

Derechos y terror¹

Ronald Dworkin

Which moral principle should we follow when deciding which rights are to be allowed to those that we suspect want to cause harm to us? After the September 11 attacks and the beginning of the war against terrorism, Ronald Dworkin explores this question showing, first, the extensive dismantling of legal rights carried out by the United States government and, second, why these actions are unjustifiable. The essay presents also alternatives, such as the creation of a legal framework that would be effective against the terrorist threat and, at the same time, would be respectful of the human rights that should also cover those accused with these kinds of crimes.

1.

Han transcurrido más de dos años desde la catástrofe de septiembre y los estadounidenses enfrentan dos clases de peligro importantes. El primero de ellos –el de más ataques terroristas– es obvio. Un gran número de terroristas bien financiados, que viven y se entrenan en diversos países, están ansiosos por matar tantos de nosotros como sea posible. Están dispuestos a morir para lograrlo y tienen o podrían tener acceso a armas nucleares u otro tipo de armas de exterminio masivo. Sería insensato asumir que no tratarán de causar una carnicería aún mayor de la que ya nos han causado. El segundo peligro es menos obvio y es auto-infligido pues el gobierno de Bush ha violado y continúa violando los estándares fundamentales de la decencia humana en su respuesta a esta terrible amenaza; además, como consecuencia de ello, ahora también debemos preocuparnos porque el carácter de nuestra sociedad empeorará muchísimo.

¹ N. del E. Este artículo fue escrito por el autor para el coloquio “Derecho, filosofía y filosofía social” organizado por *New York University* (NYU) en octubre de 2003. (Otra versión basada en este trabajo fue publicada por *New York Review of Books* (NYRB). Precedente agradece al profesor Dworkin y a su editor la autorización para publicar este artículo en la revista. La traducción al castellano es de Alicia María Fernández. <http://www.law.nyu.edu/clppt/program2003/readings/dworkin.pdf>)

Hemos actuado mal antes, como lo han hecho otras naciones, cuando estábamos atemorizados por la guerra o por amenazas reales o imaginarias por parte de la subversión. Durante la Guerra Civil, Lincoln suspendió ilegalmente la garantía del *habeas corpus*, que es la más básica de las protecciones tradicionales que tienen las personas acusadas de un delito. En la Segunda Guerra Mundial, nuestro gobierno encarceló estadounidenses de origen japonés que no habían hecho nada que supusiera algún tipo de amenaza para la seguridad y la Corte Suprema permitió que se mantuviera el encarcelamiento. Durante la amenaza roja después de esa guerra excluimos de empleo y vida a los presuntos comunistas, que tampoco suponían una amenaza.

Ahora nos arrepentimos de estos errores: debimos haber aprendido lo suficiente para protegernos de una reacción exagerada similar en esta crisis. Sin embargo, por el contrario, la indiferencia del gobierno Bush con respecto a los derechos fundamentales se clasifica entre lo peor de nuestra historia. Es una amenaza de una corrupción más permanente de nuestros ideales nacionales de justicia, además, porque el peligro que cita como justificación para esa indiferencia no durará solamente unos pocos años, como ocurrió con las otras crisis reales o supuestas, sino por lo menos una generación y tal vez más tiempo. Los conservadores han querido gobernar desde hace muchos años para tener los poderes que actualmente ha logrado este gobierno, el 11 de Septiembre podría haberles servido únicamente como excusa. El Departamento de Justicia de John Ashcroft ha estado utilizando sus nuevos poderes según la Ley Patriota, los cuales fueron defendidos como disposiciones de emergencia contra terroristas, para investigar y procesar una variedad amplia de delitos comunes.² Las políticas antiterroristas del gobierno pueden ser un paso gradual irreversible hacia un estado nuevo y mucho menos liberal.

Será muy útil enumerar algunas de las políticas del gobierno que le han parecido ofensivas a algunos comentaristas. Casi inmediatamente después del 11 de septiembre, se redactó la denominada Ley Patriota de los Estados Unidos, que llevó a cabo cambios exhaustivos en la vigilancia de la nación y las prácticas de la justicia penal. Se presionó al Congreso para que adoptara esa ley antes de que los senadores y representantes hubieran tenido la oportunidad de leerla. El gobierno arguyó que cualquier tipo de retraso invitaba a otro ataque terrible. La ley define “terrorismo” en forma increíblemente amplia: cualquier estadounidense que hubiera donado dinero para apoyar el Congreso Nacional Africano durante el *apartheid* habría sido un terrorista según tal definición. Se permite a las agencias gubernamentales registrar inmuebles sin el conocimiento del sujeto, con garantías secretas y retrasar el informar al sospechoso que su

12

² Véase Eric Lichtblau, “U. S. Uses Terror Law to Pursue Crimes From Drugs to Swindling”, *New York Times*, 28 de septiembre de 2003, p. A1.

hogar ha sido registrado. Si el Fiscal General declara que tiene “fundamentos razonables” para creer que un extranjero es una amenaza para la seguridad, la ley le permite detener a ese extranjero durante periodos sucesivos sin cargos. De inmediato se invocó esa provisión para detener a varios cientos de extranjeros, algunos de ellos en confinamiento solitario durante veintitrés horas diarias. La ley elimina muchas restricciones anteriores al poder del gobierno para recopilar información sobre particulares utilizando interceptaciones telefónicas, en registros de bibliotecas y otras fuentes. Un informe reciente de un inspector del Departamento de Justicia Interna afirmó que hubo “docenas” de violaciones a los derechos civiles en la aplicación de la ley.³

El gobierno también ha adoptado muchas otras nuevas prácticas de aplicación de la ley sin la aprobación del Congreso. El Departamento de Justicia promulgó una nueva norma que permite a los funcionarios monitorear conversaciones entre los prisioneros sospechosos de conexiones con terroristas y sus abogados. Esto llevó a una amplia e indiscriminada limpieza de inmigrantes y se deportó a la mayoría de aquellos que habían sido detenidos aún después de determinar que no suponían una amenaza de seguridad. Se construyó un campo de detención en la Bahía de Guantánamo en Cuba para extranjeros capturados en la acción militar en Afganistán o arrestados en cualquier otra parte del mundo: se abroga el poder para detener a estos prisioneros indefinidamente como “combatientes enemigos ilegales” sin otorgarles derechos estipulados en las Convenciones de Ginebra para prisioneros de guerra, o aún ofrecer audiencias, según lo requieren las Convenciones, para determinar si tienen derecho a ese estado. Ha mantenido en secreto las identidades de la mayoría de los detenidos en ese campo y no les ha permitido comunicarse con los abogados, la familia o la prensa. Únicamente cuatro de ellos (tres de ellos tienen más de 60 años) han sido puestos en libertad y aproximadamente 660 continúan detenidos sin tener contacto con el mundo externo, sin ninguna posibilidad de que se les ponga en libertad. El gobierno ahora también ha construido campos de detención en Irak, donde retiene a más de cinco mil iraquíes, algunos de los cuales son simples prisioneros de guerra y otros arrestados bajo acusaciones diversas después de que Bush hubiera declarado el fin de la operación militar, sin cargos específicos y sin la oportunidad de comunicarse con sus familias. Se han construido campos similares en Bagram y sin duda también en otras partes. Los reclusos en esos campos están sujetos a interrogatorios violentos y coercitivos, que incluyen golpizas, retención de medicamentos para el dolor, privación del sueño y desorientación por ruido. Hay buenas razones para preocuparse de que los prisioneros sean torturados y

³ Véase Philip Shenon, “Report on U.S. Antiterrorism Law Alleges Violations of Civil Rights,” *New York Times*, 21 de julio de 2003.

que los prisioneros recalcitrantes se “conduzcan” para ser interrogados en países extranjeros donde dicha tortura⁴ es rutinaria.

Los tribunales militares con los que el gobierno amenaza para juzgar a algunos de sus detenidos son nombrados por el Departamento de Defensa y tienen el poder de imponer sentencias que incluyen la pena de muerte, sin las garantías probatorias normales del proceso penal – se admiten, por ejemplo, pruebas de referencia y confesiones no voluntarias si tuvieran “valor probatorio para una persona razonable” – y sin ninguna apelación excepto al secretario y al presidente.⁵ A los acusados se les brinda abogados militares de oficio y se les permite contratar abogados civiles que tienen autorizaciones de seguridad a su propio riesgo, excepto que los abogados civiles no pueden asistir a las audiencias que el funcionario que preside declare cerradas. Las asociaciones legales han preguntado si los abogados estadounidenses deberían participar en juicios que limiten de forma tan grave su poder para defender adecuadamente a sus clientes.⁶

Estas son políticas de gran cobertura y afectan a cientos de víctimas. El desdén del gobierno por los derechos tradicionales es igualmente evidente en su tratamiento de personas especiales. El Presidente se arroga el poder para declarar como combatiente enemigo a cualquier persona que él escoja, para luego detenerla indefinidamente, incomunicado sin ningún acceso a un abogado. Yasser Esam Hamdi es un ciudadano estadounidense que, según el gobierno, fue capturado por la Alianza del Norte en Afganistán y se le remitió al ejército estadounidense allí. El gobierno lo está reteniendo indefinidamente en confinamiento solitario en un calabozo naval sin acusarlo de delito alguno y sin brindarle acceso a un abogado o a su familia. El padre de Hamdi dice que él estaba en Afganistán temporalmente como trabajador de ayuda humanitaria y que no tiene ninguna conexión ni con Al Qaeda ni con los Talibán.

⁴ Véase Dana Priest y Barton Gellman, “U.S. Decries Abuse but Defends Interrogations; ‘Stress and Duress’ Tactics Used on Terrorism Suspects Held in Secret Overseas Facilities”, *Washington Post*; Rajiv Chandrasekaran and Peter Finn, “U.S. Behind Secret Transfer of Terror Suspects,” *Washington Post*, March 10, 2003; Peter Finn, “Al Qaeda Recruiter Reportedly Tortured; Ex-Inmate in Syria Cites Others’ Accounts”, *Washington Post*.

⁵ Las normas del tribunal militar se aclararon en la Orden de la Comisión Militar del Departamento de Defensa No. 1 del 21 de marzo de 2002. La orden inicial del presidente fue en cierta manera aún más severa: estipulaba, por ejemplo, que los jueces no necesitan estar convencidos más allá de la duda razonable para hacer una declaración de culpabilidad y que únicamente dos terceras partes de los votos de los jueces eran necesarias para imponer la pena de muerte. La orden del 21 de marzo requiere que haya prueba más allá de la duda razonable y requiere un voto unánime para la pena capital, aunque solamente las dos terceras partes de los votos para la condena.

⁶ Véase Neil Lewis, “Rules for Terror Tribunals May Deter Some Defense Lawyers,” *New York Times*, July 21, 2003.

Sin embargo, el gobierno se niega a presentar evidencias de alguna de esas conexiones a cualquier tribunal: sostiene que el Presidente tiene la discreción sin restricciones de encerrar, incomunicando a cualquier persona que caiga en manos del ejército en un área de operaciones militares, simplemente por decreto, sin ninguna otra explicación sobre su derecho a detenerlo. El Tribunal de Apelaciones del Cuarto Circuito, aunque está muy dividido, ha defendido la afirmación del gobierno de que tiene una discreción extraordinaria y sin precedente.⁷

El Presidente también ha declarado combatientes enemigos a personas que no han sido capturadas en campos de batalla o en áreas de operaciones militares sino en los mismos Estados Unidos, y a quienes se puede detener indefinidamente sin cargos y sin acceso a un abogado. José Padilla, un ciudadano estadounidense, fue arrestado en Chicago. El gobierno dice que Padilla se había reunido con miembros de Al Qaeda en el extranjero, para proponer un plan con el fin de explotar una bomba “sucia” –una bomba convencional cargada con material radioactivo– en los Estados Unidos y que había ingresado a los Estados Unidos para refinar el complot. Se le arrestó y detuvo como “testigo material” en la investigación de los ataques del 11 de septiembre; sin embargo, cuando un abogado nombrado por la Corte impugnó esa detención y un juez ordenó una audiencia, el presidente clasificó a Padilla como “combatiente enemigo ilegal”, lo cual significa que podía permanecer indefinidamente sin que se le juzgara y sin acceso a un abogado. Un juez federal le ordenó al gobierno permitir a Padilla que consultara con su abogado, sujeto a vigilancia para proteger la seguridad, pero el gobierno se ha negado a cumplir y ha apelado esa orden.

Ali Saleh Kahlah al-Marri es un estudiante de Qatar que llegó a los Estados Unidos el 10 de septiembre de 2001 a estudiar en un programa de postgrado en la Universidad de Bradley, en Peoria Ill. Fue arrestado por estar acusado de mentir a los investigadores sobre sus viajes y enfrentó un juicio penal ordinario (el afirma que la supuesta mentira fue únicamente un malentendido.) Pero de repente, en julio pasado, el Presidente anunció, sin ninguna evidencia o argumento de respaldo, que Marri era un combatiente enemigo. Rápidamente fue transferido a un calabozo naval en Carolina del Sur, también indefinidamente, incomunicado y sin acceso a su abogado. Funcionarios del Departamento de Justicia han indicado posteriormente que tienen razones para creer que Marri había llegado a los Estados Unidos para coordinar ataques terroristas adicionales, pero no han ofrecido ninguna razón para esa sospecha y no se puede excluir la posibilidad de que el cambio en el estado de Marri sea el resultado de la debilidad del caso original del gobierno.

⁷ Véase Neil A. Lewis, “Court Affirms Bush’s Power To Detain Citizen as Enemy,” *New York Times*, July 10, 2003.

Zacaría Moussaoui es un ciudadano francés que fue arrestado en los Estados Unidos después de haber levantado sospechas al pagar en efectivo sus lecciones de aviación y mostrar interés únicamente por volar aviones grandes. El gobierno afirma que era el secuestrador número “21” que se habría unido a los ataques del 11 de septiembre si no lo hubieran arrestado antes. Se le ha enjuiciado en un tribunal federal pidiendo la pena de muerte. Su evidencia principal, aparentemente, es que Moussaoui recibió fondos de miembros de Al Qaeda, quienes también enviaron dinero a los secuestradores y a quienes se les está interrogando en custodia de Estados Unidos en el extranjero. Los abogados de Moussaoui han solicitado que se les permita entrevistar a tres de estos miembros: Khalid Shaikh Mohammed, quien está acusado de ser el cerebro de los ataques del 11 de septiembre, Ramzi bin al-Shibh, quien también ha sido acusado de ser un participante crucial en los ataques y Mustafá Ahmed al-Hawsawi, un asociado conspirador que no ha sido acusado en el caso. Moussaoui sostiene que estas supuestas figuras de Al Qaeda le pueden ayudar a probar que él no participó en la conspiración del 11 de septiembre. Un juez federal le otorgó acceso a ellos, sujeto a precauciones de seguridad, pero el gobierno ha apelado y ha indicado que si pierde la apelación retirará la acusación penal y remitirá a Moussaoui a un tribunal militar donde no se abordará el tema de permitir a sus abogados interrogar a los miembros capturados de Al Qaeda.

Recuerden este catálogo de acciones y políticas. Actualmente el gobierno de Bush mantiene incomunicadas en las cárceles a cientos de personas, incluyendo ciudadanos estadounidenses, sin acceso a parientes o a abogados, sin ser acusados o tener cargos y sin ninguna indicación sobre si algún día se les liberará. Se amenaza a algunos de ellos, al menos, con juicios militares secretos que carecen de muchas de las garantías que los tribunales estadounidenses están obligados a cumplir según la Constitución, sin que haya ningún tipo de apelación a instancia diferente del mismo gobierno y amenaza con matarlos si se les declara culpables en dichos juicios. Declara a aquellos a quienes se detiene como combatientes enemigos ilegales, sin derecho al estado o trato ofrecido en las convenciones internacionales para prisioneros de guerra. Sin embargo, no se presenta ninguna evidencia de que sean combatientes ilegales y no se les da ninguna oportunidad de aducir que no lo son, a pesar de la exigencia concreta de esas convenciones para que se ofrezca una audiencia a aquellos a quienes se les niegue el status de prisionero de guerra. Se insiste en que los tribunales estadounidenses deben aceptar los decretos del Presidente como definitivos y se niega que los tribunales puedan ejercer alguno de sus papeles tradicionales, centrales en la separación de poderes en nuestro esquema constitucional, para proteger a las personas de un poder ejecutivo arbitrario o ilegal. El gobierno reivindica su poder para arrestar a cualquiera, en cualquier parte, y mantenerlo incomunicado indefinidamente, con inmunidad total de su responsabilidad

tradicional de responder por los encarcelamientos en un tribunal legal. ¿Qué pensaríamos de otra nación que pretendiera y ejerciera esos amplios poderes de arresto y detención en forma secreta y sin investigación? ¿Invadiríamos nosotros ese país para detener esa profanación de los derechos humanos?

2.

Dije que los estadounidenses se enfrentan a dos peligros: el del terrorismo y el resultante del desdén de su gobierno por los derechos tradicionales de las personas a estar protegidas de arrestos arbitrarios, detenciones ilegítimas y acusaciones injustas. El público estadounidense aparentemente cree que el primero de ellos es de lejos el mayor peligro y que el desdén del gobierno hacia los derechos tradicionales, lejos de ser un peligro mayor, tal vez es una respuesta justificada. Creen que el 11 de septiembre introdujo a la nación en una nueva era en la que los viejos principios de la libertad personal han perdido su sentido y autoridad y, como se dice a menudo, en la que debemos encontrar un equilibrio nuevo entre libertad y seguridad. Claro está que la justificación para el cambio puntual alejándonos de los derechos tradicionales asume que el cambio ha mejorado la seguridad, que todas esas medidas y detenciones secretas han logrado en realidad que un nuevo ataque terrorista sea menos probable de lo que habría sido al contrario. En realidad aún no tenemos forma de saber si las nuevas medidas han mejorado la seguridad, o si no lo han logrado. Sin embargo, la opinión pública, creo, ha asimilado esa incertidumbre. Es suficiente justificar las detenciones secretas puesto que podrían hacer que fuera menos probable otra calamidad terrorista.

“Debemos encontrar un nuevo equilibrio entre libertad y seguridad, entre los derechos de aquellos acusados de asesinato y la protección de aquellos que podrían ser asesinados”. Esa metáfora vaga es tristemente conocida. Siempre que tenemos que tomar decisiones difíciles, nos consolamos con una figura que sugiere un método preciso y visual para lograr arreglar las cosas. La sugerencia siempre es falsa: pesar mentalmente es muy diferente a pesar en una balanza, pero la metáfora es especialmente poco útil en este caso porque no existe la duda frente al equilibrio metafórico. En algunas circunstancias, la idea del equilibrio entre libertad y seguridad sugiere un cálculo general por interés propio: podríamos preguntar, por ejemplo, si se debería buscar un equilibrio entre libertad y seguridad en las carreteras bajando el límite de velocidad. Nuestra intención con esta pregunta es dilucidar si realmente redundaría en nuestro propio bienestar – teniendo en cuenta tanto el placer como la conveniencia de conducir a altas velocidades y los peligros consecuentes de accidentes – poner un límite de velocidad tan alto como el que tenemos. Sin embargo, el supuesto equilibrio entre los derechos de las personas que encarcelamos y la seguridad que ganamos todos los demás al encarcelarlos es muy distinto. Casi ningún estadounidense

que no haya nacido como musulmán y no tenga ninguna conexión musulmana en realidad corre algún riesgo de que se le tache de combatiente enemigo y de que se le encierre bajo custodia e incomunicado durante muchos años en una cárcel militar. El único equilibrio o compensación en cuestión está entre la seguridad de la mayoría y los derechos de otras personas, y debemos pensar en esa compensación como un asunto de principios morales y no de un beneficio propio pensado cuidadosamente.

¿Qué principio moral debemos seguir al decidir qué derechos le debemos permitir a esos otros de los que sospechamos desean hacernos mal? Deberíamos comenzar por preguntarnos qué principio parece estar siguiendo nuestro gobierno ahora. Cuando revisamos la variedad de las nuevas medidas para incrementar la seguridad que he descrito, bien podríamos concluir que el gobierno ha estado siguiendo lo que podríamos llamar el principio estricto de la protección de los Estados Unidos absolutamente en primer lugar. Este principio le asigna una prioridad casi absoluta a proteger a los estadounidenses en general contra más ataques terroristas y favorece cualquier medida que mejore su seguridad, ex ante, aún si la mejoría únicamente es marginal o especulativa, sin importar qué tan altos sean los costos para la vida o la libertad o la dignidad de los no estadounidenses o aún de los ciudadanos estadounidenses de quienes el gobierno cree que pueden mostrar alguna simpatía con objetivos terroristas.⁸ Esto podrá parecerles una caracterización exagerada de los programas del gobierno pero esa estrategia es evidente tanto en las políticas descritas como en la justificación que el gobierno de Bush ofrece. La más arrogante de las características generales de esas políticas es la negativa del gobierno de permitir aún la más mínima verificación judicial, del Congreso o independiente, sobre sus decisiones. Establece campos de detención fuera de los Estados Unidos para evitar las peticiones de habeas corpus, se arroga el derecho exclusivo de decidir quién es un combatiente enemigo sin necesidad de suministrar residuo de prueba en tribunal alguno, se niega a permitir que juez alguno examine sus aseveraciones opacas de que la seguridad requiere negar las protecciones básicas a las personas acusadas de un delito por el gobierno y mantiene sus detenciones y su tratamiento de los detenidos tan secreto como sea posible para prevenir cualquier crítica por parte

⁸El gobierno no aplica una prioridad comparable a la de primero la protección en su presupuesto: ni siquiera trata evidentes medidas de seguridad importantes como una alta prioridad financiera. En medio de una guerra declarada contra el terror ha negociado altos recortes principalmente para beneficiar a los ya cómodos contribuyentes y ha ahorrado en gastos de seguridad. La provisión federal para las organizaciones locales que enfrentarían las consecuencias de más terrorismo ha sido grotescamente pequeña, por ejemplo. Véase, The Council on Foreign Relations, "Emergency Responders: Drastically Underfunded, Dangerously Unprepared," (2003). Este informe está disponible en <http://www.cfr.org>. Los derechos de extranjeros y estadounidenses sospechosos de lealtad se agotan con mucha más libertad.

de otras áreas del gobierno, de los medios, de los ciudadanos privados o de las organizaciones internacionales de derechos humanos. El gobierno afirma que la seguridad en tiempos de guerra exige este nivel de secreto y la inmunidad frente a la supervisión judicial o cualquier otro tipo de supervisión. Eso, debemos anotar con tristeza, es una afirmación de toda la política estatal.

Sin embargo, aunque ciertamente es más conveniente para el gobierno ejecutar sus políticas en secreto sin ningún tipo de fiscalización por parte de cualquier otro departamento del gobierno, el beneficio real en seguridad de ese tipo de secreto y de aislamiento parece mínimo en el mejor de los casos. Jueces, senadores y representantes también son funcionarios estadounidenses; se puede confiar en ellos y han desarrollado procedimientos especiales para proteger información de acceso restringido que se ha usado con éxito en el pasado en audiencias legislativas y juicios contra terroristas en tribunales ordinarios.⁹ El gobierno puede argumentar que en la guerra no debe asumir riesgos por más pequeños que sean, pero cuando las vidas y las libertades de aquellos arrestados por el gobierno están en juego, el no tomar riesgo alguno, por más pequeño que sea, significa que la valoración de esas vidas y libertades es nula. Esto es consistente con la política de poner los intereses de los Estados Unidos no sólo en primer lugar sino absolutamente en primer lugar.

Cuando el gobierno en realidad trata de explicar por qué la seguridad requiere las medidas que se han tomado, su explicación confirma su disposición a causar daños graves a aquellas personas a quienes ha encarcelado para lograr beneficios marginales y especulativos para el resto de nosotros. El gobierno dice, por ejemplo, que permitir a los sospechosos consultar a los abogados en privado es un riesgo pues los sospechosos podrían dar órdenes por medio de esos abogados a terroristas todavía libres. Sin embargo, ese peligro es remoto, porque es improbable que los presuntos terroristas que han estado presos durante años tengan información útil o poder, y en cualquier caso el peligro se podría minimizar solicitándole a los abogados de los presuntos terroristas que se sometan a una revisión de seguridad. El gobierno afirma que no puede divulgar los nombres de los prisioneros o permitirles comunicarse con sus familias porque las organizaciones terroristas podrían no saber cuáles de sus miembros han sido arrestados y cuáles están aún disponibles para cumplir tareas. La probabilidad de que las organizaciones terroristas activas no sepan, o no puedan determinar, cuáles de sus miembros de suficiente importancia han desaparecido durante meses o años también parece mínima. El gobierno afirma que los tribunales militares secretos son mejores foros para juzgar a los presuntos terroristas que

⁹ Véase *United States v. Bin Laden*, 92 F. Supp. 2d 225 (S.D.N.Y. 2000) (1998 U.S. Embassy Bombings in Nairobi, Kenya and Dar-Es-Salaam, Tanzania) y *United States v. Salameh*, 261 F.3d 271 (2d 2001) (1993 Bombas en el World Trade Center).

los tribunales independientes del ala militar porque en los juicios ordinarios se podrían revelar secretos de seguridad importantes. Sin embargo, como ya he dicho, los secretos oficiales pueden guardarse lo suficientemente bien por medio de procedimientos que los tribunales han desarrollado en el pasado para juicios que conllevan riesgos de seguridad. El gobierno dice que no puede permitirle a Padilla hablarles a sus abogados porque este breve receso en el interrogatorio – que ahora ya lleva muchos meses y presumiblemente de todos modos ha sido interrumpido durante las comidas, sueño y horas de descanso – podría posiblemente afectar el éxito del mismo, pues tal éxito podría depender de la coerción y la desorientación. Es mejor, considera el gobierno, mantenerlo indefinidamente incomunicado y se niega a permitirles a los abogados de Moussaoui entrevistar a los líderes capturados de Al Qaeda porque eso podría interrumpir sus interrogatorios, que también llevan meses.¹⁰ Mejor ejecutarlo sin el beneficio de cualquier información que esos líderes puedan suministrar para exonerarlo. El gobierno dice que no puede ofrecer ni siquiera una mínima evidencia de que efectivamente Hamdi fue capturado combatiendo en el campo de batalla a favor del Talibán, porque el preparar los registros tomaría tiempo y dinero de las otras actividades contra-terroristas. Mejor que se pudra durante muchos años en una cárcel militar.

La premisa de seguridad ante todo también estaba funcionando en forma dramática, por lo menos como justificación explícita, en la decisión del gobierno de iniciar una guerra contra Irak y su afirmación de que la guerra era permitida según el derecho internacional. El gobierno afirmó que tenía derecho a dar este paso porque el desarrollo clandestino de armas terribles por parte de Irak amenazaba nuestra propia seguridad y porque había descubierto nexos entre el gobierno de Saddam Hussein y Al Qaeda. (La última afirmación fue particularmente poderosa para persuadir a la nación de que la guerra era necesaria: las encuestas reportaron que el 76% de los estadounidenses pensaban que Irak estaba involucrado en las masacres del 11 de Septiembre.¹¹ Ahora es claro que la evidencia de la primera de esas afirmaciones era débil y que no existía evidencia de lo segundo. Sin embargo, como lo expresó Paul Wolfowitz, la posición del gobierno consistió en que tenía derecho a actuar sobre evidencias “turbias” para proteger la seguridad de los Estados Unidos: es decir, tenía derecho a sacrificar

¹⁰ El Departamento de Justicia ha argumentado que el señor Moussaoui no tiene derecho de entrevistarse con Mr. Bin al-Shibh y que el gobierno no puede poner en disponibilidad para dar testimonio a terroristas capturados sin divulgar secretos de seguridad nacional e interrumpir el esfuerzo del gobierno para interrogarlos sobre información que podría predecir ataques terroristas. Titular: “Threat and Responses: the Courts: Bush Officials Lose Rounds in Prosecuting Terror Suspect” Subtítulo: Autor: Neil A. Lewis, *New York Times*, 27 de junio de 2003.

¹¹ Véase Bruce Morton, “Selling an Iraq-Al Qaeda Connection” (disponible en <http://www.cnn.com/2003/WORLD/meast/03/11/Iraq.Qaeda.link>.) Aparentemente el gobierno ha renunciado

las vidas de miles de estadounidenses, británicos e iraquíes para lograr en el mejor de los casos una ventaja especulativa en la guerra contra el terror.¹² La seguridad ante todo.

El Departamento de Justicia ha sido casi explícito, además, al aceptar que se guía por el principio según el cual la seguridad de los Estados Unidos debe estar absolutamente en primer lugar. Tanto el presidente Bush como el fiscal general Ashcroft han hecho campaña, hace pocas semanas, en favor de una nueva Ley Patriota que le daría al gobierno poderes de vigilancia y detención aún más amplios que los que otorga la ley original.¹³ El Departamento de Justicia ha utilizado su poder para detener inmigrantes sospechosos sin fianza, para detener haitianos en busca de amnistía que no suponen riesgos de seguridad, argumentando que un análisis individual de los casos es demasiado costoso. En respuesta a los cargos de ser excesivos en la protección de la seguridad a expensas de la libertad, el gobierno aduce que no presenta “excusas por tratar de encontrar todos los modos legales posibles para proteger al público estadounidense de más ataques.”¹⁴ Esa es una declaración particularmente reveladora, puesto que el gobierno afirma que las leyes permiten casi cualquier cosa en tiempos de guerra y que de todos modos los jueces tienen poca autoridad para controlar las decisiones del gobierno.

3.

De todos modos ahora debemos preguntar: ¿qué hay de malo, si acaso lo hubiere, con la estrategia de que la seguridad de los Estados Unidos debe estar absolutamente en primer lugar? Se justifica la estrategia, popular en este país porque los estadounidenses están traumatizados por el horror de septiembre y están sujetos a alertas casi continuas de diversos colores y a avisos de terrores futuros, avisos constantes, supuestamente creíbles aunque no específicos. No tienen razón para no creer en estas advertencias; de hecho puede que no haya razón para no creerles. Apenas sorprende que las encuestas demuestren que el público quiere poner la seguridad en primer lugar, que se impacienta con aquellos que protestan en nombre de las libertades y derechos tradicionales. Esa es la poderosa fuerza emocional tras las metáforas de auto-ayuda sobre cómo lograr un nuevo equilibrio y es una fuerza a la que tienen razón de temer los políticos que de otra forma podrían verse tentados a protestar.

21

a su pretensión de establecer un nexo entre Irak y las masacres de septiembre. Véase, “Bush Reports No Evidence of Hussein Tie to 9/11”, *New York Times*, 18 de septiembre, 2003.

¹² “Wolfowitz Says US Must Act on ‘Murky’ Data,” *New York Times Electronic*, Reuters, 27 de julio, 2003.

¹³ *New York Times*.

¹⁴ “Report on USA Patriot Act Alleges Civil Rights Violations”, *New York Times*, 21 de julio de 2003.

Los académicos y otros comentaristas que sí se oponen a las nuevas medidas del gobierno, y los pocos políticos que lo han hecho, tienen dos quejas particulares: dicen que la política de la seguridad ante todo es contraproducente y que por lo menos muchos de sus componentes son ilegales según el derecho constitucional estadounidense o el derecho internacional, o ambos. Hay argumentos fuertes de que la política en realidad es contraproducente. Las detenciones en la Bahía de Guantánamo han provocado considerable oposición en otros países que inicialmente fueron muy solidarios con los Estados Unidos después del 11 de septiembre. Si, como se debe anticipar ahora, los tribunales militares imponen la pena de muerte a varios de los detenidos, en su mayoría en juicios secretos, esa oposición se intensificará y socavará el apoyo a los Estados Unidos por parte de las demás democracias occidentales y por parte de las poblaciones del mundo musulmán cuya simpatía y respeto deseamos y necesitamos estimular. Parece probable, en cualquier caso, que las detenciones políticas indiscriminadas en los Estados Unidos están siendo explotadas por organizaciones terroristas que buscan reclutas. Estos costos diversos, que en distintas formas amenazan nuestra seguridad, por supuesto deben contraponerse a los beneficios que argumenta el gobierno. Sin embargo, los beneficios de sus políticas más aparentemente objetables parecen, como lo he estado sugiriendo, remotos y especulativos. Los críticos han sugerido que le iría mejor al gobierno si hiciera énfasis en las técnicas tradicionales de recopilación de información, entre las que se incluye la infiltración. Se supone que estas técnicas ofrecen datos de inteligencia más valiosos que los que se podrían obtener con muchos más meses de cualquiera de las otras técnicas de interrogación que se están usando en la Bahía de Guantánamo o en los calabozos militares donde están encarcelados e incommunicados ciudadanos estadounidenses. Aún así, para tal efecto, el argumento de que las políticas del gobierno son contraproducentes es en sí mismo especulativo y la prueba de ello es muy poco abrumadora. En cualquier caso, la objeción de los críticos a estas políticas es más básica: que son equivocadas y no simplemente desaconsejables.

La otra afirmación, que las políticas del gobierno de Bush son ilegales, podría parecer más convincente, pero el gobierno de Bush no la acepta y, de hecho, el gobierno ha tenido un éxito sorprendente en convencer a los tribunales de los Estados Unidos de que han estado obrando de conformidad con la ley. Esto se ha logrado en gran parte al persuadirlos de que el principio según el cual la protección de los Estados Unidos va absolutamente en primer lugar es en sí mismo un principio legal y una política popular. El gobierno los ha persuadido de que la seguridad nacional requiere que en tiempo de guerra el equilibrio de poder usual entre las distintas ramas del poder público se suspenda y que los tribunales deben cederle al presidente el poder de juzgar asuntos militares, lo que se debe interpretar en forma lo suficientemente amplia como para incluir la

vinculación de sospechosos como combatientes enemigos sin examen o revisión judicial. El gobierno cita, como soporte legal de esa afirmación arrolladora, el artículo II de la Constitución de los Estados Unidos, que nombra al presidente como comandante en jefe.¹⁵ Su interpretación de esa provisión difícilmente se ajusta únicamente al lenguaje sencillo de la Constitución. Se ajusta únicamente si la Constitución se interpreta no sólo bajo el supuesto de que el peligro del terrorismo internacional constituye una guerra en el sentido constitucional, sino también bajo el supuesto de que en tiempos de guerra la seguridad toma prioridad sobre los derechos, como lo declara el principio de la seguridad en primer lugar. La validez constitucional de los actos del gobierno depende de lo apropiado que sea el principio de que la seguridad debe estar absolutamente en primer lugar y no al contrario.

Tampoco hay precedente claro alguno, proveniente de las pasadas guerras, que apoye la interpretación que el gobierno hace de la Constitución. Se cita en forma reiterada la decisión *Quirin* de la Corte Suprema en 1944, que sostuvo que los espías nazis que llegaron a los Estados Unidos con objetivos de sabotaje, incluyendo un ciudadano estadounidense, podrían ser juzgados en un tribunal militar y ejecutados sin revisión judicial sustancial.¹⁶ Esa decisión fue lamentable, hasta sórdida, y es triste ver a nuestro gobierno ahora depender tanto de ella. Los espías fueron capturados porque uno de ellos, que llegó con la intención de desertar, inmediatamente después informó a la policía, la cual arrestó a los otros. Roosevelt ordenó un juicio militar para mantener ese hecho en secreto y permitir al público pensar que el FBI de J. Edgar Hoover había capturado a los terroristas por medio de sus habilidades excepcionales, lo que sería reconfortante para la opinión pública. Felix Frankfurter les dijo a los jueces que era su deber militar, mientras hubiera jóvenes muriendo en campos extranjeros, de cualquier modo respaldar la legalidad del juicio militar. Recurrió, por lo tanto, al principio de que la seguridad debe estar absolutamente en primer lugar. Sin embargo, aunque los jueces no estaban de acuerdo en el caso legal en respecto a la confirmación de la sentencia antes de la ejecución programada, se

¹⁵ En el caso *Hamdi*, por ejemplo, el Juez Traxler dijo que “[nos]otros hemos ratificado el poder del presidente según el Artículo II como comandante en jefe de las fuerzas armadas para defender este país de sus enemigos y determinar quiénes son y quiénes no son enemigos de los Estados Unidos en los países donde estamos involucrados en hostilidades activas.” *Hamdi v. Rumsfeld*, 337 F.3d 335, 356 (4th Cir. 2003). En el mismo caso, el Juez Luttig objetó el argumento de la mayoría porque en vez de confiar totalmente en las afirmaciones del gobierno había apelado a una supuesta concesión por parte del padre de Hamdi. Citando “una concesión putativa por parte del detenido,” escribió: “ha generado toda clase de razonamientos menos desentrañar el poder del presidente según el Artículo II para determinar quiénes son y quiénes no son enemigos de los Estados Unidos.” *Id.*, at 357.

ordenó que la ejecución se llevara a cabo de todos modos, con la promesa de presentar una opinión justificante después de que los espías hubieran muerto, lo cual solamente se logró varios meses más tarde. En cualquier caso, además, aún la dudosa decisión *Quirin* es un precedente inadecuado para las acciones del gobierno de Bush. Los saboteadores nazis admitieron que habían espiado para una potencia enemiga extranjera y no se les negó acceso a un abogado para llevar a cabo sus litigios legales. De hecho, fueron representados por Kenneth Royal, quien después fue Secretario del Ejército. Hamdi y Padilla no admiten sino que niegan su denominación como enemigos y están incomunicados en secreto sin la oportunidad de hablar con nadie, ni siquiera con sus abogados.

La pregunta si el tratamiento que le dan los Estados Unidos a los prisioneros en la Bahía de Guantánamo, en Irak y en todas las otras partes viola el derecho internacional depende de la mejor interpretación de las Convenciones de Ginebra, que son una serie compleja de acuerdos y protocolos, cada uno de los cuales fue ratificado por lo menos por 156 naciones.¹⁷ Las Convenciones distinguen dos clases principales de personas capturadas por una nación en una acción militar: aquellos que actúan como agentes de otro poder con los cuales la nación está en guerra y aquellos que actúan como civiles por sus propios medios. Los últimos se pueden enjuiciar como criminales. Aquellos se deben tratar como prisioneros de guerra siempre y cuando se cumplieran otras condiciones: deben luchar bajo un comando responsable, llevar sus armas abiertamente, usar un signo fijo y reconocible tal como un uniforme y obedecer las leyes de guerra. El gobierno de Bush interpreta estas disposiciones que permiten una tercera categoría, a la que llama “combatientes ilegales”: aquellos que no tienen derecho al estatus o tratamiento de prisionero de guerra porque no usan uniformes o no obedecen las leyes de guerra, por ejemplo, pero que, sin embargo, pueden ser detenidos sin cargos penales porque se han levantado en armas como parte de un grupo organizado. Esa interpretación ha sido objetada ampliamente.¹⁸ En cualquier caso, el Artículo 5 de la Tercera Convención de Ginebra, firmado por los Estados Unidos, requiere que las partes convoquen tribunales para determinar si los prisioneros particulares tienen derecho al estatus de prisionero de guerra cuando haya duda. El primer Protocolo Adicional, que los Estados Unidos no firmó, especifica ese requisito en mucho mayor detalle: se requiere que cada prisionero se considere apto para el estatus de prisionero de guerra y se debe permitir que

¹⁶ *Ex parte Quirin et al; U.S. ex rel. Quirin et al v. Cox, Provost Marshal* 317 U.S. 1.

¹⁷ Los Estados Unidos son parte contratante de algunas partes de las Convenciones pero no en otras; la pregunta sobre cuáles debe acatar divide a los abogados internacionalistas, pues tantas otras naciones han firmado todas las Convenciones que los Estados Unidos deben respetar aún aquellas provisiones que no hubieran firmado porque ahora representan el derecho internacional consuetudinario.

impute cualquier reclasificación ante un tribunal “judicial”. El gobierno se niega a reconocer esos requisitos, sin embargo, y afirma que no hay duda que aquellos que han sido detenidos no tienen derecho al estatus de prisionero de guerra.

Por lo tanto, hay argumentos fuertes, por lo menos, de que mucho de lo que el gobierno de Bush ha hecho y amenaza con hacer es ilegal según la mejor interpretación de nuestra propia Constitución y del derecho internacional; además, los críticos tienen razón para presionar ese argumento. El argumento no es concluyente, sin embargo, por la razón que ya he sugerido. Ni el derecho nacional ni el derecho internacional de guerra están bien desarrollados: ambos necesariamente se apoyan en unos pocos precedentes históricos que obviamente están abiertos a distintas interpretaciones y si, como lo afirma el gobierno, el deber moral de un líder es darle prioridad absoluta a la seguridad de su nación en cualquier tipo de política que incluya una acción militar, entonces el nombramiento que le otorga la Constitución como comandante en jefe podría considerarse que excluye cualquier papel serio de la rama judicial en supervisar su guerra contra el terror.

El argumento legal puede no tener importancia política decisiva en todos los casos. Muchos entre quienes apoyan al gobierno insisten en que la cuestión de la legalidad es irrelevante: se dice que en la guerra y en otras emergencias nacionales las leyes, como lo ha dicho Rehnquist (Presidente de la Corte Suprema de Justicia), “hablan con voz inhibida”.¹⁹ Las leyes han sido diseñadas para tiempos normales; pero, como han dicho algunos comentaristas, a menudo es mejor admitir francamente que las acciones que debe tomar una nación para defenderse en caso de emergencias son ilegales y no tratar de defender su legalidad por medio de argumentos legales forzados y poco persuasivos. Además, es políticamente débil para los oponentes de la política gubernamental depender únicamente de argumentos legales frente a las afirmaciones populares de que el derecho debe cambiar para enfrentar una forma de peligro nacional sin precedentes. Hasta ahora los tribunales han demostrado que no cuestionarán una afirmación del presidente que sostiene que una nueva emergencia requiere una respuesta no convencional: hasta ahora se ha comprobado que pocos jueces están listos asumir la responsabilidad de liberar a algún prisionero que pueda llegar a ser el próximo secuestrador.²⁰ Si creemos que la respuesta del gobierno de Bush a nuestro peligro actual es en sí misma profundamente incorrecta y peligrosa, debemos tratar directamente exponer el caso moral contra esa respuesta.

¹⁸ Véase, por ejemplo, Knut Dormann, “The Legal Situation of “Unlawful/Unprivileged Combatants”, *The International Review of the Red Cross*, Vol. 84, No. 849, marzo de 2003.

¹⁹ El Presidente de la Corte Suprema de Justicia William H. Rehnquist, “Remarks at the 100th Anniversary Celebration of the Norfolk and Portsmouth Bar Association”, mayo 3, 2000, http://www.supremecourt.gov/publicinfo/speeches/sp_05-03-00.html.

²⁰ “El 11 de marzo, por ejemplo, una comisión federal de apelaciones ordenó en forma unánime que

4.

Tenemos un nombre para los derechos morales importantes que tienen las personas solamente en virtud de ser humanos. Los Estados Unidos han liderado al mundo para que los derechos humanos se tomen en serio. Insistimos en que, excepto en dichas emergencias graves, los derechos humanos tienen prioridad sobre razones políticas y estatales. Citamos los derechos humanos para justificar las sanciones económicas que imponen grandes privaciones y otras políticas discriminatorias. A veces iniciamos una guerra para impedir que otras naciones o gobiernos violen derechos humanos, como lo hicimos en Bosnia y Kosovo y ahora, por lo menos en retrospectiva, afirman que lo han hecho en Irak. Citamos los derechos humanos para justificar el supuesto castigo a los criminales de guerra, como hicieron los Aliados en Nuremberg y como ahora busca hacer la comunidad internacional en el Tribunal Penal Internacional. Podríamos decir que necesitamos encontrar un nuevo equilibrio entre libertad y seguridad y que ahora necesitamos una política de la seguridad ante todo, pero el gobierno de Bush no admitiría que sus políticas violan los derechos humanos de cualquiera o que se justificaría si así lo hicieran.

Aduciré que muchas de las políticas de investigación y detención del gobierno sí violan los derechos humanos. No quiero decir que ha contravenido las disposiciones de las diversas cartas constitucionales de derechos humanos que han sido decretados como constituciones nacionales, tal como la Constitución de los Estados Unidos o la Ley Británica de Derechos Humanos, o como acuerdos internacionales, por ejemplo la Convención Europea sobre Derechos Humanos, la Declaración sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas o las Convenciones de Ginebra. Es discutible que haya violado por lo menos algunas de ellos, pero esa no es mi afirmación ahora. Estas constituciones y cartas constitucionales son intentos reglamentarios para codificar principios morales de fondo en normas particulares que se pueden volver obligatorias como asunto de derecho nacional e internacional. Reflejan, además, un cierto grado de consenso sobre la naturaleza de esos principios de fondo, alguna sentencia en el momento de la promulgación sobre cuáles son los más importantes para especificar en forma detallada en dichos documentos y también, inevitablemente, algún grado de

los prisioneros de la guerra de Afganistán que estaban en una base naval de los Estados Unidos en la Bahía de Guantánamo, Cuba, no podían cuestionar su detención porque los tribunales federales no tenía jurisdicción legal allá. El 17 de junio, en Washington, un tribunal de apelaciones dividido determinó que el Departamento de Justicia estaba en su derecho al negarse a divulgar los nombres de más de 700 personas arrestadas después de los ataques del 11 de septiembre por violaciones de inmigración.” Neil Lewis, en el artículo sobre Hamdi citado arriba.

compromiso entre los diversos intereses, facciones y comunidades políticas cuyo consentimiento se necesita para que se pueda adoptar. El asunto de los derechos humanos no es la pregunta esencialmente legal sobre cuáles derechos han sido promulgados en los documentos sino la pregunta moral sobre cuáles derechos tiene todo el mundo, en principio solamente por ser humano.

Debemos ir al trasfondo de varias constituciones y acuerdos para tratar de identificar los principios morales más básicos que tratan de capturar. Podemos, luego, usar esos principios más básicos para interpretar esos documentos y también criticarlos y complementarlos al aplicar los principios básicos a circunstancias nuevas e imprevistas como el terror internacional organizado. Un principio como este, que denominaré el principio de valor igual, está evidentemente entre los más fundamentales de ellos. Sostiene que cada una de las vidas humanas, después de que haya comenzado, tiene un valor objetivo por sí misma, individual e igual. Se insiste en que las personas individuales y sus gobiernos nunca deben actuar sobre puntos de vista contrarios a estos; en particular, que ellos nunca deben destruir o mutilar una vida humana para mejorar o proteger otra cuando esto puede justificarse únicamente bajo la suposición de que la vida destruida vale menos que cada una de las vidas mejoradas o salvadas.

No sostengo que este principio del valor igual se acepta universalmente. De hecho ha sido rechazado durante la mayor parte de la historia humana. Aún ahora muchas culturas insisten que el destino de una religión o grupo étnico o nación es mucho más importante que el destino de otros, de modo que es permisible el genocidio para proteger la identidad religiosa o racial o nacional. Se podría objetar que el principio de importancia igual es únicamente un producto local del acuerdo político de la post-Ilustración entre ciertas naciones occidentales y que, por lo tanto, está demasiado vinculado a una cultura única para servir como la base de los derechos considerados universales. Respondería que el poder de ese principio depende de su veracidad no de su popularidad. Sin embargo, no tengo que llevar a cabo ese reto ahora en este contexto, porque si el principio de importancia igual es local en cualquier cultura, es local en nuestra propia cultura. Por lo tanto, asumiré que la mayoría de ustedes, por lo menos, estarán de acuerdo conmigo en aceptar ese principio y también que se equivocaría nuestro propio gobierno al violarlo o ignorarlo.

Una nación no viola ese principio solamente porque sus leyes y políticas favorecen a sus propios ciudadanos; puede ofrecer seguridad en asistencia médica o protección policial o estímulos económicos a sus propios ciudadanos sin estar obligada a ofrecerlos a personas en otros países. Ese privilegio es una consecuencia de la división del mundo en comunidades políticas específicas: el gobierno de los Estados Unidos ejerce un poder directo coercitivo sobre la población de su propio territorio y ese poder coercitivo es legítimo únicamente si ese gobierno demuestra una preocupación especial y equitativa por esos suje-

tos bajo su dominio. Por supuesto, los estadounidenses tienen obligaciones de decencia hacia otras naciones y, en efecto, demuestran una falta inadmisiblemente de preocupación cuando se les permite a las personas morir de inanición o por enfermedad en naciones demasiado pobres para alimentar o cuidar a su propia gente. No obstante, los estadounidenses no tienen la obligación general de extender al resto del mundo los beneficios que se les ofrecen a ellos.

Sin embargo, todas las personas y grupos tienen la obligación moral general, no arraigada en las circunstancias o en la legitimidad de cualquier organización política particular, de no herir a otra persona en forma deliberada. La defensa propia es una excepción a ese principio: debo matarlo a usted para evitar que usted me mate, el que yo lo mate no presupone que su vida carece de una importancia inherente igual a la mía. Podemos considerar la importancia intrínseca de las vidas como igual para todos y a pesar de ello suponer que cada persona tiene un privilegio especial para protegerse a sí misma, lo que incluye matar a otros cuando sea necesario para evitar su propia muerte, pero esto presupone que la lesión para mí que yo prevengo es por lo menos comparable en gravedad a la lesión que infrinjo sobre usted. De hecho, sería una indicación de que su vida no tiene importancia intrínseca, por lo menos comparada con la mía, si yo pensara que es apropiado matarlo a usted para prevenir un daño mucho menos grave a mí mismo, o para disminuir la ya muy baja probabilidad de mi sufrimiento ante un daño igualmente serio. Sin embargo, eso es exactamente lo que nuestro gobierno ha hecho para llevar a cabo su política de proteger primero y absolutamente a los Estados Unidos. Las medidas que he descrito – la detención indefinida de sospechosos y no de terroristas condenados, por ejemplo, y de juicios militares que amenazan con la muerte como castigo pero que no ofrecen las garantías que exigimos en juicios penales ordinarios – pueden en forma muy marginal mejorar la seguridad de cada uno de los estadounidenses. Sin embargo se logra ese beneficio estadístico especulativo para cada uno de nosotros solamente por imponer una lesión inmediata, indudable y grave a las personas que se detienen, y eso sí parece negar el principio de la importancia objetiva. Si es así, entonces la política de la seguridad ante todo sí viola los derechos humanos fundamentales de sus víctimas.

Sin embargo, este argumento podría parecer demasiado apresurado y rudimentario, porque es claramente legítimo en algunas circunstancias que un gobierno deliberadamente ocasione graves lesiones a algunas personas para disminuir el riesgo de lesionar a otros, aún cuando ese riesgo es únicamente estadístico o especulativo. Hacemos exactamente eso, después de todo, cuando usamos el derecho penal para castigar a los criminales condenados: imponemos lesiones directas y serias sobre personas seleccionadas para disminuir el riesgo estadístico de que cualquier ciudadano algún día pueda ser herido en un crimen futuro. Hacemos más o menos lo mismo en la guerra convencional: tratamos

de matar a los soldados enemigos para proteger a nuestros propios soldados y ciudadanos de riesgos que son únicamente estadísticos, así que no podemos decir, después de todo, que un gobierno no podrá herir a algunas personas para proteger a otras de un daño más o menos especulativo. Si podemos hacer eso al combatir el delito común y en la guerra convencional, ¿por qué no lo podemos hacer frente al nuevo peligro del terrorismo internacional?

Esta respuesta asume que el principio de la misma importancia objetiva simplemente se ignora o anula en el proceso penal o en la guerra convencional, pero eso no es cierto: por el contrario, aquellas naciones que han aceptado ese principio han cambiado las normas de muchos siglos para regular tanto su proceso penal como su conducta en las guerras, donde se sacrifica la eficiencia de protección – eso significa menos protección para sus ciudadanos – por respeto a ese principio. Nuestro proceso penal sí causa un daño muy grave a varias personas: encarcelándolas durante parte o todo el resto de sus vidas o matándolas. De hecho, nuestra justificación general para esta acción es que esto es necesario para proteger la seguridad y prosperidad de la población como un todo. Si eso fuera todo, entonces, de hecho, el proceso violaría los derechos de aquellos a quienes nosotros herimos: estaríamos imponiendo un daño cierto y grave para prevenir daños especulativos, estadísticos y, en la mayoría de los casos, menos graves a otros. Esto podría presuponer que las vidas de aquellos a quienes hemos herido son menos valiosas y, por lo tanto, desechables. Los procedimientos y garantías complejas del derecho penal se diseñan, sin embargo, para subvertir esa implicación. Herimos a algunas personas para proteger a otras únicamente cuando ese daño se puede describir en forma precisa como un castigo, y ese requisito impone una diversidad de restricciones. Tales restricciones pueden entenderse como contradicciones a cualquier suposición de que aquellos a quienes se castiga son menos importantes que aquellos a quienes se protege por medio de su castigo. Primero, aquellos a quienes castigamos, si de verdad son culpables, se han hecho vulnerables a ese daño como consecuencia de sus propias decisiones y actos. No detenemos personas que creemos tienen una probabilidad especial de cometer delitos, aunque esa práctica sin duda incrementaría la seguridad del resto de nosotros: detenemos únicamente aquellos que nuestros funcionarios consideran que ya han cometido un delito. Creemos que ellos han cometido un delito, además, únicamente cuando pensamos que han violado una norma o principio de conducta impuesta sobre ellos por una autoridad que tenga un poder legítimo para regular su comportamiento. Así que no es verdad que cuando los castigamos para proteger a otros actuamos bajo la suposición de que sus vidas tienen mucha menor importancia que las vidas de aquellos a quienes protegemos. Por el contrario, insistimos que se han destacado por conjugar los requisitos para ser castigados por violar las leyes que tienen la responsabilidad moral de respetar.

Para nosotros, además, la idea de una autoridad legítima excluye cualquier suposición de que las vidas de algunos ciudadanos importan menos que las vidas de otros ciudadanos. Todos los ciudadanos tienen derecho de participar por igual en el proceso político por medio del cual se diseña y aplica el derecho penal: tienen igualdad de voz y voto. Pueden castigarse sólo por violar las leyes cuya existencia afirma, en vez de contradecir, la igualdad de importancia. En verdad los extranjeros no pueden participar en el diseño del derecho penal de esa forma, pero su subordinación a la ley es voluntaria: se les da una oportunidad justa para que conozcan esas leyes antes de decidir si van a vivir en la comunidad como extranjeros o actuar en forma tal que herirán a quienes estarían protegidos por esas leyes diseñadas en forma legítima. En una democracia legítima, además, el derecho penal señala el estatus de igualdad para todos, incluyendo aquellos a quienes se les castiga según este, en forma distinta: las leyes penales se justifican únicamente si se tienen en cuenta los intereses de todos los que viven en la comunidad sobre una base de igualdad. Este requisito aplica a extranjeros residentes como también a los ciudadanos: la decimocuarta enmienda exige que haya protección igual para todas las personas y no solamente a los ciudadanos.

Tercero, y tal vez lo más importante de todo, el proceso penal en sí mismo hace énfasis en que la importancia de las vidas de aquellos a quienes se castiga no es menos importante que las vidas de aquellos a quienes se protege: se adopta una diversidad de garantías para asegurarse de que los castigados en verdad son culpables, es decir, que de verdad son responsables por este castigo. Decimos que es mejor que se deje en libertad a mil personas culpables y no que se declare culpable a una persona inocente: esa actitud que tal vez se refleja en lo hiperbólico del lema no solamente es una idiosincrasia de nuestra historia y tradición legal sino un requisito de los derechos humanos. No quiero decir que las personas acusadas de delitos tienen derechos humanos de conformidad a normas precisas del procedimiento penal que se ha desarrollado en los Estados Unidos para proteger a los inocentes de que se les declare culpables – las normas sobre testimonio por referencia, la confrontación de testigos y la prueba más allá de toda duda razonable, por ejemplo. Estas normas son diferentes en distintos países y podrían haber sido distintas en el nuestro. Quiero decir que es un requisito de los derechos humanos que entre las normas de procedimiento penal de una nación se cuente la condena de un inocente como un daño especial y grave que debe evitarse aún a expensas de comprometer la eficacia del sistema en el castigo de los culpables. El correr cualquier riesgo substancial de que un acusado criminal pueda ser condenado y lesionado, solamente para mejorar la eficacia del proceso de disuasión, sería lo mismo que tratar la vida del acusado como algo de menor importancia. Los principios fundamentales de importancia igual prohíben eso. Algunos elementos familiares del proceso

penal en naciones modernas sí parecen particularmente importantes para ese fin: el derecho a escoger su propio abogado cuya responsabilidad total debe ser en beneficio del acusado, por ejemplo, y un derecho a juicio y revisión por parte de un departamento del gobierno que es independiente de cualquier otro departamento cuyos intereses o políticas podrían beneficiarse a través de la condena. Esas protecciones parecen particularmente importantes al suscitarse la menor sospecha de que la seguridad del acusado tiene menos importancia que las políticas a las que le podría ser útil su condena o detención y, de hecho, están codificadas en acuerdos internacionales de derechos humanos.

La guerra es un asunto diferente. En la guerra nosotros también causamos lesiones terribles a ciertas personas – en especial a los soldados de la nación con la que estamos en guerra – para proteger a cada uno de nuestros propios ciudadanos o a aquellos de otras naciones de un daño menor o más hipotético, y no podemos apelar al modelo penal para justificar esa práctica. Podemos adecuadamente tildar a algunos líderes extranjeros de criminales y después de finalizar una guerra juzgarlos en algún tribunal apropiado, como los Tribunales de Nuremberg o el Tribunal Penal Internacional. Decimos que aunque esos líderes no estaban sujetos a nuestra autoridad legal, y por lo tanto no se les puede castigar por quebrantar nuestras leyes, ellos están sujetos a estándares y acuerdos internacionales y se les podría procesar por violar esos estándares. Sin embargo, no podemos depender de ese argumento para justificar la mayoría de las muertes y mutilaciones militares, porque en la guerra debemos matar a muchas personas – soldados rasos, por ejemplo – que no están sujetos a nuestra autoridad legal y que no han violado ninguno de los cánones del derecho internacional. Nuestro gobierno no tenía autoridad general sobre los soldados de Alemania o de Japón o de Corea del Norte o de Vietnam del Norte. Tampoco permitimos o podemos permitir a las fuerzas enemigas los procedimientos del derecho penal y no los podemos llevar a cabo por medio de acciones policiales ordinarias que buscan especialmente su arresto, porque no controlamos el territorio en los que operan principalmente. Por el contrario, debemos tratar de matarlos, si podemos, en grandes números y sin aviso, preferiblemente de lejos, bombardeando sus asentamientos o disparando misiles para destruirlos en los cielos.

Por lo tanto debemos depender de un conjunto de argumentos distintos para demostrar por qué las operaciones militares no violan sistemáticamente los derechos humanos de aquellos a quienes matamos. Debemos apelar a una forma modificada de la justificación de la defensa propia. Si nuestra guerra es justa, debemos tomar una decisión general sobre la forma de combatir las fuerzas formadas en contra nuestra. Si seguimos el principio ordinario de la defensa propia que describí antes – si matamos un soldado particular únicamente cuando el matarlo es el único medio disponible de prevenir una lesión grave

a uno o más de nuestros propios soldados – entonces perderemos la guerra y nuestra causa justa fracasará. Sin embargo, debemos diseñar nuestras operaciones militares de modo que se refute cualquier sospecha que contradiga el principio de la igualdad en la importancia objetiva. Es significativo, de nuevo, que en una guerra ordinaria y convencional no se seleccionan algunas personas que creemos se pueden matar porque consideramos que sus vidas tienen menor importancia. Nuestro enemigo selecciona a aquellos que nosotros podemos elegir de esta forma como objetivos y enlistándolos en un ejército que dirige hacia nosotros para matarnos.

Tampoco afirmamos el derecho de matar miembros de una nación enemiga cuando el matarlos mejoraría nuestra propia protección. No afirmamos que la guerra nos permite hacer cualquier cosa a cualquiera, aún si con esto se podría salvar una sola vida de los soldados o finalizar la guerra un día antes. No podemos apuntar a los civiles como blancos, aunque esto sería eficiente en este aspecto. El incinerar miles de ciudadanos japoneses en un fuego atómico sin duda salvó las vidas de algunos soldados aliados, pero Hiroshima y Nagasaki, en retrospectiva, parecen monstruosos y en cualquier caso ahora se podrían excluir de nuestros acuerdos internacionales y las normas militares de acuerdos. Las convenciones internacionales y ahora las leyes ordinarias de guerra prohíben en forma expresa matar civiles, aún si esto aumenta la probabilidad de una victoria anticipada, y exigen cuidados para limitar lo que eufemísticamente se llama daño colateral.

Se permite matar soldados sin aviso y capturar y detener soldados hasta que finalicen las hostilidades, pero se insiste en que esa detención puede considerarse únicamente como asunto de requisito lamentable y se prohíbe tratar a los soldados capturados como criminales o su detención como castigo. El personal capturado que se considere apropiadamente como prisioneros de guerra se debe detener con el único propósito de prevenir que amenacen de nuevo a nuestras fuerzas. Se debe permitir que se comuniquen con sus familias y no se puede interrogarlos coercitivamente, aún con medios que no lleguen a considerarse una tortura, más allá de lo que se considere como necesario para identificarlos. Su detención no debe ser en circunstancias que en sí mismas sean punitivas: el estatus de igualdad como seres humanos se debe reconocer ofreciéndoles el mismo nivel de alojamiento, nutrición y tratamiento médico que se les brinda a los soldados que los cuidan. En verdad las convenciones internacionales no requieren que cada uno de los enemigos capturados por una nación deba ser tratado como prisionero de guerra. Permiten procesar a espías y a otros combatientes no cobijados como criminales, pero insisten que una nación que desee designar algunos de esos capturados como ilegales en vez de prisioneros de guerra ofrezca un procedimiento justo para determinar si esa reclasificación es apropiada. Las disposiciones de las Convenciones de Ginebra

podrían haber sido distintas en detalle, pero su existencia y trascendencia hace que sea importante que las respetemos, no solamente porque sí y hasta ahora en la medida en que nuestras obligaciones en el acuerdo así lo requieran, sino porque representan un acuerdo, respaldado por la gran mayoría de las naciones del mundo, sobre la forma apropiada de señalar el principio de lo común en la raza humana aún en el salvajismo de la guerra.

Podemos resumir: el asesinato deliberado o encarcelamiento de cualquier ser humano para prevenir algún daño menor significativo a otra persona es *prima facie* una violación de los derechos humanos de esa persona, porque se presume sin discusión que su vida es de menor importancia que la nuestra o la de aquellos cuya protección nos mueve. Esto se puede justificar únicamente en ciertas circunstancias y sujeto a restricciones que evitan esa implicación y señalan la importancia básica y de igualdad de cada vida humana. La práctica legal y política ha establecido dos modos de argumentos principales por medio de los cuales se puede justificar tal lesión y dos esquemas o modelos principales de procedimiento y restricción que son aceptados ampliamente puesto que cumplen los requisitos.

El primero es el modelo del delito que se justifica para que una comunidad política pueda perseguir, juzgar y lesionar a alguien a quien considera ha cometido una violación de sus leyes, pero únicamente si esas leyes se adoptaron por medio de procedimientos que respetaban su importancia igual y tenían en cuenta sus intereses como igual y únicamente si los procedimientos para establecer su culpabilidad señalan y refuerzan el principio de que sería un delito moral grave correr un riesgo substancial de castigar a un acusado que sea inocente sólo para mejorar la eficacia del proceso de disuasión. El segundo es el modelo de guerra. Una nación puede matar, lesionar o encarcelar en forma justificada a alguien que actúa como parte de una fuerza militar dirigida contra ella o que resiste sus propias operaciones militares justas, aunque esa persona no haya cometido una violación de las leyes legítimamente impuestas. Sin embargo, eso se puede hacer únicamente sujetándose a las restricciones que protegen la dignidad de la persona y su derechos como ser humano cuya vida es importante. Las Convenciones de Ginebra y otros instrumentos internacionales determinan lo que ahora se considera el contenido mínimo de dicha dignidad y condición. Cualquier nación que viole las normas de esas convenciones ha violado *prima facie* los derechos humanos de aquellos a quienes detiene. Ambos modelos, el del delito y el de la guerra, rechazan el principio de la protección absolutamente en el primer lugar. Ningún esquema nos permite imponer lesiones graves a otras personas cuando esa lesión reduce únicamente en forma marginal el riesgo de lesión a nosotros mismos. El respeto a los derechos humanos tiene su costo, y no es poco, en lo que respecta a los sospechosos de desear herirnos. Podríamos evitar esos costos si estuviéramos dispuestos a abandonar nuestras ideas de lo

que son los seres humanos y lo que demanda su dignidad pero eso, pensamos, tendría un costo mayor e inaceptable.

5.

Sin embargo, no podemos seguir en su totalidad ni el modelo de delito ni el modelo de guerra en nuestra respuesta a la amenaza del terrorismo internacional organizado. Los terroristas sí son criminales: quebrantan leyes que legítimamente se relacionan con ellos. Los terroristas que volaron los aviones contra los edificios eran asesinos y aquellas personas que ayudaron a planear o financiar esos ataques son también asesinos. Deberíamos perseguir a los terroristas por medio de cualquier acción policial que sea practicable, no solamente en nuestro propio país sino por medio de redes internacionales de policía y en colaboración con gobiernos extranjeros que estén dispuestos a hacerlo. Debemos tratar de persuadir a cualquier nación en la que se encuentren terroristas de que debe arrestarlos y juzgarlos o extraditarlos a nuestro país,²¹ o entregarlos a un tribunal internacional para que se les juzgue. Si fuera factible perseguir y procesar terroristas únicamente de esta manera, el modelo del delito sería totalmente apropiado. Sin embargo, eso no es factible, pues las organizaciones terroristas están extendidas por todo el mundo y ordenan la lealtad y los recursos mucho más que aún las organizaciones criminales legendarias como la mafia. Tal vez pronto tendrán control sobre las armas nucleares y otras superarmas temibles y además no operan para obtener un beneficio personal, como los carteles de la droga, sino que están al servicio de una ideología compartida por muchos, incluyendo a menudo los gobiernos en las naciones en las que se han formado y desde y hacia las que operan. Es muy difícil para nosotros distinguir terroristas individuales de un substrato de apoyo de gentes y poderes. A menudo no podemos contar con la cooperación de los gobiernos para identificarlos y perseguirlos; podemos hacer esto en forma más efectiva nosotros mismos, aunque, como en Afganistán, debemos librar una guerra casi convencional contra un gobierno para lograrlo. Por lo tanto es tentador considerar a los grandes grupos terroristas, como Al Qaeda, como casi naciones o poderes políticos y tratar nuestras operaciones contra ellos más como una guerra que como una acción policial.

Históricamente, sin embargo, la guerra es un asunto de estado y no de medios: entramos a un estado de guerra en una fecha, como el 8 de diciembre de 1941 y salimos del estado de guerra en otra fecha, tal como el 10 de agosto de 1945. Libramos guerras contra naciones que tienen fronteras y líderes con los que podemos negociar treguas y rendiciones y no contra organizaciones

²¹ Es una dificultad el que las leyes de muchas naciones y de la Comunidad Europea prohíban la extradición a países que imponen la pena de muerte.

sueltas cuyas jerarquías son secretas y confusas y cuyos soldados no usan uniformes. Podemos conquistar Kabul y Bagdad, pero no hay lugar llamado Terror donde vivan los terroristas. En realidad esas dimensiones precisas de estatus se han vuelto borrosas en los años recientes, pero muchas de las leyes de guerra convencionales aún dependen de ellas. Las Convenciones de Ginebra hacen que sea crucial si un combatiente usa un uniforme, por ejemplo, y fija el final formal de las hostilidades como fecha en la que se deben repatriar los prisioneros de guerra.

Así que ni el modelo de delito ni el modelo de la guerra son totalmente apropiados en nuestro actual peligro. El gobierno de Bush y sus partidarios dicen que una nueva estructura, al que llaman un nuevo equilibrio, es necesario; pero no solo no proponen una nueva estructura sino que no proponen nada: asumen los privilegios de ambos modelos y las restricciones de ninguno de los dos. Dicen que podemos procesar a quienes creemos que son miembros de Al Qaeda o Talibán en la misma forma que procesamos a las fuerzas militares de un enemigo de guerra convencional. Podemos dispararles con la intención de matarlos sin avisarles: nuestras fuerzas asesinaron a un hombre a quien designamos como líder de Al Qaeda al volar su automóvil con un misil de aire-tierra en Yemen, país con el que no estamos en guerra. Podemos detener a quienes capturemos en un campo de batalla sin ningún cargo o juicio pero no tenemos que procesar a los capturados como prisioneros de guerra. No tenemos que ofrecer un alojamiento igual ni cuidado a los prisioneros u ofrecerles medios de comunicación; por el contrario, podemos mantenerlos en secreto y en confinamiento solitario e interrogarlos por medios brutales que no llegan a ser – o tal vez no – la tortura más horrible.

El gobierno dice que los detenidos son criminales y no prisioneros de guerra pero tampoco acepta las restricciones del modelo penal. No se les permite a los prisioneros consultar abogados. No han sido acusados de delito que ellos podrían negar. Están detenidos sin indicación de cuándo, si algún día, quedarán en libertad. El anuncio de procedimientos para juzgarlos y tal vez para sentenciarlos a muerte, si y cuándo se les juzgará, se desestimaría como inconstitucional en juicios penales ordinarios en este país por cualquier delito, incluyendo los más triviales. Se rechaza la separación esencial entre la función judicial y el poder ejecutivo: deben juzgarlos sus acusadores y no pueden apelar ninguna sentencia, aún la pena de muerte, excepto ante los funcionarios que buscan matarlos.

Dado que ni el modelo tradicional de delito ni el de guerra se ajustan totalmente a la campaña contra el terrorismo, el gobierno asume que por lo tanto vale cualquier cosa, incluyendo la política de protección de los Estados Unidos absolutamente en primer lugar. Pero esta suposición carece de garantías y de principios. Los modelos de delito y guerra no son compromisos contractuales

o productos aleatorios de la historia; fueron creados por gente civilizada para permitir a las naciones civilizadas defenderse de los delitos y en la guerra mientras aún se respeta la igual importancia de toda vida humana. No es muy sorprendente que ninguno de los dos esquemas encaje totalmente con nuestra nueva situación porque esta nueva situación es genuinamente distinta a aquellas que esas naciones han enfrentado en el pasado, pero los derechos humanos básicos que los modelos tratan de proteger no han sido revocados. En vez de ello nos debemos preguntar qué otro esquema es apropiado para respetar esos derechos básicos mientras aún nos estamos defendiendo eficazmente contra una amenaza nueva y seria.

El proyecto crucial debe recurrir a abogados internacionalistas y penalistas, especialistas de la policía, analistas militares, historiadores, políticos y filósofos de distintas tradiciones y culturas. Debemos esperar que la reflexión, el debate y la experiencia brinden consenso sobre un modelo nuevo para el terror que algún día pueda codificarse en alguna nueva convención internacional. Sin embargo, mientras tanto, no podemos abandonar estos principios y por lo menos podemos hacer algo mejor que lo que ha hecho el gobierno de Bush al abandonar nuestros dos modelos tradicionales, como por ejemplo adaptarlos y combinarlos con base en principios. Respecto a la insuficiencia de los dos modelos como esquemas para luchar contra el terrorismo internacional: en la práctica estos son complementarios. El modelo de delito no es adecuado porque los medios que se permiten para prevenir futuros ataques terroristas desde bases extranjeras son poco realistas y las restricciones que impone sobre el descubrimiento y captura de presuntos terroristas en el extranjero serían aniquilantes. El modelo de guerra no es adecuado en sus restricciones con respecto a la acusación de presuntos terroristas después de que hayan sido capturados. Quienes son capturados pueden ser criminales que han cometido crímenes terribles, personas a quienes tenemos derecho de castigar y debemos hacerlo; sería absurdo procesarlos como soldados honorables que deben retornar a sus naciones.

No necesitamos retroceder a una política sin principios en donde la seguridad de los Estados Unidos debe estar en primer lugar frente a estas insuficiencias, sobre todo porque podemos adaptar y combinar los dos modelos. En primer lugar una nación persigue organizaciones terroristas internacionales que han hecho daño a sus ciudadanos por medio de acciones policiales, ya sea solos o en colaboración con unidades de policía internacional o extranjera, a menos que dicha acción policial sea o se vuelva inadecuada porque, por ejemplo, una organización terrorista controla su propio territorio de modo que ninguna operación de policía local logra encontrarla o está protegida contra esa operación por un gobierno local. En ese caso, una nación puede armar una campaña militar contra la organización, aún si debe invadir un país extranjero,

tal como Afganistán, cuyo régimen la está protegiendo. Luego, puede acatar las normas y privilegios de la guerra y también sus restricciones. Debemos confiar en nuestros líderes militares para determinar cuándo y si es apropiado bombardear los campos de entrenamiento y matar presuntos líderes terroristas sin avisar. Por supuesto nuestros líderes pueden cometer errores terribles, como lo puede hacer cualquier líder en cualquier guerra –como ya lo hicimos, por ejemplo, al bombardear la embajada china en Yugoslavia. Debemos insistir en que nuestros medios deben ser libres para informar tales errores y no tener compromisos con respecto a esa responsabilidad de parte de sus propietarios corporativos. Sin embargo, dada la amenaza de organizaciones internacionales poderosas como Al Qaeda, debemos otorgar a nuestro gobierno el poder para librar una guerra de esta forma.

Pero después de que una nación haya tomado prisioneros en una campaña como esa, ya sea por medio de captura en un campo de batalla extranjero o arrestándolos en casa o en alguna otra parte, debe seguir un protocolo distinto. Debe escoger, caso por caso, cuál de los dos modelos que he descrito desea seguir. En un tiempo razonable después de la captura –digamos, dos meses– se debe decidir si un prisionero debe tratarse como prisionero de guerra o como un presunto criminal. (Después el gobierno puede revisar su decisión si así lo requieren las nuevas evidencias). Esa decisión se debe hacer, no de conformidad con una lectura defensiva de las normas de las Convenciones de Ginebra, que fueron elaboradas teniendo en mente una guerra más convencional, pero sí en el espíritu de los principios que hay tras esas normas. Puesto que las organizaciones terroristas no tienen identidades o uniformes nacionales, por ejemplo, no puede ser decisivo para que un detenido sea un criminal en vez de un prisionero de guerra el hecho de que use uniforme. Si el gobierno decide tratar cualquier prisionero capturado en batalla como criminal y no como prisionero de guerra, su decisión la debe revisar un tribunal judicial como lo requieren las disposiciones de las Convenciones de Ginebra, aceptadas por casi todas las naciones civilizadas.

Esos detenidos que el gobierno designa como prisioneros de guerra deben tratarse de conformidad con las normas de las Convenciones de Ginebra aplicables en forma verosímil. Se les debe ofrecer el mismo alojamiento y la misma atención médica que se da a nuestras propias tropas, sin que se les sujete a interrogatorios coercitivos más allá de lo permitido y así sucesivamente. La norma en las Convenciones que dice que los prisioneros de guerra pueden permanecer detenidos hasta finalizar las hostilidades no se puede aplicar en forma verosímil en estas circunstancias, sin embargo, porque esa norma claramente presume la teoría de la guerra del estatus convencional: esas guerras comienzan y terminan por medio de actos formales particulares. Nuestra “guerra” contra el terrorismo no puede tener un final formal, es probable que dure por lo menos

una generación. Por lo tanto, el Congreso debe estipular un periodo máximo –digamos, tres años– durante el cual cualquiera designado como prisionero de guerra en la campaña contra el terrorismo se puede mantener como tal, aunque el Congreso mantendría el poder de extender el periodo, ya sea en casos particulares o en prórrogas generales de un periodo máximo estipulado, en una demostración de necesidad y después de un debate adecuado.

Por supuesto, quienes son clasificados por el gobierno como presuntos criminales no necesitan trato como prisioneros de guerra. Sin embargo, su proceso debe sujetarse a los procedimientos y protecciones ordinarios de nuestra práctica penal, recientemente modificada, de conformidad con su espíritu, según sea necesario adecuarse a circunstancias especiales. Se les debe informar de los cargos en su contra y darles acceso a los abogados y a los beneficios de cualquier proceso judicial inmediato practicable. Sin duda se necesitan normas especiales que definen ese proceso inmediato y cualquier juicio eventual. Tal vez el Congreso podría aprobar unos tribunales especializados para tales juicios en los Estados Unidos, en ejercicio de su poder ordinario para crear tribunales y definir su jurisdicción. Se necesitarían normas especiales para la evidencia que protejan la información de acceso restringido, aún a expensas de la normal transparencia de los procedimientos judiciales para el público. Tales normas se han empleado, como he dicho, en juicios a terroristas en tribunales federales ordinarios. Sin embargo cualquiera de dichas normas y procedimientos especiales tendrían que respetar la separación crucial entre el poder judicial y el poder ejecutivo. Cualquier tribunal especial creado por el Congreso debe sujetarse a la revisión de instancia de altos tribunales independientes de lo militar y de la rama ejecutiva. Excepto en casos de amenazas graves a la seguridad, demostrados ante un juez, la comunicación entre un terrorista acusado y su abogado debe ser secreta y privilegiada. Los casos específicos que he descrito detalladamente antes se pueden usar para ilustrar los requisitos de este modelo combinado y adaptado. El gobierno podría declarar a Moussaoui como prisionero de guerra citando que admitió su pertenencia a Al Qaeda. Luego podrían detenerlo sujeto a las condiciones de la Convención de Ginebra, aunque se requeriría ponerlo en libertad en el momento debido a menos que el Congreso específicamente hubiera autorizado su posterior detención. O podría continuar declarándolo un criminal y luego procesarlo y protegerlo según el derecho penal familiar, ajustado únicamente en lo que sea necesario, lo cual sin duda significaría que se le permitiría a sus abogados entrevistar a los líderes de Al Qaeda que tenemos bajo nuestra custodia. No es ilógico pedirle a nuestro gobierno que tome esta decisión. En casos domésticos ordinarios, a menudo los fiscales acusadores deben decidir si renuncian a la acusación de un sospechoso particular para no poner en peligro las investigaciones permanentes al revelar evidencia en el tribunal.

El gobierno se vería forzado a una escogencia similar con respecto a Padilla, Hamdi y los detenidos individuales de Guantánamo. Podría temer que no tiene suficiente evidencia para declarar culpable a Padilla de cualquier crimen en un tribunal penal ordinario. Si es así, deberá ponerlo en libertad o mostrar fundamentos para clasificarlo como prisionero de guerra a pesar del hecho que no fue arrestado en un campo de batalla extranjero sino en Chicago. Tal vez pueda probar una asociación suficiente con Al Qaeda o alguna otra organización terrorista para justificar esa designación. Si es así, lo debería detener, no incomunicado en confinamiento solitario en un calabozo militar, sino en circunstancias consistentes con el estatus de prisionero de guerra. El gobierno también debe hacer la misma escogencia con respecto a Hamdi. En realidad no se puede pedir a los funcionarios militares que prueben en el tribunal que cada persona capturada por ellos en el campo de batalla en un teatro de operaciones militares es efectivamente un soldado enemigo: los tribunales y la nación simplemente deben aceptar su palabra como militares. (No es poco realista, sin embargo, hacer una excepción en el caso de aquellos cuya presencia en el campo de batalla podría considerarse sorprendente, como ciudadanos estadounidenses). Pero aún si aceptamos que los tribunales no pueden reexaminar la captura de cualquier prisionero en el campo de batalla, no se desprende con facilidad que el gobierno podría encarcelar a alguien capturado como criminal, indefinidamente e incomunicado, sin evidencia de cualquier acto indebido más allá de una declaración simple e indocumentada del gobierno de que fue capturado en algún área donde opera el ejército. Si el gobierno procesa a Hamdi como criminal, debe permitirle el acceso a un abogado y las protecciones normales del proceso penal. Si no lo hace, entonces lo puede detener únicamente bajo el estatus diferente de un reconocido prisionero de guerra.

Los detenidos en Guantánamo también se retienen indefinidamente y en secreto, sin acceso a abogados, en circunstancias que serían intolerables aún si fueran criminales condenados. Sin embargo, no se les ha acusado ni se les ha dado la garantía de de una asesoría jurídica o de tener un proceso. Si los detenidos son prisioneros de guerra, deberán tratarse como tales. Si son presuntos criminales, deberán tratarse como tales. El gobierno debe escoger, nuevamente, no porque se requiere hacerlo así según los tratados, sino porque el no hacerlo viola el principio del valor igual.²²

6.

Debería recordarles que esta sugerencia de adaptar y combinar los modelos de delito y guerra busca únicamente ilustrar un esquema de lucha contra el terror sin sacrificar nuestra dignidad y orgullo nacional. Sin duda se pueden construir mejores esquemas, que pueden tomar puntos de partida más radicales a partir de los términos de ambos modelos, y uno de ellos podría algún día

tomar su lugar en el derecho internacional y en la práctica. Sin embargo, no debemos, en cualquier caso, continuar con la política del gobierno de Bush de la protección de los Estados Unidos absolutamente en primer lugar, sin importar cuán popular sea esta política.

También debería recordarles algo que no he dicho: mi posición central no es que ni la Constitución o el derecho internacional, interpretado apropiadamente, condena nuestro uso de la política de la seguridad ante todo. Pienso que ambos la condenan, pero sé que el juicio es discutible y en cualquier caso regresa a los temas morales subyacentes. Son esos temas morales subyacentes los que he querido tratar. A la historia no le importará quién tenía el mejor argumento legal. Sin embargo, le preocupará si se ha mantenido la confianza en nuestros destacados compromisos nacionales con la decencia, aún cuando sean criticados.

Tampoco afirmo que podemos renunciar a la política de la seguridad ante todo sin que nuestra seguridad tenga pérdida alguna. Como he dicho antes, muchos críticos piensan que la política ha sido contraproducente. Nuestras políticas generales, incluyendo nuestra aventura sin derecho en Irak hasta ahora dramáticamente fallida, socavaron la buena voluntad de nuestros amigos naturales, enfureció a quienes ya sospechaban de nosotros e incrementó el poder de nuestros enemigos naturales para reclutar soldados ideológicos ansiosos de morir para matarnos. Podría ser, como insisten estos críticos, que con la prudencia, como también con los principios, se obtendría un mayor respeto por los derechos humanos. Sin embargo eso es, estoy de acuerdo con ello, incierto, y voy a apelar ahora al principio y no a la prudencia.

Los derechos no tendrían ningún valor – y la idea de un derecho sería incomprensible – si el respeto por los derechos no significara algún riesgo. Podemos y debemos tratar de limitar esos riesgos, pero el riesgo permanecerá y bien podría ser que estaríamos marginalmente más seguros si nos armáramos de valor para no preocuparnos por los derechos humanos de todos los demás. También eso es cierto en la política nacional. La muerte violenta a manos de delinquentes es tan grave como la muerte violenta a manos de terroristas, pero

²² Este nuevo régimen de principio puede abrirse a excepciones en situaciones verdaderamente extraordinarias: casos, por ejemplo, en los que nuestros militares tienen alguna razón especial y urgente para que haya un interrogatorio coercitivo a un prisionero a quien no pueden acusar de buena fe de un delito y tratarlo como criminal. Sin embargo, en tales casos la amenaza que requiere ese tratamiento – el ejemplo proverbial de la bomba a punto de estallar y un prisionero que sabe donde está – será lo suficientemente grave e inminente para que la coerción se pueda justificar sin apelar a cualquier principio que pudiera justificar el imponer un daño grave por un beneficio marginal. En tal caso debemos aceptar que estamos actuando injustamente por necesidad y tratar de limitar la injusticia de cualquier forma posible. Véase mi anterior artículo sobre terrorismo en el NYRB.

cada día aceptamos un incremento marginal en el riesgo de la primera clase de muerte al insistir en los derechos de los criminales acusados, para poder mantener así la fe en nuestra propia humanidad. Por la misma razón crucial, también incurrimos en un incremento marginal del riesgo del segundo peligro. Por supuesto debemos agudizar nuestra vigilancia pero también debemos disciplinar nuestro temor. Nuestro gobierno dice que lo único que importa es nuestra propia seguridad. Esta es una pauta que causa vergüenza: somos más que eso y tenemos autorrespeto.