. 3, pp. 337–353.
- Steinhoff, U. (2008) “Torture Can Be Self-Defense: A Critique of Whitley Kaufman” en *Ethics & International Affairs*, Vol. 22, No. 1. Disponible en link: <https://www.ethicsandinternationalaffairs.org/2008/online-exclusive-torture-can-be-self-defense-a-critique-of-whitley-kaufman/>.
- Steinhoff, U. (2010) “Defusing the Ticking Social Bomb Argument: The right to self-defensive torture” en *Global Dialogue*, Vol. 12, No. 1, pp. 1-12.
- Steinhoff, U. (2013) *On the Ethics of Torture*. Albany, SUNY.
- Strawser, B. (2013) “Defensive Interrogational Torture and Epistemic Limitations” en *Public Affairs Quarterly*, vol. 27, no. 4, pp. 311-340.
- Sussman, D. (2005) “What’s Wrong with Torture?” en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 33, No. 1, pp. 1-33.
- Strauss, M. (2004) “Torture” en *New York Law School Review*, vol. 48, pp. 201-274.



- Terestchenko, M. (2011) *O Bom uso da Tortura*. Sao Paulo, Loyola
- Tindale, C. (2005) “Tragic Choices: Reaffirming Absolutes in the Torture Debate” en *International Journal of Applied Philosophy*, 19(2), pp. 209–22.
- Tomasik, B. (2018) *Three Types of Negative Utilitarianism*. Link: <https://reducing-suffering.org/three-types-of-negative-utilitarianism/>
- Verdú, M. (2009) *Represión en Democracia*. Buenos Aires, Ediciones Herramienta.
- Waldron, J. (2005) “Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House” en *Columbia Law Review*, Vol. 105, October, pp. 1681-1750.
- Waldron, J. (2010) *Torture, Terror and Trade-Offs: Philosophy for the White House*. Oxford, Oxford University Press.
- Waldron, J. (2011) “What are Moral Absolutes Like?” en *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*. Paper 301. Link: [http://lsr.nellco.org/nyu\\_plltwp/301](http://lsr.nellco.org/nyu_plltwp/301)
- Walsh, A. (2011) “A Moderate Defense of the Use of Thought Experiments in Applied Ethics” en *Ethical Theory and Moral Practice* 14, pp. 467-481.
- Walzer, M. (1973) “Political Action: The Problem of Dirty Hands” en *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 2, No. 2, pp. 160-180.
- Williams, B. (1981) “Una crítica del utilitarismo” en Smart, J.J.C. & Williams, B. (eds.) *Utilitarismo: Pro y Contra*. Madrid, Tecnos.
- Wisnewski, J. (2008) “It’s About Time: Defusing the Ticking-Bomb Argument” en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 22, No. 1, pp. 103-116.
- Wisnewski, J. & Emerick R.D. (2009) *The Ethics of Torture*. London and New York, Continuum.
- Wisnewski, J. (2009) “Hearing the Still-Ticking-Bomb: A Reply to Bufacchi and Arrigo” en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 26, No. 2, pp. 205-209.
- Wisnewski, J. (2013) “In Defense of a Principled Absolutism against Torture: A Reply to Fritz Allhoff’s Torture, Terrorism and Time-Bombs” en *Philosophy Today*, Vol. 57, No. 1, pp. 114-120.
- Wolfendale, J. (2006) “Training Torturers: A Critique of the Ticking Bomb Argument” en *Social Theory and Practice*, Vol. 32, No. 2, pp. 269-287.



- Wolfendale, J. (2009) “The Myth of Torture Lite” en *Ethics and International Affairs*, Vol. 23, No. 1, pp. 47-61.
  - Yoo, J. (2003) “Memorandum for William J. Hynes II, General Counsel of the Department of Defense, Re: Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States”. Link: <https://nsarchive2.gwu.edu/torturingdemocracy/documents/20020109.pdf>
  - Zimbardo, P. (2007) *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York, Random House.
-