



¿Es apropiada la ponderación judicial en la lucha contra el terrorismo? Contrastando tiempos normales, emergencias y tiempos de tensión

Michel Rosenfeld *

Tema: Decidir si la ponderación judicial (*judicial balancing*) y el análisis de la proporcionalidad resultan apropiados en los casos que surgen de la lucha contra el terrorismo depende de si dicha guerra puede ser afrontada en condiciones normales o si exige el despliegue de poderes excepcionales, o si, por otro lado, exige un enfoque intermedio apropiado para situaciones de tensión. Para conseguir un equilibrio adecuado entre libertad y seguridad, la ponderación judicial en la guerra contra el terrorismo debe adaptarse para ajustarse a situaciones de tensión

Resumen: Algunos cuestionan lo apropiado de hacer uso de la ponderación judicial para alcanzar un equilibrio adecuado entre libertad y seguridad en el contexto de la guerra contra el terrorismo. Según una de las posturas, las necesidades de seguridad que surgen en la guerra contra el terrorismo justifican la imposición de poderes excepcionales y la concesión de poderes ejecutivos exclusivos para determinar cuándo, y hasta qué punto, deben restringirse las libertades para satisfacer las necesidades de seguridad. Esta postura no deja margen para la ponderación judicial en la guerra contra el terrorismo. En el otro extremo existe una postura que sostiene que la guerra contra el terror no justifica sacrificar las libertades a fin de defender los intereses de la seguridad. Según esta postura, no solo resulta apropiada la ponderación judicial, sino que debe operar del mismo modo que en períodos de normalidad. Una tercera postura adopta un enfoque intermedio entre las dos anteriores y sostiene que la guerra contra el terrorismo provoca unas condiciones especiales (una situación de tensión) que exigen ajustar el equilibrio entre libertad y seguridad. Dichos ajustes, no obstante, pueden lograrse plenamente mediante la ponderación judicial, siempre que se establezcan los paradigmas legales apropiados.

En 2004, los tribunales superiores de tres países distintos, Estados Unidos, el Reino Unido e Israel, pronunciaron sentencias en casos relativos a la guerra contra el terrorismo, y en los tres casos hicieron uso de la ponderación judicial. Debido a la incapacidad para decidir acerca de cuál era el paradigma legal apropiado, el tribunal estadounidense puso excesivo énfasis en la seguridad, el israelí excesivo énfasis en la libertad y el británico llegó al resultado correcto, debido más a circunstancias especiales que a un uso consecuente de la ponderación judicial. Un análisis crítico de estas sentencias revela cómo debería funcionar la ponderación judicial en tiempos de tensión

* Profesor de la cátedra Sydney L. Robins de Derechos Humanos, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nueva York, Estados Unidos

Análisis: Los períodos de tensión no son ni tiempos normales ni tiempos de crisis. En el contexto de una crisis, ya sea militar, económica, social o natural, el jefe de Gobierno puede tener derecho a declarar poderes excepcionales y suspender derechos constitucionales, incluyendo los derechos políticos. En una crisis de suma gravedad, el Gobierno se centra esencialmente en la supervivencia, y el resto de las preocupaciones y los objetivos políticos pasan a un segundo plano.¹ En cambio, en tiempos normales el Gobierno puede absorber rápidamente todo el impacto del toma y daca de la política diaria y deben protegerse al máximo posible los derechos constitucionales.

Los tiempos de tensión difieren de los de crisis, fundamentalmente, en términos de gravedad, intensidad y duración de las amenazas existentes en cada caso. Puede resultar difícil establecer la línea de separación, pero lo más probable es que una amenaza menos grave, menos intensa y más duradera dé lugar a tiempos de tensión y que una amenaza grave, intensa y concentrada y de duración relativamente corta provoque una crisis. Por ejemplo, lo probable es que una invasión militar del exterior o una insurrección generalizada a nivel interno provoquen una crisis. En cambio, el período posterior a los atentados terroristas contra la ciudad de Nueva York el 11 de septiembre de 2001, que puede implicar amenazas, hechos que se perciben como amenazas, la iniciación de una “guerra contra el terrorismo” librada principalmente en países lejanos y el arresto y la detención de posibles terroristas, pero ningún atentado más en Estados Unidos en el momento de redactarse este documento, ha producido tiempos de tensión más que de crisis.²

Se puede profundizar más en la distinción entre tiempos normales, tiempos de crisis y tiempos de tensión según una concepción pluralista del Gobierno, en la que la política se presenta como la continua confrontación entre el Yo y los otros. En un sistema de Gobierno pluralista compiten por el poder y por unos bienes políticos escasos distintos grupos (étnicos, religiosos o ideológicos) y distintos intereses. Dicha competencia, además, puede describirse como luchas entre el Yo y los otros. En tiempos normales, los conflictos entre el Yo y los otros no amenazan la unidad del sistema de Gobierno y encuentran solución, o al menos limitación, dentro del marco constitucional, institucional o político existente. Así, a pesar de que una serie de luchas relativas a la identidad individual o grupal y a la distribución de los beneficios y las cargas en el sistema de Gobierno dividen a la ciudadanía en una multiplicidad de Yos enfrentados a numerosos otros, el Yo común que liga a todos los ciudadanos a la unidad del sistema de Gobierno sigue unido y no muestra síntomas de desintegrarse. En tiempos normales, ni el Yo ni los otros estarán plenamente satisfechos con su suerte y probablemente lucharán de forma continuada por mejorar sus respectivas posiciones. No obstante, lo probable es que ninguno de ellos se sienta tan insatisfecho con respecto a su situación o al marco institucional existente para la resolución de conflictos como para querer apartarse del sistema de Gobierno.

¹ La concesión y duración de poderes excepcionales para casos de emergencia resultan problemáticos, no con respecto a su uso apropiado como medio de combatir amenazas para la vida del Gobierno sino con respecto al potencial de abuso en la invocación o la prolongación de dichos poderes. Véase Bruce Ackerman, *The Emergency Constitution*, 113 Yale L.J. 1029, 1040 (2004).

² Es importante, sin embargo, distinguir entre el período posterior a largo plazo y el efecto inmediato y las consecuencias a corto plazo de un atentado terrorista. Por ejemplo, los atentados del 11-S, que ocasionaron aproximadamente 3.000 muertos, y los días posteriores, en los que el pueblo estadounidense tuvo que hacer frente al *shock* de unos atentados repentinos e inesperados y a la posibilidad de futuros atentados inminentes, puede definirse bastante bien como un tiempo de crisis. El largo período de intranquilidad que siguió a esas primeras semanas, sin embargo, parece ajustarse mejor a la descripción de tiempo de tensión que a la de tiempo de crisis.

En cambio, los tiempos de crisis se producen cuando la identidad común o la misma vida del sistema de Gobierno se encuentra en peligro inminente. La causa de dicho peligro puede ser externa, como en el caso de una guerra externa, o interna, como en el caso de una guerra civil o una secesión violenta. En tiempos de crisis la concepción que tienen del bien el Yo o los otros está tan poco integrada o contenida en el sistema de Gobierno que cualquier posible solución institucional al conflicto existente entre el Yo y los otros les parecerá ampliamente insuficiente, insatisfactoria e injusta a uno de ellos o a los dos.

Los tiempos de tensión se sitúan en un punto intermedio entre los tiempos normales y los de crisis. En tiempos de tensión existe un menor grado de integración y acuerdo en la concepción del bien común. El Yo y los otros tienen menos tendencia que en tiempos normales a considerar justos o imparciales los procesos institucionales de resolución de conflictos. La identidad o unidad del Yo común que se supone une a los ciudadanos no se desintegra, pero sí se ve desestabilizada y sometida a diversas presiones. Mientras que una guerra convencional puede provocar una crisis, parece más probable que el terrorismo y la lucha contra el mismo originen tensión. De hecho, a diferencia de lo que ocurre con una invasión militar, lo más probable es que los actos terroristas sean esporádicos y generalizados, causando más daño psicológico que físico. Tener a terroristas ocultos entre la población del territorio resulta sin duda inquietante y puede conducir fácilmente a reacciones desproporcionadas, a una supresión excesiva de derechos fundamentales o a una exacerbación de los prejuicios étnicos o raciales de modo que determinados Yos y las concepciones del bien que comparten pueden verse cada vez más trastornados. En un momento dado, la erosión del consenso en torno a determinadas concepciones del bien puede llegar a ejercer una tensión cada vez mayor en la unidad funcional de la ciudadanía del Estado. En resumen, tanto la amenaza representada por el terrorista (ya sea extranjero o nacional) como los peligros planteados por una reacción desproporcionada pueden llegar a desgastar el aglutinante común que mantiene unido al sistema de Gobierno. Así, puede que los peligros que se ciernen sobre el horizonte en tiempos de tensión no sean de naturaleza muy distinta a los que aparecen en tiempos de crisis. No obstante, en tiempos de tensión estos peligros son notablemente menos inminentes y menos intensos.

Que la actual guerra contra el terrorismo da lugar a situaciones de tensión más que de crisis queda ilustrado en el fallo de Lord Hoffman en el Caso *A(FC)*, en el que afirmó que "(el Reino Unido) es una nación que ha sido puesta a prueba en la adversidad, que ha sobrevivido a la destrucción física y una pérdida catastrófica de vidas. No subestimo la capacidad de matar y destruir de los grupos terroristas fanáticos pero éstos no amenazan la vida de la nación. Había dudas sobre si sobreviviríamos a Hitler, pero no hay duda de que sobreviviremos a al-Qaeda. El pueblo español no ha dicho que lo que sucedió en Madrid, a pesar de lo espantoso del crimen, amenazara la vida de su nación, Su legendario orgullo no lo permitiría. La violencia terrorista, por muy grave que sea, no amenaza las instituciones de gobierno ni nuestra existencia como comunidad civil."³

Tanto los criminales ordinarios como los soldados de ejércitos extranjeros enemigos pueden suponer una amenaza para las vidas y la seguridad de los miembros de un sistema de Gobierno. Sin embargo, la ley trata a los sospechosos de haber cometido un delito de forma muy distinta a como trata a los soldados enemigos prisioneros. Tras su detención, los sospechosos de haber cometido un delito deben ser acusados, juzgados, declarados culpables y condenados antes de poder ser legalmente enviados a prisión durante un determinado período de tiempo. Además, en las democracias constitucionales, como por ejemplo Estados Unidos, a los acusados de un delito se les conceden determinados derechos categóricos protegidos constitucionalmente, tales

³ *A(FC)*, *et al. v. Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL56 (Cámara de los Lores), en par. 96 (Lord Hoffman, coincidente).

como el derecho a la no autoincriminación⁴, el derecho a asistencia letrada⁵ y el derecho a carear a los testigos que testifiquen contra ellos⁶ a fin de garantizar un mínimo aceptable de imparcialidad en el proceso. Dichos derechos, así como otras normas y protecciones, como la exigencia de que el Estado demuestre con argumentos la verdad de lo que defiende frente al acusado “fuera de toda duda razonable”, enmarcan el “paradigma del Derecho penal”.

En cambio, los soldados de ejércitos extranjeros enemigos que son capturados y que no estén violando las leyes de la guerra sólo pueden ser detenidos de acuerdo con las normas aplicables del Derecho internacional para evitar que sigan participando en el conflicto militar en el bando enemigo del captor.⁷ Estos prisioneros de guerra deben ser tratados humanamente, están obligados tan sólo a un interrogatorio mínimo claramente definido y deben ser puestos en libertad a la mayor brevedad posible una vez que hayan cesado las hostilidades.⁸ En resumen, estas y otras normas de obligado cumplimiento que establecen los límites legales para el trato otorgado a los prisioneros de guerra en el contexto de las hostilidades militares convencionales entre dos o más Estados-nación circunscriben el “paradigma del Derecho de la guerra”.

Además de requerir la neutralización de los delincuentes y los soldados extranjeros que luchan contra las fuerzas armadas de su país, la seguridad de la ciudadanía del sistema de Gobierno puede exigir mayores restricciones que afecten a la ciudadanía en su conjunto o a algunos grupos concretos dentro de ella. Por ejemplo, una ciudad asolada por la violencia de bandas juveniles puede aumentar la seguridad de sus habitantes imponiendo un toque de queda general o uno limitado a todos los residentes por debajo de una determinada edad. De forma más general, las necesidades especiales de seguridad derivadas de determinadas amenazas específicas (tales como las que suponen los terroristas, la propagación de enfermedades contagiosas mortales, una catástrofe natural, el crimen organizado, etc.) exigen medidas gubernamentales para la protección de la ciudadanía que seguramente afectarán a la protección o el ejercicio de determinados derechos fundamentales, tales como la libre circulación, la libertad de reunión, el derecho a la intimidad, etc. En estas circunstancias, el Estado constitucional debe intentar armonizar libertad y seguridad mediante un proceso de ponderación. Las bases legales-constitucionales de dicho proceso de ponderación, así como las normas legales específicas que éste origina dan forma al “paradigma de los poderes policiales”.

En su reacción inicial a los atentados del 11-S, la Administración Bush pareció no poder decidir si los actos terroristas habían sido actos de guerra de una red transnacional de terrorismo organizado auspiciada y respaldada por un Estado o actos delictivos de Osama Bin Laden y varias decenas de co-conspiradores.⁹ De forma similar, las resoluciones judiciales de Estados Unidos y el Reino Unido relativas a la guerra contra el terrorismo no parecen ser consecuentes en el modo de diferenciar delito y guerra. Es más, algunos de los jueces en cuestión trataron asuntos derivados de la guerra contra el terrorismo como si entrasen dentro del paradigma del Derecho penal mientras que otros lo hicieron como si éstos pudieran enmarcarse claramente dentro del paradigma del Derecho de la guerra. Ninguno de estos dos paradigmas resulta satisfactorio para la

⁴ Véase V. Enm. Const. EEUU.

⁵ *Id.*, Enm. VI.

⁶ *Id.*

⁷ Véase, en general, la Convención de Ginebra de 1949 relativo al trato debido a los prisioneros de guerra.

⁸ *Id.*, arts. 13, 17 y 118.

⁹ Cf. las observaciones de George Fletcher de que tras el 11 de septiembre de 2001 la Administración Bush no era capaz de decidir si los atentados de Nueva York eran un crimen colectivo de al-Qaeda y los talibanes, en cuyo caso una guerra era la respuesta adecuada, o el crimen individual de Osama Bin Laden y otros, en cuyo caso la acción correcta era el enjuiciamiento penal. *American Prospect*, 1 de enero de 2002, 26.

resolución de casos en que aparezcan enfrentados libertad y seguridad en el contexto de la guerra contra el terrorismo.

Por su parte, los dos casos israelíes tienen que ver con restricciones de las libertades entre la población civil de los territorios ocupados de Gaza y Cisjordania. Estas restricciones pretendían mejorar la seguridad de los ciudadanos israelíes frente a los atentados terroristas mediante operaciones militares tanto defensivas (la construcción de una barrera de separación que incluía muros, vallas, etc. en Cisjordania) como ofensivas (la persecución de terroristas y la destrucción de hogares para impedir la entrada en Gaza de armas de contrabando desde Egipto). Independientemente de que estas operaciones fueran de carácter militar y de que se llevaran a cabo en el contexto de la guerra contra el terror, el Tribunal Supremo israelí trató los dos casos sobre los que se pronunció como si encajasen en el paradigma de los poderes policiales. Como se explicará más abajo, este paradigma resulta insatisfactorio desde el punto de vista de alcanzar un equilibrio entre libertad y seguridad en el contexto del efecto que tienen las acciones militares en los civiles en el escenario de la guerra contra el terrorismo. En la última instancia, los tres paradigmas empleados en los seis casos en estudio presentan deficiencias en el contexto de la guerra contra el terrorismo, de ahí la exigencia de que se articule un nuevo paradigma, tal y como se defiende más abajo.

Un análisis de los seis casos en cuestión revela que la ponderación judicial estadounidense es demasiado escasa, que la israelí es demasiado amplia y que la británica resulta difícil de medir dado que en la resolución judicial de los casos relativos a la guerra contra el terrorismo resultaron cruciales otros factores.

Una diferencia importante entre las tres jurisdicciones tiene que ver con cómo cada una de ellas decidió enmarcar los asuntos derivados de la guerra contra el terror dentro de un paradigma concreto de entre los tres identificados anteriormente. Los jueces estadounidenses del Caso Hamdi¹⁰ (el único que contemplaba las peticiones de "enemigos combatientes" visto el fondo de la cuestión) se mostraron divididos, con distintas posturas legales, desde el paradigma del Derecho de guerra hasta el del Derecho penal. Puede decirse que donde mejor encaja, casi completamente, la posición de los cuatro jueces en la resolución de la mayoría de control es en el paradigma del Derecho de guerra (convencional). De hecho, la mayoría aceptó la legitimidad de la detención de combatientes enemigos por motivos de seguridad mientras continuasen las hostilidades. Su única concesión a la naturaleza no convencional de la guerra contra el terrorismo fue su reconocimiento de que, dada la inusual naturaleza del enemigo y la tremenda dificultad a la hora de precisar con exactitud el fin de dicha guerra, los riesgos de una detención errónea, y de que esta última pasase inadvertida, eran mucho más grandes que en el contexto de una guerra convencional. En consecuencia, la mayoría concluyó que los detenidos deberían tener derecho a cuestionar su detención. Pero puesto que dicha mayoría estaba trabajando fundamentalmente a partir de un paradigma de guerra, otorgaba un derecho a un debido proceso legal adecuado para un contexto de presuntas privaciones de libertad o propiedad en el ámbito del Derecho civil, pero no penal. Sin embargo, a quien considere que donde mejor encaja la detención de Hamdi durante dos años (que podía perfectamente haberse prolongado durante decenios) es en el paradigma del Derecho penal, probablemente le parezcan inadecuados y desproporcionados los derechos al debido proceso otorgados por dicha mayoría.

El tribunal israelí se percibió a sí mismo como fuertemente cimentado en un paradigma de guerra, y mostró bastante explícitamente que estaba aplicando el Derecho de guerra y ocupación beligerante en los dos casos sobre los que se pronunció (uno relativo a la valla

¹⁰ *Hamdi v. Rumsfeld*, 124 S. Ct. 2633 (2004).

de separación construida en Cisjordania¹¹ y el otro a una incursión militar en Gaza para frenar la entrada de armas de contrabando procedentes de Egipto¹²). A pesar de esto, el tribunal israelí en realidad trató con poca deferencia al ejército. Es más, aunque el tribunal especificó en ambos casos que las acciones militares que se juzgaban estaban dirigidas contra el terrorismo palestino, no parece figurar nada relativo a la guerra contra el terrorismo ni en el paradigma expresamente abrazado por el tribunal ni en los fallos en sí.

Existe una incongruencia entre la aplicación unánime por parte tribunal israelí del paradigma del Derecho de la guerra y su aparente infravaloración de los objetivos militares de seguridad en juego en ambos casos. Mientras que estos casos conciernen a los derechos e intereses de los civiles palestinos, el tribunal también subrayó que tanto en Gaza como en Cisjordania los terroristas a menudo se mezclaban con la población civil, lo que suponía una amenaza oculta constante e impredecible.¹³ En estas circunstancias, el infravalorar o el no mostrar suficiente deferencia a los objetivos militares de seguridad resulta desconcertante a menos que uno se plantee como hipótesis que junto con (o bajo) el paradigma de la guerra existe un paradigma diferente.

Este segundo paradigma es el paradigma de los poderes policiales. La Administración militar de ocupación israelí es verdaderamente el garante del orden público y los derechos en aquellas partes de los territorios ocupados que controla o a los que afecta sustancialmente. Desde el punto de vista de este segundo paradigma, además, las Fuerzas de Defensa Israelíes (FDI) están ejerciendo lo que equivale a poderes policiales con respecto a los civiles palestinos afectados por sus actividades en Gaza y Cisjordania. Al igual que cualquier Estado se responsabiliza de mantener el orden y proporcionar los servicios esenciales a sus ciudadanos, las FDI como ocupación militar tenían obligaciones similares de cara a los civiles palestinos sobre cuya vida ejercían un control sustancial.

Vistas desde la perspectiva del paradigma de los poderes policiales, el tribunal israelí debería haber considerado que la mayor parte de las demandas de los civiles palestinos en ambos casos¹⁴ requerían una ponderación entre lo que básicamente eran demandas relativas a los poderes policiales de las FDI¹⁵ y lo que eran demandas relativas a los derechos constitucionales de los civiles palestinos. De esta forma, el tribunal israelí estaría en la misma posición que cualquier tribunal que se enfrenta a casos de derechos constitucionales en los que existe un conflicto entre el ejercicio de los poderes policiales del Estado y la reivindicación de los derechos fundamentales individuales.

Los Lores miembros del tribunal de apelación de la Cámara de los Lores británica en el Caso *A (FC)*, de forma muy parecida al tribunal estadounidense, parecen posicionarse a medio camino entre el paradigma del Derecho de la guerra y el del Derecho penal. Aquellos Lores que acordaron que los terroristas amenazaban la vida del Reino Unido habrían aceptado sin duda la detención indefinida de los sospechosos de terrorismo si no

¹¹ *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel*, HCJ 2056/04 (2004).

¹² *Physicians for Human Rights v. Commander of the IDF Forces in the Gaza Strip*, HCJ 4764/04 (2004).

¹³ El objetivo de la barrera de separación era frenar el terrorismo, separando a la población palestina entre la cual los terroristas se ocultaban fácilmente de la población israelí contra la cual éstos dirigían sus acciones. Véase *Beit Sourik*, *supra*.

¹⁴ Las demandas derivadas directamente del combate militar, tales como las relativas a la evacuación de los heridos en los casos *Médicos por los derechos humanos*, par. 21 a 23, no encajan en el paradigma de los poderes policiales.

¹⁵ En una democracia, los poderes policiales se emplean para fomentar objetivos colectivos mayoritarios en origen. En una ocupación, en cambio, los fines colectivos no son mayoritarios, sino impuestos por el Derecho internacional. No obstante, en términos del contenido de dichos fines y de su choque con los derechos individuales, las dos situaciones son ampliamente equivalentes, de forma que el paradigma de los poderes policiales puede extenderse a ambas.

fuese por el hecho de que el Gobierno británico había optado por medidas claramente discriminatorias para lograr sus objetivos.

A diferencia de los casos estadounidenses, donde puede que se haya hecho un mal uso del paradigma del Derecho de guerra pero donde verdaderamente existía una guerra externa librándose en Afganistán, en el Reino Unido ese paradigma de guerra parece surgir fuera de contexto. No se conocía ninguna conexión entre los detenidos sospechosos de terrorismo en el Reino Unido y una guerra convencional, tan sólo una supuesta conexión con una red de terroristas vagamente y mal definida. Además, el paradigma de la guerra suele ser apropiado tan sólo en tiempos de crisis. En cambio, A (FC) pone en duda si la guerra británica contra el terrorismo está siendo librada en condiciones de crisis. Presuponiendo, de acuerdo con determinadas opiniones entre los Lores anteriormente mencionados, que no es así, ¿sigue entonces siendo apropiado el paradigma del Derecho de guerra?

Conclusiones: La ponderación judicial no debería eliminarse en los casos derivados de la guerra contra el terrorismo, pero debería estructurarse a fin de minimizar los resultados insatisfactorios. Además, las cuestiones legales derivadas de la guerra contra el terrorismo no encajan claramente en ninguno de los tres paradigmas legales existentes discutidos a lo largo de este documento. Según esto, parecería apropiado adoptar un nuevo paradigma, el “paradigma de la guerra contra el terrorismo”. Este nuevo paradigma incorpora aspectos de los otros tres pero reestructura la relación entre ellos. El paradigma de la guerra contra el terrorismo también da cuenta de las tensiones que enfrentan las situaciones de tensión con las de crisis.

El paradigma de la guerra contra el terrorismo se concibe como dinámico, en evolución y adaptación para adaptarse a las necesidades y los problemas de dicha guerra. Sus contornos quedan definidos por los cambios de contexto provocados por el terrorismo actual y por las reacciones que surgen en su contra. La guerra contra el terrorismo es en muchos aspectos distinta de la guerra convencional. Es distinta en términos del enemigo, de cómo se libra, de los peligros que supone y de su duración. Mientras que las guerras convencionales suelen tener una duración limitada, la guerra contra el terrorismo debe ser *concebida* como una guerra sin fin. Esto, a su vez, debería afectar profundamente al modo en que se conciben e institucionalizan los poderes excepcionales en el contexto de dicha guerra. En el contexto de una guerra convencional de duración limitada, los poderes excepcionales pueden concebirse e implementarse como medidas excepcionales temporales. En la guerra contra el terrorismo estas medidas excepcionales deben concebirse como permanentes, y en consecuencia es necesaria una ponderación distinta y más cuidadosa de los derechos y las libertades, una que se ajuste a las preocupaciones existentes en tiempos de tensión más que a las exigencias de los tiempos de crisis.

Por su misma naturaleza, el terrorismo pretende causar miedo, pánico e inseguridad hasta un punto a menudo desproporcionado con respecto al daño infligido o el peligro supuesto realmente.¹⁶ Aunque hay que reconocer que algunos de los actos terroristas imaginables, tales como bombas sucias o la contaminación química o biológica, podrían causar desastres masivos, lo más probable es que otros, tales como los atentados suicidas o los camiones bomba, sólo causen algunas decenas de víctimas, ciertamente una cifra inaceptable y que no debe tomarse a la ligera, pero verdaderamente mucho

¹⁶ Aun los planes que conllevan bombas sucias, el envenenamiento de los suministros de agua, las armas biológicas o químicas y otros horrores frecuentemente asociados al terrorismo no causarían ningún daño comparable al de una aniquilación nuclear mutua. Aun así, a pesar de lo aleatorio, arbitrario e impredecible del terrorismo, éste tiende a causar mayor pánico que la constante amenaza nuclear experimentada durante la Guerra Fría.

menor que la cifra de víctimas experimentada en las guerras convencionales.¹⁷ Es importante para las instituciones gubernamentales, incluyendo el sistema judicial, no dejarse influenciar por los posibles escenarios imaginarios más inquietantes sin investigar primero la viabilidad o probabilidad de determinados tipos de actos terroristas.¹⁸ De lo contrario, tanto la ponderación judicial como la interinstitucional se verán inevitablemente sesgadas.

Los casos israelíes subrayan la importancia de incluir elementos del paradigma de los poderes policiales en el paradigma de la guerra contra el terrorismo. Aunque es cierto que la situación israelí es única debido a su ocupación del territorio palestino, en la medida en que los problemas suscitados por la barrera de separación y aspectos de la ocupación militar de Gaza pueden ser considerados "internos" realmente, sus implicaciones son bastante trascendentales. De hecho, la guerra contra el terrorismo a menudo suele terminar exigiendo la imposición de restricciones y cargas a los propios ciudadanos de un país. Y a menudo, como en el caso de la comunidad árabe-americana de Estados Unidos tras el 11-S, dichas cargas terminan afectando de forma desproporcionada a unas minorías concretas.¹⁹ En consecuencia, resulta importante recordar que aun en países como Estados Unidos y el Reino Unido, donde el terrorismo no guarda conexión con una guerra convencional o una disputa fronteriza, la guerra contra el terrorismo no encaja sencillamente en los paradigmas del Derecho de la guerra y del Derecho penal.

Parece especialmente difícil sugerir modos de sortear el peligro de que el poder judicial se exceda en sus acciones. Está claro que las incursiones judiciales en la política y las acciones militares, aun cuando no estén absolutamente prohibidas, deberían producirse en muy contadas ocasiones. La intervención del tribunal israelí fue aparentemente inevitable al verse provocada por la necesidad de evitar dejar un vacío legal.²⁰ Sin embargo, en circunstancias distintas parece preferible limitar el alcance de la ponderación judicial ya sea mediante proceso administrativo, si son los militares quienes llevan a cabo las funciones de orden público, o mediante legislación, si son las autoridades civiles las que las llevan a cabo.

Algunas de las tareas necesarias para aproximarse cada vez más a unos resultados positivos es mejor dejarlas en manos de los legisladores. Otras pueden ser encomendadas a la ponderación judicial debidamente limitada dentro del paradigma de la guerra contra el terrorismo. Esto implicará inevitablemente un cierto grado de experimentación y criterio, para elegir entre los diversos caminos abiertos. Nos encontramos al inicio de este proceso y cabe esperar que el desarrollo del nuevo paradigma legal de la guerra contra el terrorismo proporcione herramientas útiles para hacer frente a estos nuevos desafíos, en constante cambio y siempre desalentadores.

Michel Rosenfeld

Profesor de la cátedra Sydney L. Robins de Derechos Humanos, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nueva York, Estados Unidos

¹⁷ En la Guerra de Yom Kipur, que duró 17 días, Israel sufrió 2.523 bajas (véase Meter Colon, *The Yom Kippur War: A Nation Caught by Surprise*, <http://www.foigm.org/IMG/yymkippr.htm>), frente a las 900 que sufrió como consecuencia del terrorismo de 2000 a abril de 2004.

¹⁸ Véase *Chemical, Biological, Radiological and Nuclear (BRN) Terrorism*, The Wednesday Report, <http://www.thewednesdayreport.com/twr/CBRN.htm> (donde se establece que el escenario generalizado con envenenamiento de los suministros de agua de una de las principales zonas metropolitanas no parece muy viable y que el uso de muchos agentes químicos o biológicos dependería de que se produjera con éxito una combinación perfecta de diversas condiciones atmosféricas).

¹⁹ Véase, p. ej., *Muslims, Arabs Bracing for Discrimination*, Religion Link, 24 de febrero de 2003.

²⁰ De hecho, en ausencia de intervención por parte de los tribunales israelíes, los civiles palestinos que quisieran interponer una demanda no dispondrían, a efectos prácticos, de ningún recurso legal ante las violaciones de sus derechos humanos.