

Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional?*

The Constitutions of Democratic States – Suitable weapons in the fight against international terrorism?

*Cristian A. Zamorano Guzmán***

Recibido: 17/03/2014

Aprobado: 06/01/2015

Disponible en línea: 01/05/2015

Resumen

Este artículo propone una presentación no exhaustiva de las diferentes maneras de cómo es abordado el fenómeno terrorista por las disposiciones de las Cartas Magnas, esencialmente europeas y americanas, de diferentes ordenamientos jurídicos mencionando igualmente el caso chileno. Frente a la (re)aparición de un terrorismo internacional, la problemática que se trata de plantear y resolver acá es de saber hasta dónde se puede prevalecer el principio de seguridad pública sobre el respeto y la defensa de los derechos y libertades individuales, este conjunto de principios siendo por esencia inherentes al contenido de una Constitución de

Abstract

This article proposes a short presentation of how the terrorist phenomenon is handled by different Constitutions, in Europe and America, and specifically in Chile. The main goal of this article will be to try understanding, given the (re)appearance of terrorism at an international level, how public safety can be maintained and if it should prevail over individual liberties, and over their defense and respect; given that those liberties are the basis of the constitution of any country that pretends to be democratic. As part of this strength battle, it will also be interesting to see if a “democratic” constitution is a fit weapon to fight against international terrorism, or if it is

doi:10.11144/Javeriana.papo20-1.ceda

* [Pendiente tipo de artículo]

** Doctor y Máster en Ciencias Políticas de la Universidad de la Sorbonne-Nouvelle Paris III; Magíster en Relaciones Internacionales ILERI-ILECI, Paris XVI; Licenciado en Derecho, Universidad de Angers, Francia; profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional; Universidad de Antofagasta, Chile. Correo electrónico: cristian.zamorano@uantof.cl



un Estado que se reivindica democrático. En el marco de esta correlación de fuerza, se tratará igualmente de responder a la pregunta, si una Constitución “democrática” es un arma eficaz de lucha contra el terrorismo internacional o si se trata de alejarse del espíritu de esta para poder combatirlo eficientemente.

necessary to step back from those texts in order to fight terrorism efficiently.

Palabras clave:

constitución; terrorismo; derechos cívicos; libertades fundamentales

Keywords:

constitution; terrorism; civil rights; fundamental liberties

Cómo citar este artículo:

Zamorano Guzmán, C. A. (2015). Las “Constituciones” de los Estados democráticos, ¿armas eficaces en el marco de la lucha contra el terrorismo internacional? *Papel Político*, 20(1), 211-234. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.papo20-1.ceda>

Durante la tercera conmemoración de los atentados que, en Madrid, afectaron la estación de Atocha el 11 de marzo de 2004, Francisco Camps, el Presidente de la Generalitat de Valencia, indicó que: "la Constitución es el único instrumento para erradicar definitivamente toda actividad terrorista" (Camps, 2007, marzo 11). Aunque la observación se refiera en primer lugar a España, esta resume de algún modo la problemática a la cual se enfrentan las sociedades democráticas modernas: ¿Cómo luchar eficazmente contra el terrorismo sin traicionar sus propios valores fundamentales?

Este desafío nos reenvía a la eterna problemática de la "balanza" y la búsqueda de equilibrio entre libertad y seguridad. Teóricamente, en un inicio, en lo que concierne a los *contractualistas*, Thomas Hobbes al fundir la sociedad sobre la base del sacrificio de la libertad individual a cambio de la seguridad, había permitido destacar la importancia capital de la seguridad. Esta constituye el bien político "más fundamental" (Garapón, 2006, p. 125), puesto que a falta del mantenimiento del orden público, reinaría entonces la ley del más fuerte, poniendo así en entredicho el ejercicio concreto de las libertades (Morange, 1995, p. 91).

Sin embargo, conviene preguntarse ¿la protección de la seguridad puede realmente justificar restricciones masivas a las libertades fundamentales? ¿El proverbio *salus populi suprema lex* siempre se impone sistemáticamente? El filósofo Ronald Dworkin (2002, p. 15) señala que según el juez norteamericano Robert Jackson, la primacía de la seguridad es tal que las declaraciones de derechos contenidas en las constituciones no pueden de ningún modo constituir un obstáculo a la destrucción de las distintas amenazas al orden público. Este análisis basado en la superioridad de la urgencia de la seguridad hace necesariamente eco al concepto de "guerra justa" desarrollado por Carl Schmitt.

Según el controvertido teórico alemán, el concepto de "guerra justa" basado en una "justa causa" puede alegarse para legitimar un "derecho a la urgencia" superior al derecho positivo (Monod, 2006, pp. 173-193). En el marco de esta lucha contra "enemigos injustos", las normas de procedimiento se consideran entonces como una desventaja y solo un reflejo de "autoinmunización" (Derrida, 2003), –noción desarrollada por Jacques Derrida (2003)– permite restaurar la seguridad.

Sin embargo, desde Hobbes, la naturaleza del "Leviatán" ha cambiado. A raíz del constitucionalismo y del reconocimiento de los derechos fundamentales, esencialmente desde la Segunda Guerra Mundial, la balanza entre libertad y seguridad se ha reequilibrado relativamente. Las libertades fundamentales ya no se conciben como un simple objeto de transacción sino como un acervo irrefragable.

¿El tratamiento de la amenaza internacional terrorista pondría de nuevo en entredicho este equilibrio?

Una respuesta negativa se impone naturalmente, ya que en el caso contrario, las libertades se destruirían y los terroristas habrían logrado entonces sus metas nihilistas,

es decir, una destrucción total y aparentemente purificadora según algunos iluminados, la obtención absoluta del monopolio de la negociación. Existe una obligación (moral, ética) para los Estados de Derecho democráticos de combatir este fenómeno terrorista con instrumentos jurídicos conforme a sus principios fundamentales y más concretamente a sus textos fundadores: las Constituciones. Y esto por la simple razón que es lo que nos caracteriza. Y, por ende, nos distingue.

Paradójicamente, la utilización de una Constitución como medio de lucha contra el terrorismo parece a primera vista sorprendente, esencialmente porque “Constitución” y “terrorismo” son dos términos a priori antinómicos.

El terrorismo se opone radicalmente a la idea de “Constitución” puesto que contempla el cuestionamiento y el derrumbe del orden político establecido (Ascensio, 2004, p. 272). El terrorismo es irreconciliable con el hecho de vivir de una manera civilizada en una sociedad y es en eso que es intrínsecamente ilícito e inconstitucional. Además, se admite que el terrorismo está incluido aún más en la esfera política que en la esfera jurídica, ya que “los conceptos y la jurisprudencia resbalan [...] sobre esta forma de violencia” (Thuillier, 2004, p. 37).

Sin embargo, a raíz de la aparición de un terrorismo mundial (más bien globalizado a pesar de que el llamado terrorismo internacional siempre ha existido) o para emplear la expresión “schmittianna” a raíz de la transformación de un “partisano telúrico” en un “partisano motorizado” (Schmitt, 1972), parecería que una determinada forma de conciliación entre estos dos términos esté prevista por los Estados, la cual se concretaría, con la constitucionalización del terrorismo, como lo atestigua, por ejemplo, la revisión constitucional portuguesa de 2001 (Pereira, 2002, pp. 305-318). La utilización de disposiciones constitucionales para luchar contra el terrorismo puede aparecer como un medio eficaz para hacer frente a esta amenaza.

Este interés por el Derecho constitucional puede explicarse, en particular, por la conexión que se establece entre el Derecho nacional y el Derecho internacional y del vínculo extremadamente tenue que mantienen actualmente seguridad interior y seguridad exterior. Parecería que el Derecho interno sea más eficaz en el marco de la lucha antiterrorista que el Derecho internacional clásico.

Como lo confirman numerosos especialistas, el Derecho internacional, tal como se presenta actualmente, no ofrece una respuesta satisfactoria, a pesar de que desde 1945 la cantidad de normas jurídicas en este ámbito haya aumentado. Por ejemplo, el derecho de la guerra no es plenamente operativo, puesto que “la guerra convencional pasa al segundo plano” (Monod, 2006, p. 173). Además, los órganos jurisdiccionales internacionales contribuyen solo marginalmente a la represión del terrorismo (Ascensio, 2004, pp. 272-276). De hecho, la responsabilidad de los Estados de asumir tal riesgo fue confirmada por la exclusión de la lucha contra el terrorismo del estatuto del Tribunal Penal Internacional. Este relativo desinterés del Derecho internacional clásico para las actividades terroristas no se

percibe como negativo para muchos juristas. Por ejemplo, para Hervé Ascencio, "el alza" de juicios de terroristas a nivel internacional llevaría en ella un inconveniente fundamental, que sería "colocar la violencia oficial y la violencia privada en el mismo plano" (Ascencio, 2004, pp. 272-276). Por lo tanto, la llegada de un terrorismo internacional parece, de manera sorprendente, señalar la vuelta del modelo westfaliano, y por consecuencia, la utilización "masiva" de las normas internas, en particular, la norma constitucional.

Después de la elección de algunos países de pasar por el Derecho constitucional para luchar contra el terrorismo, conviene ahora preguntarse sobre lo adecuado de tal elección, una "Constitución" ¿es realmente una herramienta eficaz para luchar contra el terrorismo? Es decir, de manera más precisa: ¿la Constitución permite encontrar un justo equilibrio entre la necesidad de asegurarse contra los riesgos terroristas y la exigencia del respeto de los derechos y libertades fundamentales; incluidas las de los mismos terroristas? Trataremos en este estudio de tomar en consideración diferentes elementos recogidos en el ámbito del derecho comparado, actuales y pasados, y de responder a esta problemática, obviando intencionalmente el caso de Colombia, aunque siendo un objeto de estudio en sí, de agudas investigaciones, de hecho ya existen numerosas; lo que se pretende acá es entregar humildemente al lector o al ciudadano o jurista de un país que conoce dicha problemática, desafortunadamente, de manera casi cotidiana, diferentes puntos de comparación.

La Constitución: ¿un arma eficaz para garantizar la seguridad de los ciudadanos?

En respuesta a la amenaza terrorista latente, el análisis de las distintas experiencias permite constatar la aparición de una nueva tendencia: la de un mayor tratamiento del terrorismo por las constituciones nacionales. No obstante, no se generaliza esta tendencia. En efecto, la gran mayoría de los países se enfrentan al terrorismo sin pasar directamente por el texto constitucional, esencialmente a causa del silencio de su Constitución, pero también, debido a la ineficacia del texto constitucional para asumir tal función.

El tratamiento del terrorismo por las constituciones

La constitucionalización del terrorismo

¿La constitucionalización del terrorismo estaría en marcha? Por el momento, sería difícil poder afirmarlo, pero algunos elementos permiten pensar que se trabaja en ese sentido.

Ciertamente, ninguna Constitución define el terrorismo. Sin embargo, una serie de recientes constituciones mencionan directa y explícitamente la palabra "terrorismo", pero de manera bastante diferente. Dos vías parecen entonces dibujarse: algunas democracias tienen por objeto esencialmente constitucionalizar la sanción asignada a las personas acusadas de terrorismo, mientras que otras pretenden precisar el contexto en el cual debe inscribirse la lucha preventiva.

Por lo que se refiere a la constitucionalización de la sanción, dos países pueden ser citados. En primer lugar, el caso de Chile y el artículo 9 de su Constitución de 1980 (Cea Egaña, 2001, pp. 261-276). La mención del terrorismo en el texto constitucional chileno es una novedad de la Constitución de 1980, redactada bajo el régimen militar de Augusto Pinochet y aún vigente. El objetivo de esta disposición es condenar constitucionalmente el terrorismo a causa de su oposición radical a los derechos fundamentales. En este marco, la Constitución fija una lista, no exhaustiva, de sanciones relativamente duras. Así, una persona acusada de terrorismo podría, durante una duración de 15 años, verse impedida de asumir una serie de cargos (públicos o privados), o incluso, antes de la abolición de esta a inicio de la primera década del siglo XXI, podía ser condenado a la pena de muerte. Por otra parte, desde su origen, el texto constitucional indica desear precisar en una ley posterior la naturaleza de la infracción terrorista, fijándose como misión sancionar seriamente esta. La ley antiterrorista¹ será dictada el año 1984, en plena dictadura militar y reformada en 2005, incorporando la figura de financiamiento del terrorismo, y es una de las más duras que contempla la legislación chilena, pues agrava considerablemente las penas a ciertos delitos y establece condiciones especiales para la investigación de los mismos, facultando por ejemplo, al ente persecutor y al Juez de Garantía para limitar ciertas garantías constitucionales, principalmente, las establecidas en el artículo 19 n.º 3 de la Constitución y que disponen relación con el debido proceso, tales como la existencia de un procedimiento y una investigación racional y justa, y que no se pueda establecer una pena sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en la ley.

Conviene aquí hacer un pequeño paréntesis, para indicar que doctrinariamente, la creación de estos tipos penales amplios y subjetivos relativos principalmente a delitos terroristas, se relaciona con la noción del “derecho penal del enemigo”. Esta noción, principalmente basada en la obra del autor alemán Günter Jakobs (1997), supone la configuración y vigencia de secciones del Derecho penal inspiradas en paradigmas diversos. El primero de ellos, el “Derecho penal del ciudadano”, que define y sanciona delitos, o infracciones de normas, cometidos por ciudadanos de un modo incidental y que normalmente son la simple expresión de un abuso por los mismos de las relaciones sociales en que participan desde su estatus de ciudadanos, es decir, en su condición de sujetos vinculados al Derecho. El otro, el “Derecho penal del enemigo”, configura y castiga actos de aquellos que habrían sido cometidos por individuos que en su actitud, en su vida económica o mediante su incorporación a una organización, se han apartado del Derecho, presumiblemente de un modo duradero y no solo de manera incidental, y por ello, no garantizan la mínima seguridad de un comportamiento personal y demostrarían este déficit por medio de su comportamiento.

¹ Ley 18.314, ver http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/ley-antiterrorista

Esta noción de Derecho penal del enemigo entonces, fundamenta la utilización de elementos subjetivos en tipos penales, que restringen garantías constitucionales y que pueden utilizarse en contra de ciertas personas, consideradas "enemigos" a la sociedad, puesto que se han apartado del derecho en forma permanente y que por ello no son considerados ciudadanos comunes y corrientes. De algún modo, la ley antiterrorista chilena aplica esa concepción doctrinal.

La postura española es diferente, puesto que ella tiene por objeto principal constitucionalizar los métodos de lucha preventiva contra los ataques terroristas.

Por razones históricas, la Constitución española es probablemente uno de los primeros textos que prevé de manera explícita el fenómeno terrorista. Sin embargo, la particularidad del texto ibérico no se reduce a esta sola precisión. Así, España deseó consagrar constitucionalmente la lucha preventiva, en el artículo 55-2, más que de limitarse a una enumeración de sanciones. El texto dispone que "una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos (fundamentales) reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas". Esta solución presenta grandes ventajas, puesto que fija al legislador un marco estable en el cual actuar: no podrá hacerlo sino a través del voto de una ley orgánica y no podrá afectar sino una lista de derechos claramente establecidos, permitiendo así, por una parte, la garantía de una determinada seguridad para los ciudadanos y, por otra, facilitar la tarea del juez constitucional.

Estos ejemplos de constitucionalización no son los únicos, pero son los más significativos, mencionando el ejemplo portugués, que se sitúa en una posición intermedia puesto que el texto constitucional tiene por objeto tratar a la vez las modalidades de juicio de las personas acusadas de terrorismo (actual artículo 207-1) como mejorar la lucha antiterrorista facilitando las condiciones de entrada de las fuerzas públicas en los domicilios (artículo 34-3).

Sin embargo, los casos de constitucionalización del terrorismo son muy poco numerosos. En los hechos, la lucha contra el terrorismo pasa más bien por el establecimiento de disposiciones constitucionales de otro tipo, de otra naturaleza, de otra índole: aquellas que encuadran los regímenes de excepción.

La utilización de los regímenes de excepción mencionados en la Constitución

Aunque en numerosas constituciones, el término "terrorismo" no esté mencionado directamente, existen en estas Cartas Magnas herramientas excepcionales para actuar en caso de ataques terroristas. Generalmente, se establecen "regímenes excepcionales de crisis", en los cuales, las garantías constitucionales subsisten pero se reducen al

“*mínimum*” para tener como objetivo último restaurar el orden en el Estado. Así, en caso de circunstancias excepcionales, el texto constitucional hace voluntariamente inclinar la “balanza” en favor de la seguridad, sin por eso hacerlo oscilar. Estos regímenes, llamados según los países, “estado de urgencia”, “de crisis”, “de sitio”, “de necesidad” [...], no tratan directamente del terrorismo, pero, un simple atentado o una serie de atentados justificarían su estricta aplicación.

Por ejemplo, en caso de ataques terroristas, el Presidente de la República francesa podrá hacer uso de los poderes excepcionales previstos en el artículo 16 de la Constitución de 1958 (Renoux, 2004, pp. 195-244). Este régimen permite entregar de manera temporal la totalidad de las prerrogativas normativas y legislativas al jefe del Estado. El país galo dispone también del artículo 36 relativo al “*l’Etat de siège*”, el “Estado de sitio”, que permite sustituir a las autoridades civiles el poder de policía en favor de las autoridades militares, pero, solamente, en caso de peligro inminente que resulta de una guerra o de una insurrección armada.

La ley fundamental alemana prevé igualmente mecanismos de protección de la integridad del orden constitucional (Grewe y Sommermann, 2002, pp. 71-90). Por ejemplo, la lucha antiterrorista podría, entre otras cosas, validar la limitación de algunos derechos fundamentales, o dar lugar a la caducidad de algunos otros. Además, un ataque terrorista podría justificar la instauración de las disposiciones relativas al “Estado de necesidad interior y exterior”, definido en los artículos 91 y 115a de la Ley fundamental. Sin embargo, para garantizar la aplicabilidad de estas medidas, algunos hombres políticos, como el exministro de Interior Wolfgang Schäuble (Bocev, 2007; De Corbiere, 2007), proponen redefinir el “Estado de necesidad” con el fin de incluir explícitamente el terrorismo.

Así, numerosas constituciones prevén un marco jurídico particular para administrar las situaciones de crisis. ¿Estas disposiciones son realmente eficaces? O, como lo formula perfectamente Marc-Olivier Padis: “¿El *Estado de excepción* es el nuevo término que define la lucha antiterrorista?” (Padis, 2006, p. 69).

La utilidad teórica de este tipo de disposiciones es cierta. Como lo recuerda Bruce Ackerman, estas disposiciones excepcionales permiten –antes de todo y sobre todo– “impedir a nuestros dirigentes explotar los pánicos futuros” (Ackerman, 2006, p. 151), fijando un marco jurídico que reduce ostensiblemente los riesgos de arbitrariedad. Innegablemente, el Estado de Derecho gana al oficializar estos Estados de excepción.

Sin embargo, la utilidad de estos regímenes no es sistemática.

Algunas disposiciones pueden difícilmente utilizarse en el contexto presente. Esta observación concierne esencialmente a todas las que crean un régimen específico exclusivamente durante un periodo de guerra. Ciertamente, algunos dirigentes políticos asimilan la lucha contra el terrorismo a una guerra, basándose, en particular, en la Resolución 1368 del 12 de septiembre de 2001 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (Grewe

y Sommermann, 2002, p. 74). Sin embargo, jurídicamente, esta posición es frágil ya que en el marco de un terrorismo mundializado, no existe una o varias naciones claramente, y sobretodo oficialmente, enemigas. No son a los Estados "en sí" a quienes se debe enfrentar, sino a grupos "a-territoriales" que ponen en peligro la seguridad de los Estados en su configuración clásica. Por lo tanto, la utilización de toda disposición constitucional que modifica la distribución de las competencias en tiempo de guerra es jurídicamente, y podríamos decir lógicamente, cuestionable en el marco de la lucha contra el terrorismo.

Además como lo precisó Bruce Ackerman, existe una "distinción radical entre las crisis "existenciales" del siglo XX y las amenazas terroristas, sin dudas recurrentes, del siglo XXI" (Ackerman, 2006, p. 155). Sin lugar a duda, los terroristas representan una amenaza para la soberanía de los Estados, pero esta amenaza no tiene por objeto instalar directamente un poder extranjero a la cabeza del Estado u operar un verdadero golpe de Estado, tal como se definían al final del siglo XX. Si un ataque terrorista vendría a afectar a Francia, se podría cuestionar la real operatividad de los artículos 16 o 36 mencionados más arriba (Renoux, 2004, p. 205), sus verdaderas adecuaciones a la situación.

Por fin, la utilización generalizada de los regímenes de excepción plantea *per se* algunos problemas. A causa del carácter permanente de la amenaza terrorista, su utilidad es muy relativa a menos que la excepción tienda a convertirse entonces en la norma, como parecía ser el caso en Egipto, por ejemplo (Salaün, 2006), antes del fenómeno de la 'primavera árabe' que conoció ese país en 2011 y que desembocó en un cambio institucional.

Egipto sufría, y sigue sufriendo a pesar de la transición democrática que vivió en 2012 de numerosos ataques terroristas. La amplitud de la masacre de Luxor había justificado en su tiempo el establecimiento del "Estado de emergencia". Ahora, desde 1997 hasta la caída del régimen de Hosni Mubarak, este régimen de excepción no había tenido interrupción ninguna. A pesar de que durante su campaña presidencial, Hosni Mubarak, se había comprometido a sustituir a este Estado de emergencia una legislación antiterrorista, esto no tuvo lugar y, el Parlamento de Egipto, en mayo de 2006, prorrogó dicha situación jurídica. Uno podría pensar que las finalidades de esos "Estados de emergencia" no conciernen solamente la lucha antiterrorista, pero, tienen igualmente algo que ver con una conveniente centralización del poder por el que se encuentra a la cabeza del Estado. El decisionismo schmittiano en todo su esplendor.

Esas múltiples prórrogas eran por naturaleza cuestionables ya que, por una parte, faltaban hechos para justificarlas, puesto que, entre la masacre de 1997 y los atentados de Taba, en octubre de 2004, no hubo ataques terroristas en Egipto. Por otro lado, estas prórrogas acreditan por ellas mismas sus ineficiencias ya que en principio debían erradicar las amenazas terroristas en el territorio egipcio, lo que desafortunadamente no ocurrió.

A partir de este postulado, sería entonces necesario pensar en la creación de regímenes de excepción mucho más especializados, que adaptarían los poderes en función

de los factores que desencadenan las crisis, como lo recomienda sabiamente Bruce Ackerman (2006, pp. 150-164). La especificidad del terrorismo mundial induce a la creación de nuevos poderes estatales al igual que a imponerles nuevos límites. Esta eventual evolución permitiría incluir una determinada responsabilidad, por parte de las constituciones, en el tratamiento de la amenaza terrorista.

La Constitución: ¿Una herramienta relativamente poco utilizada, ya que poco útil?

El silencio de algunas constituciones

La mayoría de las constituciones actualmente en vigor no mencionan el “terrorismo” en su texto y los ejemplos son demasiados numerosos como elocuentes: Suiza, Francia, Estados Unidos, Italia, Japón [...]. Este fenómeno no es en sí especialmente sorprendente dado el carácter relativamente marginal del terrorismo en comparación con otras formas de violencia. Incluso, numerosas constituciones no disponen de artículos consagrados a los llamados “régimenes de excepción”. Esta doble observación viene a matizar la tesis de la necesaria constitucionalización de la lucha contra el terrorismo.

En efecto, un ejemplo interesante de este tipo de “Constitución silenciosa” nos ha sido entregado por la Constitución belga. Como lo resumen perfectamente Delpérée y Verdussen (2002), esta Constitución parece fundarse en un “postulado de confianza” (Delpérée y Verdussen, 2002, pp. 91-110), basado en la idea según la cual, la Constitución se hace para un pueblo feliz y sin historia, negándose por lo tanto, a toda “cláusula de extraconstitucionalidad”. El artículo 187 es lapidario: “La Constitución no puede suspenderse ni en totalidad ni en parcialidad”; sean cuales sean los tipos de problemas encontrados, las autoridades públicas están a cargo de aplicar todas las disposiciones incluidas en la Constitución.

Sin embargo, aunque algunos textos constitucionales no mencionan la existencia de régimenes de excepción, eso no significa que los prohíben. De esta manera, en ausencia de disposición constitucional explícita, algunos Estados se basan en una habilitación implícita de la Constitución para poder actuar contra el terrorismo, corriendo el riesgo de dar nacimiento a peligrosas formas de arbitrariedad.

Esta es la solución actualmente adoptada por los Estados Unidos, que no disponen de régimen de excepción claramente inscrito en su Constitución, pues solamente está prevista la situación de guerra (Vroom, 2002, pp. 161-193). Esta ausencia de consagración constitucional de los régimenes de excepción está vinculada a la concepción americana de este tipo de régimen, que la relaciona más con el *common law* que con las funciones constitucionales (Scheppele, s.f.: 214). Se admite que la Constitución americana concede implícitamente al Congreso (por el apartado 9 del artículo 1) el poder de tomar medidas para restaurar el orden, como la suspensión del *writ d'habeas corpus*, o de declarar la

ley marcial, como fue el caso en los jóvenes años de este país (Dworkin, 2002, p. 11). En el marco de la amenaza actual, el método elegido por las autoridades americanas integra la misma lógica. Así, tres días después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, el presidente G.W. Bush declaró el Estado de "emergencia nacional" (*Nacional Emergency*) y alegó distintos poderes legislativos especiales, votados por el Congreso, en el *USA Patriot Act*, el cual se votó el 25 de octubre de 2001 con apenas un voto en contra en el Senado y 66 en la Cámara de los Representantes. Los distintos textos legislativos y reglamentarios tomados en el marco de la lucha antiterrorista no se basan en una habilitación constitucional explícita, sino en lo que los autores llaman la doctrina del "*Unitary Executive*"² (Monod, 2006, p. 192; Walker, 2007, p. 429) que justifica poderes excepcionales del presidente como jefe de los ejércitos. De esta competencia implícita se deriva la creación de los tribunales militares, establecidos, en particular, por el *Military Orders* de 2001.

Sin embargo, la validez de esta teoría de la habilitación implícita fue puesta relativamente en entredicho por el Tribunal Supremo, a raíz del caso "Hamdan vs. Rumsfeld" del 29 de junio de 2006. En efecto, en esta decisión, 3 de 5 jueces consideraron que los tribunales militares no estaban autorizados, ni por una ley federal ni exigidos por una necesidad militar. Por esta razón, el poder ejecutivo tiene límites en la materia. Debe imperativamente respetar el objetivo último de la habilitación: solamente las medidas necesarias para la restauración del orden son autorizadas, como fue recordado por el Tribunal Supremo.

Con estos ejemplos, es posible constatar que, aunque por sus formas el terrorismo es un fenómeno antiguo, su aparición en las normas constitucionales es excepcional, al igual que los medios constitucionales de lucha contra tales amenazas.

La insuficiencia de las medidas constitucionales en favor de las medidas legislativas

El hecho de que algunas constituciones no mencionen el terrorismo, o no prevén regímenes específicos que deben utilizarse en caso de grave crisis, nos incita a preguntarnos sobre la utilidad de tales procedimientos.

Hay que reconocer que la inscripción dentro de la Constitución del término "terrorismo" plantea algunos problemas y existen autores que incluso rechazan la calificación como normas constitucionales de tales disposiciones.

Por ejemplo en Chile, Ruiz-Tagle Vial (2006, pp. 279-295) se interroga sobre la utilidad de este tipo de calificación en la Constitución chilena, no solamente porque Chile no es un país directa o indirectamente, real o ficticiamente, afectado por el terrorismo internacional pero, sobre todo, porque se pregunta si estas disposiciones no formarían

² El autor de esta teoría es John Yoo, el principal consejero jurídico de la administración Bush.

más bien parte de una legislación que pertenecería a una categoría jerárquicamente inferior. Para justificar estas observaciones, el autor se basa simplemente en el hecho de que existe una ausencia de una definición genérica constitucional de “terrorismo”. Según él, la existencia de una definición legislativa³, y no constitucional, del terrorismo vendría a limitar el valor del artículo 9 de la Constitución y a supeditarla a una norma de categoría inferior. Aunque este análisis no lleva la adhesión de una parte de la doctrina, ilustra por lo menos, las críticas que pueden ser formuladas contra la inscripción del terrorismo en un texto constitucional.

Se constata entonces que el principio mismo de la constitucionalización del terrorismo plantea problemas. El análisis de la práctica actual de los Estados en este ámbito confirma, realmente, un relativo desinterés respecto a la norma constitucional para administrar la amenaza terrorista, y esto en favor de la ley.

La ley es, en primer lugar, inevitable para la ejecución de las sanciones constitucionales. Tomemos el ejemplo peruano. Aunque la pena capital por “terrorismo” esté mencionada en la Constitución, esta no figura en el Código penal, y es así necesario votar una ley para que se realice su aplicación. Aún que, discutida en el Parlamento, siempre se ha rechazado, como lo certifica el proyecto de ley depositado por el Presidente de la República el 11 de noviembre de 2006 y que fue rechazado, el 3 de enero de 2007, por 49 voces contra 26.

Además, dada la relativa ineficacia de los regímenes de excepción en la lucha preventiva, las autoridades públicas están en la obligación de pasar por la ley para prevenir los ataques terroristas. Por ejemplo, las autoridades francesas fundan su acción sobre la Ley n° 2006-64 del 23 de enero de 2006 relativo a la lucha contra el terrorismo (Rolin y Slama, 2006, p. 975).

Del mismo modo, Gran Bretaña cuenta con un arsenal legislativo importante, compuesto esencialmente por el “*AntiTerrorism, Crimen and Security Act*” del 14 de diciembre de 2001 y la “*Prevención Security Act*” del 11 de marzo de 2005. Estas legislaciones de excepción presentan la ventaja para los Estados de producir casi los mismos efectos que la proclamación de un régimen de excepción, pero, sin llevar con ellas la pesadez del procedimiento y todo el aspecto simbólico que le es corolario.

La Unión Europea, como orden supranacional de integración, impulsa la aprobación de legislaciones específicas de lucha antiterrorista, con el fin de “borrar las profundas disparidades legislativas entre los Estados miembros” (Benoit, 2003, p. 975).

Después del estudio, parecería, de modo general, que la Constitución no es la herramienta más utilizada. No es considerada, por la globalidad de los Estados como el mejor medio jurídico para luchar contra el terrorismo. Este desafecto del arma constitucional

³ En el caso de Chile, el terrorismo está definido por una ley votada a la mayoría cualificada: la Ley n° 18.314 de 1984, modificada por la Ley n°18.825 de 1989 y por la Ley n°19.055 de 1991.

se hizo en favor de la legislación (específica o común), percibida como más reactiva y adaptable, permitiendo así más pragmatismo.

No obstante, otro problema surge entonces: la imprescindible protección de los derechos escritos en la Constitución en relación con estas legislaciones de excepción.

La Constitución: ¿una guardiana siempre sólida contra los ataques a los derechos y libertades fundamentales?

La multiplicación de las legislaciones antiterroristas coloca en el centro del debate el papel de la Constitución como medio jurídico que permite garantizar el respeto de los derechos y libertades de cada uno en cualquier momento, incluyendo las personas sospechosas de haber cometido actos terroristas.

El respeto de la intangibilidad de algunos derechos y libertades

Constituciones que excluyen todo ataque a los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos incluso en caso de ataque terrorista

La problemática que plantea actualmente; pero al mismo tiempo, podríamos decir que es una virtud; la amenaza terrorista en los Estados democráticos es de poder conocer la realidad del carácter fundamental de los derechos reconocidos en sus constituciones. El análisis de algunas, nos permiten constatar que, una parte de ellas consagran una serie de derechos estrictamente irrefragables, en el sentido de que el ejercicio de estos derechos no puede completamente, suprimirse o suspenderse, incluso, bajo un régimen de excepción.

Por ejemplo, la Ley fundamental alemana precisa que, incluso, bajo el régimen del "estado de defensa", los derechos fundamentales no pueden suspenderse. Esta permanencia de los derechos fundamentales es confirmada también por el artículo 115 que garantiza expresamente el estatuto del Tribunal constitucional alemán en tiempo de "estado de necesidad" (Grewe y Sommermann, 2002, p. 75). Este tipo de disposición certifica que "el Derecho constitucional alemán es [...] dominado por la voluntad de mantener, dentro de lo que cabe, todas las garantías del Estado de Derecho, en particular, los derechos fundamentales"(p. 75).

El Tribunal germánico confirmó lo inamovible de algunos derechos, como el derecho a la vida, por ejemplo, en su decisión del 15 de febrero de 2006⁴. En efecto, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la ley sobre la seguridad de la aviación alemana, que permitía al Ministro de Defensa destruir aviones civiles si, según las circunstancias, se admitía que estos aviones "se empleaban únicamente con el fin de dañar vidas humanas". La declaración de inconstitucionalidad se basó, en particular, en el respeto del derecho a la vida de todos, incluyendo, las personas que se sitúan en los mismos aviones.

⁴ 1 BvR 357/05, 15 février 2006.

En un diferente registro, pero, que se relacionan con el mismo espíritu, una serie de constituciones prohíben toda creación de tribunales excepcionales. Tales prohibiciones, no permiten en realidad garantizar el ejercicio de algunos derechos fundamentales, pero permiten proteger a los ciudadanos de todo riesgo de deriva en tiempo de crisis. Así, este tipo de disposición preserva a los ciudadanos de la creación de órganos jurisdiccionales *ad hoc*, con base constitucional dudosa, como por ejemplo, los tribunales militares establecidos por el presidente George W. Bush, sobre la base del *Military Order* del 13 de noviembre de 2001. El mismo caso, por ejemplo, de la Constitución sudafricana o la Constitución alemana (artículo 101). Por su parte, la Constitución belga precisa en su artículo 146 que “no pueden crearse comisiones ni tribunales extraordinarios, bajo ninguna denominación que sea” (Vanderberghe, 2006, p. 7).

Tales disposiciones certifican la capacidad predictiva de algunas constituciones para garantizar las garantías mínimas de cada uno de los ciudadanos. Sin embargo, tales cláusulas no están previstas por todas las constituciones. Algunas prevén, incluso, la posibilidad, en tiempo de crisis, de suspender procedimientos dados por fundamentales, a la imagen de la Constitución americana y la sección 9 de su artículo 1, que autoriza la suspensión del privilegio de la resolución de *habeas corpus* en caso de rebelión o invasión y, si la seguridad pública lo exige. De ese modo, otra cuestión se plantea: la de la existencia de derechos respecto a las personas sospechosas de terrorismo.

El reconocimiento de algunos derechos respecto a todas las personas incluidas las personas sospechosas de terrorismo

Los Estados regulan la espinosa cuestión del reconocimiento de derechos respecto a las personas sospechosas de haber cometido actos terroristas, en la mayoría de los casos, con la creación de dos ordenamientos jurídicos, uno relativo a los nacionales y otro relativo a los extranjeros.

Sin embargo, algunos países llegan, por el momento, a evitar operar este tipo de dicotomía y conceden algunos derechos a todos.

De esta manera, algunas legislaciones no operan con una distinción radical entre las medidas relativas a los extranjeros y a los nacionales, como lo hace la legislación sudafricana. En este caso, únicamente el asunto de la extradición es, por ende, consustancial a la situación de los extranjeros.

La situación de Bélgica debe también destacarse, puesto que constitucionalmente, se reconoce en ese territorio que los extranjeros en situación regular pueden también reivindicar el derecho a la “protección de las personas y bienes” (Delpérée y Verdussen, 2002, p. 97; Vanderberghe, p. 7). Conviene igualmente recordar que en Estados Unidos, todos los extranjeros en situación regular, benefician del mismo derecho al *due process of law*, al igual que los ciudadanos americanos. En cambio, un extranjero en

situación irregular o en proceso de expulsión solo se beneficia de un derecho limitado al *due process of law*.

Ante estas distintas versiones de estatuto, los jueces americanos reafirmaron de manera solemne las garantías mínimas de los derechos procesales de los presos sospechosos de actos terroristas. Por lo que se refiere a los terroristas extranjeros, la decisión del Tribunal Supremo americano del 28 de junio de 2004, *Rasul vs. Bush*⁵, sigue siendo la referencia ya que se pronunciaba acerca del régimen aplicable a los presos de Guantánamo en la isla de Cuba.

Según el *Military Order* del 13 de noviembre de 2001, esta categoría de personas debían ser juzgadas por tribunales militares extraordinarios según un procedimiento que no cumplía con las exigencias impuestas por el principio constitucional del *due process*. El problema planteado era el de la competencia de los tribunales americanos para tratar este tipo de peticiones. Ahora bien, según un precedente datado de 1950 ("*Johnson vs. Eisentrager*"⁶), no se reconocía a los tribunales americanos como competentes para conocer quejas procedentes de extranjeros detenidos fuera del territorio americano. El Tribunal Supremo va, sin embargo, a decidir descartar este precedente. Para eso, el más alto tribunal de ordenamiento jurídico estadounidense va a considerar que la prisión de Guantánamo, aunque no situándose en un territorio donde los Estados Unidos disponen de la soberanía última, se sitúa en un territorio de competencia plena y exclusiva de los Estados Unidos. Esta precisión jurídica va a permitir al Tribunal Supremo reconocerse competente para pronunciarse sobre tales solicitudes y, en consecuencia, hacer aplicación de la ley federal de *habeas corpus* que, en el caso presente, implica el reconocimiento de un derecho de acceso a los tribunales en favor de personas extranjeras encarceladas en Guantánamo y acusadas de actos terroristas.

Los jueces británicos fueron aún más lejos que los jueces americanos sancionando una parte de la legislación antiterrorista. En su decisión *A and others vs. Secretary of State for the Home Department*⁷, con fecha del 16 de diciembre de 2004, los *Law Lords* se negaron a reconocer un poder absoluto respecto al ejecutivo para colocar en detención indefinida a extranjeros sospechosos de actividades terroristas, aun a pesar de su calificación de "*suspected international terrorist*". Esta decisión, estimada por los comentaristas como una de las más importantes de estos últimos cincuenta años, hizo que los *Law Lords* la consideraran como un poder desproporcionado concedido a la administración británica, con respecto a la urgencia alegada y, en consecuencia, incompatible con las exigencias formuladas en la Convención Europea de los Derechos

⁵ 542 U.S. 466.

⁶ 339 U.S. 163.

⁷ [2005] UKHL 71.

Humanos (CEDH). Los jueces admitieron la existencia de una situación de “peligro público que amenazaba la vida de la Nación”, tal como lo precisa el artículo 15 de la CEDH, pero, sin embargo, los ataques a los derechos eran desproporcionados y la selectividad del poder de detención en función de la nacionalidad de los sospechosos iba en contra las disposiciones de los artículos 14 y 15 de la misma CEDH.

A leer esta decisión, se pueden sacar dos conclusiones: en primer lugar, se pone de manifiesto que la distinción entre nacionales y extranjeros, en el reconocimiento de los derechos, no puede ser total y absoluta. Es un síntoma positivo de un verdadero Estado de Derecho. En segundo lugar, esta decisión confirma la función esencial de los jueces en este tiempo de crisis, puesto que confirma la idea importantísima según la cual el control judicial debe ser tan estricto como el ataque a la libertad individual es significativo.

No obstante, si se examina el conjunto de las experiencias extranjeras, esta postura permanece aún bastante aislada. Por el momento, la balanza judicial entre la seguridad y la libertad tiende a inclinarse, lógicamente, del lado de la seguridad.

Derechos y libertades finalmente poco protegidos

Una jurisprudencia constitucional permisiva respecto a los ataques a los derechos y libertades de los ciudadanos

A raíz de la multiplicación de los ataques terroristas, numerosos países van a elaborar una legislación sensiblemente agresiva con respecto a los derechos y libertades fundamentales de cada uno de los ciudadanos. El principal peligro de estas legislaciones reside en la falta de claridad de la definición del acto terrorista. Como ya se ha señalado, las constituciones no proporcionan ninguna precisión al respecto. Por lo tanto, esta tarea, en la mayoría de los casos, dependerá de la competencia del legislador, el cual no es siempre el más adecuado para efectuarla. Ahora bien, dar una definición demasiado amplia y difusa del acto terrorista conduce a limitar los derechos y libertades de un excesivo número de personas. Además, la poca claridad de la definición de tales hechos tiene también incidencias en la aplicación de la sanción, puesto que, como lo recuerdan Constancia Grewe y Renée Koering-Joulin (2004, p. 899), “si se quiere que el castigo decidido esté en adecuación con el comportamiento prohibido, es necesario comprender el dicho comportamiento en su extensa verdad”. De ahí, la importancia del control del juez sobre este tipo de calificación.

Es cierto que esta exigencia de claridad de la ley, en particular, en el ámbito del Derecho penal, es una exigencia ya consagrada por varias constituciones o por varios jueces constitucionales en el mundo⁸. Sin embargo, si se toma, por ejemplo, el caso francés, el

⁸ En el caso francés, el Consejo Constitucional estableció el principio de claridad de la ley basándose en el artículo 34 de la Constitución. Ver el *Considérant* de la decisión n° 2001-455 DC del 12 de enero de 2002, «*Loi de modernisation social*». En el caso alemán, esta exigencia proviene

control es relativamente decepcionante por el momento (Grewe y Koering-Joulin (2004). Por lo que se refiere a la primera ley de este tipo, del 9 de septiembre de 1986, el juez constitucional ha afirmado más que demostrado, la claridad de la ley, al igual que acerca de la ley para la seguridad interior de 2003 o la ley denominada "Perben II" del 2 de marzo de 2004. Estos mismos problemas de falta de claridad de la ley se encuentran en Alemania donde las formulaciones de las legislaciones antiterroristas siguen siendo vagas (Ibíd).

Otro de los peligros potenciales con este tipo de legislación reside en la debilidad de las motivaciones requeridas para justificar los ataques reales a los derechos y libertades. Por ejemplo, en el "*USA Patriot Act*", basta con alegar "las necesidades de una investigación criminal" para autorizar la aplicación de dispositivos excepcionales de vigilancia o registros, sabiendo que antes las exigencias eran mucho más estrictas.

Esta flexibilización de las normas es un fenómeno presente en numerosos países. Desgraciadamente, en este ámbito, el control de los jueces constitucionales es bastante fluctuante (Ibíd). Ciertamente las autoridades no tienen plena libertad pero el control efectuado por los jueces se ha paulatinamente inclinado en favor de la seguridad y no en favor de la protección irrenunciable de los derechos y libertades de los ciudadanos. A pesar de un control de proporcionalidad, los jueces llegan a menudo a la misma conclusión: las concesiones en materia de libertades individuales se justifican en el contexto de la lucha contra la amenaza terrorista internacional. Solo las restricciones manifiestamente excesivas o la ausencia total de garantías procesales se verán censuradas.

Este estado de hecho se establece claramente, por otra parte, en Estados Unidos, puesto que se sabe desde la decisión *Youngstown*, de 1952, que los tribunales operan un control menos profundizado respecto al ejercicio de los poderes de urgencia cuando el Presidente actúa sobre la base de una autorización del Congreso (Scoffoni, 2005, pp. 219-236), haciendo un acto de lo que algunos llaman el "deber de deferencia de las Cortes ante las autoridades políticas". Esto demuestra los límites inherentes al control de proporcionalidad tal como se practica, puesto que conduce al juez a basarse en especulaciones para formular una respuesta "colmada" de consecuencias. Frente a estos dispositivos antiterroristas de envergadura, el rol de los jueces nacionales está llamado a evolucionar.

El difícil reconocimiento de los derechos de los extranjeros presuntos terroristas y sus incidencias

Si los jueces logran difícilmente defender el ejercicio de todos los derechos de los ciudadanos, la cuestión de los derechos de los terroristas presuntos, que además son extranjeros, plantea aún más problemas. ¿En efecto, "es necesario conceder a los terroristas la

directamente del principio de seguridad jurídica formulada en el artículo 103, párrafo 2, de la ley fundamental.

protección de un derecho que ellos mismos desafían?” (Dworkin, 2002, p. 11; Renoux, 2002, p. 212). Este argumento, formulado para justificar importantes restricciones a los derechos de las personas acusadas de terrorismo, se basa sin embargo, en un análisis erróneo de la situación.

Como lo demostró claramente Ronald Dworkin (2002), tal argumento solo es válido contra personas formal y claramente reconocidas como culpables de actos terroristas. Ahora bien, por el momento, estas limitaciones de algunos derechos y libertades fundamentales afectan a cualquier persona sospechosa de participación en una empresa terrorista.

Así, los Estados se organizan de manera casi unánime para negar a los terroristas el estatus de “prisioneros políticos” (Renoux, 2003, pp. 102-114). Esta “no calificación” puede ser aportada por el texto constitucional⁹, por sí mismo, o puede derivar de una jurisprudencia constitucional o administrativa¹⁰.

Esta posición se confirma, incluso, a nivel convencional, puesto que, por ejemplo, la aplicación del Convenio Europeo de Estrasburgo del 22 de diciembre de 1987, traduce una tendencia a “despolitizar” las infracciones terroristas¹¹. Esta denegación de calificación política de las infracciones terroristas está vinculada al hecho de que las infracciones políticas durante mucho tiempo se consideraron como infracciones más nobles que las de derecho común y fueron objeto de una mayor clemencia (Roudie, 2005). Esta precisión tiene una incidencia muy particular para las personas extranjeras presuntas de cometer actos terroristas, puesto que normalmente, el derecho de extradición clásico impone la denegación de una extradición si esta se pide con base en una razón política, como lo había reconocido Francia a raíz de la sentencia “Koné” del Consejo de Estado del 3 de julio de 1996¹². Así al rechazar tal calificación, los Estados pretenden voluntariamente limitar el alcance de los derechos y garantías generalmente vinculadas a este tipo de estatuto (Joinet, 1979, pp. 95-103; Schmelck y Picca, [s.f.], pp. 53-64; Grewe y Koering-Joulin, 2002, pp. 891-916).

Esta restricción de los derechos de los terroristas por las normas constitucionales o legislativas se realiza de acuerdo con una jurisprudencia relativamente poco generosa desde ese punto de vista. Aunque se reconocen algunos derechos a las personas acusadas de actos terroristas, como por ejemplo, la posibilidad de acceder a los tribunales (como

⁹ Como es el caso en Chile, con el artículo 9 de la Constitución.

¹⁰ En Francia, se puede mencionar la jurisprudencia del juez administrativo: C.E., 7 juillet 1978, *Croissant*, Rec. Lebon p. 292 ; C.E., 9 mai 1994, *Bracci*, Rec. Lebon p. 226 ; C.E., 24 février 1995, *Persichetti*, Rec. Lebon p. 104.

¹¹ Tendencia confirmada por la decisión-marco del 13 de junio 2002 relativa al mandato de arresto europeo y a los procedimientos de entrega de prisioneros entre Estados miembros. DC 2002/584/ JAI in J.O.C.E. n° L 190 du 18 julio de 2002, p. 1 y s.

¹² C.E., Ass., 3 juillet 1996, « Koné », Rec. Lebon, p. 255.

lo precisó la jurisprudencia Rasul del Tribunal Supremo estadounidense), conviene a pesar de todo, precisar que estos derechos no son tan sustanciales como se podría creer. Así, por ejemplo hasta hace poco, los terroristas encarcelados en Guantánamo podían efectivamente alegar el principio del *due process*, pero a causa de su situación particular, este principio implicaba solamente para ellos el derecho a una audiencia contradictoria ante una autoridad neutra que les permitía alegar los hechos acusados. Por otra parte, en su decisión, el Tribunal no precisa la naturaleza y el alcance de los derechos que estas personas sospechosas de actos terroristas podrían alegar.

Además incluso, cuando la jurisprudencia reconoce derechos a los extranjeros, como fue el caso con la decisión del Tribunal Supremo, el 29 de junio de 2006, esta jurisprudencia es mal evaluada por las autoridades públicas. En consecuencia directa de la sanción del Tribunal Supremo, George W. Bush promulgó, el 17 de octubre de 2006, el *Military Commissions Act* cuyo objetivo era afianzar la legalidad del sistema de tribunales militares. En efecto, a raíz de la decisión del 29 de junio de 2006, la Administración tenía dos posibilidades: aplicar las normas mínimas de procedimiento en estas comisiones o pedir al Congreso una validación de las medidas reglamentarias. La Administración optó por la medida más libertaria. Esta elección va también en el sentido del *Detainee Treatment Act* de 2005, que prohíbe a los extranjeros presuntos terroristas, hacer uso del *habeas corpus* y, en consecuencia, impidiéndoles defender sus derechos ante la justicia. Como lo indica el análisis de Garapon (2006), la Administración estadounidense permanece aún muy apegada a la distinción entre interno e internacional, entre nacionales y extranjeros, tomando objetivamente en cuenta que al mismo tiempo, estas se vuelven cada vez más anticuadas a causa de la internacionalización creciente del terrorismo.

El alcance del reconocimiento de los derechos de los presuntos terroristas extranjeros es crucial hoy en día. No solo porque cada uno debe beneficiarse de sus derechos inviolables, y, en particular, en lo que concierne a la garantía del no uso de la tortura, sino también porque hoy se constata la aparición de una nueva tendencia: aquella que contempla el final de la distinción del régimen aplicable a los nacionales y a los extranjeros sospechosos de haber cometido actos terroristas.

Hubiese sido lógico pensar que tal distinción habría podido jugar en favor de los segundos, es decir, al reconocimiento de nuevos derechos en favor de los extranjeros. Desgraciadamente, la evolución es totalmente contraria. El régimen de los nacionales tiende cada vez más a acercarse al de los extranjeros. Para ilustrar esa involución, se puede citar la decisión del Tribunal Supremo estadounidense del 28 de junio de 2004: *Hamdi vs. Rumsfeld*¹³; esta fue confirmada por el *Immigration, Asylum and Natio-*

¹³ 542 U.S. 507. Esta ley fue confirmada por la *Immigration, Asylum and Nationality Act* de 2006, las secciones 56 y 57 flexibilizan las condiciones de pérdida de la nacionalidad británica.

nality Act de 2006, las secciones 56 y 57 flexibilizando las condiciones de pérdida de la nacionalidad. En este asunto, se hablaba de un ciudadano americano capturado en Afganistán y preso por un periodo de tiempo indefinido. Sobre la base del *USA Patriot Act*, la Administración se autorizaba explícitamente a colocar solamente en detención a sospechosos extranjeros. De esta manera, parecía que el marco jurídico establecía una distinción entre los nacionales y los extranjeros en favor de los primeros. Ahora bien, esta distinción se ha consagrado débilmente por el Tribunal Supremo. Aunque 8 de 9 jueces propusieron imponer una determinada forma de limitación al poder ejecutivo relativo a la colocación en detención de los ciudadanos americanos, 5 de 9 jueces reconocieron una competencia en favor del ejecutivo para detener ciudadanos americanos basándose en una resolución común adoptada por el Congreso.

La legislación británica confirmó claramente esa tendencia. El 11 de marzo de 2005, se adoptó la *Prevention of Security Act* (Paye, 2005, pp. 635-647) que conduce de manera incuestionable a la extensión al conjunto de la población las disposiciones de excepción que antes solamente se referían a los extranjeros. En efecto, esta ley, modifica la parte IV del *Anti Terrorism Crimen and Security Act* de 2001, y saca las consecuencias de la decisión suscitada de la Cámara de los Lords del 16 de diciembre de 2004, no en el sentido de una restricción de los ataques a los extranjeros sino en el sentido de una generalización de estas restricciones a todos, sin discriminación basada en la nacionalidad. Así, como lo resume Juan-Claude Paye (2005), esta ley “generaliza la suspensión del derecho a los nacionales. Pone fin a un doble sistema de organización jurídico: Estado de Derecho para los nacionales y violencia pura para los extranjeros” (Ibíd).

Una de las cuestiones inducidas por esta generalización de la legislación de excepción, no se refiere directamente a los terroristas sino a las personas sospechosas erróneamente de tales actos, que son realmente las principales víctimas de un régimen de emergencia. Ackerman (2006) propone la instauración en la Constitución de medidas que permitan reparar los daños de tales acusaciones. Además de compensar los daños sufridos, estas medidas tendrían la ventaja de confinar un poco más la acción de las autoridades, invitándolas así, a concentrarse “sobre lo que es lo más vital en una democracia” (2006, p. 163), en una república, es decir, en la justicia si nos referimos a Platón, por ejemplo.

En conclusión, aunque se exageraría demasiado afirmar que “la Constitución” ya no es plena en su utilidad, sería también ingenuo pensar que está actualmente en condiciones de proteger los derechos de todos en cualquier momento. Frente a un “arma invisible, anónima, omnipresente”, es en esos términos que Bakounine define el terrorismo, citado por Thuillier (2004), los Estados disponen de un amplio arsenal jurídico. Si la ley tiene para ella la ventaja de la adaptabilidad y la eficacia, la Constitución no debe ser una solución que debe descartarse en lo absoluto. La inscripción del terrorismo en las constituciones permitiría poner el papel del Estado de nuevo en el centro del debate, pero,

con la condición de que los contornos de tal concepto estén definidos en el propio texto. Las normas internacionales pueden también constituir una solución a mediano plazo. En efecto, si se comparan la jurisprudencia británica y la jurisprudencia estadounidense (Papapolychroniou, 2005), se observa que la primera es más protectora de los derechos de los ciudadanos. ¿Este resultado se debe solamente a la fuerza obligatoria de la Convención Europea de derechos humanos? Sin lugar a dudas, pero, un análisis profundo de esta cuestión permitiría proporcionar nuevas pistas para reflexiones relativas a los medios jurídicos de protección de los derechos fundamentales, y reconsiderar algunas de nuestras instituciones, en particular, el papel actual de las cortes constitucionales, que en cualquier país democrático, las cortes supremas, los tribunales constitucionales son los guardianes de nuestras libertades, en el sentido más amplio.

Desde este punto de vista, el análisis de Dworkin (2002) podría constituir una base de reflexión interesante. Para obviar la cuestión de la "balanza" entre libertad y seguridad, este autor propone suprimirla para posicionarse mejor en el ámbito de la justicia. Así este autor considera que: "no es necesario preguntarnos lo que pesan en la balanza nuestros intereses; pero sí se debe preguntar lo que exige la justicia, incluso, al precio de nuestros propios intereses, para poder tratar correctamente a los otros" (Dworkin, 2002) únicamente a ese precio es que la condición de hombre como hombre será respetada. Y el terrorismo será eficazmente combatido en el marco de un Estado de Derecho que se respete.

En su obra *Los Justos*, el escritor francés Albert Camus (2008, p. 52), hace decir a uno de sus personajes, Stepan, revolucionario, quien se autoproclama la encarnación misma de la justicia, "nada está prohibido a lo que pueda servir a nuestra causa". Lo dificultoso y la esencia para un Estado democrático reside en el hecho de que la problemática se plantea desde un enfoque absolutamente contrario a lo que indica este personaje. Porque, no siempre los fines justifican todos los medios. A veces, los unos son inextricables de los otros.

Referencias bibliográficas

- Ackerman, B. (2006). Les pouvoirs d'exception à l'âge du terrorisme [Los poderes de excepción en la época del terrorismo]. *Esprit*, 151.
- Ascensio, H. (2004). Terrorisme et juridictions internationales, [Terrorismo y jurisdicciones internacionales]. En Les nouvelles menaces contre la paix et la sécurité internationales. *Journée franco-allemande de la Société française pour le droit international*, Paris: Ed. A. Pédone.
- Benoit, L. (2003). *La lutte contre le terrorisme au cœur du développement de liberté, de sécurité et de justice* [La lucha contra el terrorismo en el corazón del desarrollo de la libertad, seguridad y justicia], *R. R. J.*, 2, 975.

- Bocev, P. (2007, abril 20). Anti-terrorisme: Schaüble en veut toujours plus, *Le Figaro*.
- Camps destaca que la marcha supone «un sí a la libertad y a la Constitución», Recuperado de http://www.lasprovincias.es/valencia/prensa/20070311/tema_dia/camps-destaca-marcha-supone_20070311.html el 11 de marzo de 2007.
- Cea Egaña, J. L. (2001). *Derecho constitucional chileno*, Tomo 1, Santiago: Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 261-276.
- De Corbière, C. (2007, 3 de enero). *L'Allemagne pourrait abattre un avion détourné*, *Le Figaro*.
- Delpérée, F. y Verdussen M. (2002). *Belgique – Table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux* [Bélgica–mesa redonda: lucha contra el terrorismo y protección de derechos fundamentales], *A .I. J .C.*, XVIII, 91-110.
- Derrida, J. (2003). *Voyous*, Paris: Ed. Galilée.
- Dworkin, R. (2002). L'Après 11 septembre. George W. Bush une menace pour le patriotisme américain [Después del 11 de septiembre. George W. Bush una amenaza para el patriotismo americano]. *Esprit*, 15.
- Garapon, A. (2006, agosto-septiembre). Les dispositifs anti-terroristes de la France et des Etats-Unis [Los dispositivos antiterroristas de Francia y Estados Unidos]. *Esprit*, 125.
- Grewe, C. y Sommermann, K. P., (2002). *Allemagne – table ronde : lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux* [Alemania –mesa redonda: lucha contra el terrorismo y protección de derechos fundamentales] *A. I. J. C.*, XVIII, 2002, 71-90.
- Grewe, C. y Koering-Joulin, R. (2004). *De la légalité de l'infraction terroriste à la proportionnalité des mesures anti-terroristes* [La legalidad de un delito de terrorismo a la proporcionalidad de las medidas antiterroristas], *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. II, Bruxelles: Bruylant.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.
- Joinet, L. (1979). *L'internationalisation des régimes d'exception. Expression d'un nouvel ordre répressif mondial*. [La internacionalización de los regímenes de excepción. Expresión de un nuevo orden represivo mundial], *Pouvoirs, Les pouvoirs de crise*, 10, 95-103.

- Morange, J. (1995). *Droits de l'Homme et libertés publiques [Derechos del hombre y libertades públicas]*. Paris: P.U.F., coll. Droit fondamental.
- Monod, J. C. (2006). Vers un droit international d'exception? [¿Hacia un derecho internacional de excepción?]. *Esprit*, 173-193.
- Padis, M. O. (2006). Introduction. Sécurité et terrorisme: Un défi pour la démocratie [Introducción. Seguridad y terrorismo: un desafío para la democracia], *Esprit*, 69.
- Papapolychroniou, S. (2005). *Le juge constitutionnel, garant de la liberté individuelle dans le contexte de la lutte contre le terrorisme* [El juez constitucional, garante de la libertad individual en el contexto de la lucha contra el terrorismo], ponencia en el VI Congreso Francés de Derecho constitucional, Congreso de Montpellier, 9, 10, 11 de junio de 2005.
- Paye, J. C. (2005, julio 1º). The Prevention Security Act britannique du 11 mars 2003 [El acta de prevención de seguridad del 11 de marzo de 2003], *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 63, 635-647.
- Pereira, R. (2002). *Portugal – table ronde: lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux*. [Portugal –mesa redonda: lucha contra el terrorismo y protección de derechos fundamentales]. *A.I.J.C.*, XVIII, 305-318.
- Renoux, T. (2002). *France – table ronde: lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux* [Francia –mesa redonda: lucha contra el terrorismo y protección de derechos fundamentales] *A.I.J.C.*, XVIII, 195-244.
- Renoux, T. (2003). Juger le terrorisme? [¿Juzgar el terrorismo?], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 14, 102-114.
- Rolin, F. y Slama S. (2006). *Les libertés dans l'entonnoir de la législation anti-terroriste*, *A.J.D.A.*, 975.
- Roudier, K. (s.f.). *Le droit constitutionnel et la légalité de l'infraction de terrorisme* [El Derecho constitucional y la legalidad de la infracción de terrorismo], ponencia en el VI Congreso francés de Derecho constitucional, Congreso de Montpellier, 9, 10, 11 de junio 2005.
- Ruiz-Tagle Vial, P. (2006) Derechos fundamentales y terrorismo, en Cristi Renato y Ruiz-Tagle Vial, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del constitucionalismo republicano*, Santiago, Chile: Ediciones Lom.
- Salaun, T. (2006, mayo 2). L'Egypte prolonge l'état d'urgence [Egipto prolonga el estado de urgencia]. *Le Figaro*.

- Scheppele, K. L. (s.f.). *North American emergencies: The use of emergency powers in Canada and the United States* [Emergencias de Norteamérica: el uso de los poderes de emergencia en Canadá y Estados Unidos].
- Schmelck, R. y Picca, G. (s.f.). L'Etat face au terrorisme [El Estado frente al terrorismo], *Pouvoirs, Les pouvoirs de crise*, 10, 53-64.
- Schmitt, C. *Théorie du partisan*, (1972) trad. fr. Steinhäuser M.L., Paris, Calmann-Lévy, 1972, rééd. Paris, Flammarion, coll. «Champs».
- Scoffoni, G. (2005). Les juges et la Constitution des États-Unis à l'épreuve du terrorisme international [Los jueces y la Constitución de los Estados Unidos en el caso del terrorismo internacional]. *Constitution et finances publiques. Études en l'honneur de Loïc Philip*, 219-236, Economica, Paris.
- Thuillier, F. (2004). La menace terroriste: essai de typologie. [La amenaza terrorista: ensayo de tipología]. *Revue politique et parlementaire*, 1028, 37.
- Vanderberghe, H. (2006). Une Constitution des droits et libertés [Una Constitución de derechos y libertades]. *Revue belge de droit constitutionnel*, 1, 7.
- Vroom, C. (2002). États-Unis – table ronde: lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux [Estados Unidos – mesa redonda: lucha contra el terrorismo y protección de derechos fundamentales], *A. I. J. C.*, XVIII, 161-193.
- Walker, C. (2007). The treatment of foreign terror suspects [El tratamiento de los sospechosos de terrorismo extranjeros]. *The Modern Law Review*, 70(3), 429.