

# RESPUESTAS CONSTITUCIONALES AL TERRORISMO

Luis Javier Moreno Ortiz

## Resumen

Este texto busca reflexionar sobre los desafíos constitucionales del terrorismo y sobre el modo de asumirlos y de superarlos desde y dentro de la Constitución. Para este propósito se emplea como referente principal la obra *Antes de que nos ataquen de nuevo*<sup>3</sup> del profesor norteamericano Bruce Ackerman, a partir de la gran revelación de nuestro tiempo: nadie, en ningún lugar, está a salvo del terror. Se pretende mostrar, por medio de un análisis comparado, que incluye también experiencias europeas, como la alemana, que el fenómeno del terrorismo, si bien complejo y difícil, puede y debe afrontarse desde la civilización y, por tanto, desde la Constitución, y no desde la violencia y la barbarie.

## Palabras clave

Violencia, Terrorismo, Estados Unidos, Constitución y Derecho constitucional.

## Abstract

This text seeks to reflect on the constitutional challenges of terrorism and on the way to assume them and to overcome them from and within the Constitution. For this purpose the work is used as the main reference. Before we are attacked again by the American professor Bruce Ackerman, from the great revelation of our time: nobody, nowhere, is safe from terror. It is intended to show, through a comparative analysis, that it also includes European experiences, such as the one in Germany, that the phenomenon of terrorism, although complex and difficult, can and must be faced from civilization and, therefore, from the Constitution, and not from violence and barbarism.

<sup>1</sup> Este documento se inscribe en el proyecto de investigación Observatorio de Derecho Público, gestionado por el autor en el Grupo de Investigación CREAR de la Universidad Sergio Arboleda.

<sup>2</sup> El autor es Licenciado en Filosofía y Humanidades y Abogado de la Universidad Sergio Arboleda, Especialista en Derecho Administrativo del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Magister en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda y Doctor en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

<sup>3</sup> Esta obra, vertida al castellano por Agustín José Menéndez, fue publicada en Barcelona, por Ediciones Península, en el año 2007.

## Key words

Violence, Terrorism, United States of America., Constitution and Constitutional Law.

## INTRODUCCIÓN

1. El 11 de septiembre de 2001, al presenciar la caída de las torres gemelas del World Trade Center en Nueva York, todos vivimos la extraña y dolorosa experiencia de saber que nadie, en ningún lugar, está a salvo de la violencia. El sangriento despertar del nuevo siglo, dado por el terrorismo, además de afectar las emociones de aquellos que hasta entonces no tenían nada que temer, significa un inmenso desafío a las democracias occidentales, a sus constituciones e incluso a su civilización.

2. Las emociones del dolor, la rabia y el miedo, cuando emergen de manera súbita a causa de los actos terroristas, afectan de manera profunda tanto al individuo como a la sociedad en la que vive. Lidar con estas emociones no es un asunto fácil, ni siquiera para aquellos que, como los colombianos, tenemos por desventura mayor experiencia en la materia. Ellas pueden impulsar soluciones terribles, como la de exigir a las autoridades actuaciones decididas y eficaces, sin tener muchos escrúpulos en cuanto a los medios a emplear<sup>4</sup>. Estas emociones, en el contexto de la ansiedad que genera el saber que la experiencia puede repetirse (lo incierto es cuándo y dónde), pueden conducir al pánico y, por tanto, a vivir en permanente situación de alerta, desconfiando de todos y de todo y, para decirlo de manera gráfica, a estar con el dedo en el gatillo, presto a reaccionar a la primera señal, así ésta no sea del todo clara. En medio del miedo, se suele disparar primero y averiguar después<sup>5</sup>. No es casual que el fenómeno del terrorismo haya causado, como respuesta, el fenómeno de los ataques preventivos.

3. Cuando se cae presa del miedo, que es a lo que apunta el terrorismo, se abre la puerta a la desmesura y, por ende, a dejar de lado cualquier límite. En épocas marcadas por el miedo, como fue la de Thomas Hobbes de Malmesbury<sup>6</sup>, los hombres parecen estar dispuestos a abandonar sus propios

---

<sup>4</sup> Cfr., p. 11.

<sup>5</sup> Cfr., p. 11.

<sup>6</sup> En el tercer párrafo de su autobiografía, luego de referirse a la aldea de Malmesbury, Hobbes bosqueja el rasgo fundamental de su vida y de su obra: el miedo, en los siguientes términos: “No hay razón para que me avergüence de mi patria; pero me quejo del tiempo adverso, y de tantos males que nacieron conmigo. Pues al difundirse por nuestras plazas el rumor de que con la flota [española] se acercaba el último día para nuestro pueblo, tanto miedo concibió mi madre que parió gemelos: a mí y al miedo al mismo tiempo”. (Thomas Hobbes, *Dialogo entre un filósofo y un jurista y escritos autobiográficos*, traducción de Miguel Ángel Rodilla, Madrid, Tecnos, 2013, p. 151).

derechos en manos del Leviatán, siempre y cuando éste les garantice su seguridad. El terrorismo puede conducir, y de hecho ya lo hace en algún grado, al resurgir del Leviatán, entendido como un poder que es anterior y superior a cualquier derecho (incluyendo a la Constitución) y que, en tanto poder fundamental, tiene las manos libres de ataduras para hacer lo que sea necesario.

4. El nuevo Leviatán, sin el freno que es la Constitución, comienza a tener a los otrora ciudadanos como sospechosos, a desconfiar de ellos y a vigilar todo lo que hacen. En el tránsito de una categoría a otra se pierde la buena fe, la confianza legítima, los ámbitos libres de injerencia y, lo que no es menos importante, los derechos y las libertades, como lo sabe bien quien debe casi desnudarse para poder tomar un vuelo, o exponer todos sus actos, e incluso las más esporádicas manifestaciones de su pensamiento, al escrutinio de los servicios de inteligencia, de vigilancia y de los demás individuos (en un ejercicio de linchamiento mediático), para poder ser considerado no sospechoso. En lugar de presumirse la inocencia, en un contexto así, lo que se presume es la culpabilidad, en un panorama que en nada desmerece al del “Gran Hermano” de George Orwell, en su premonitoria novela *1984*.

5. Resulta paradójico que el oneroso precio que debe pagarse al poder, para no tener miedo, no brinde ninguna garantía real de que el ataque no se producirá de nuevo. Se puede restringir derechos, excluir a personas por su origen nacional o por sus creencias, vigilar todos los ámbitos posibles, pero con todo eso no se puede excluir de manera categórica la posibilidad de que el ataque ocurra de nuevo<sup>7</sup>. La paradoja se profundiza, porque con este proceder, el miedo incluso se incrementa, pues ahora también habrá necesidad de tener miedo del poder y de los demás, para quienes no somos ciudadanos ni iguales, sino sospechosos. Esto, justamente, es lo que Ackerman considera que no puede permitirse una democracia<sup>8</sup>, y lo que en realidad no puede permitirse ninguna comunidad humana que tenga algún respeto por la dignidad y libertad propia y ajena.

6. Ante la angustia, el miedo y la premura que parece imponerse como inevitable, hace falta algo de sensatez, de calma y de tomarse un tiempo. La tarea de sobreponerse a las emociones básicas, e incluso a los instintitos humanos, suele confiarse a los jueces, de quienes se espera la cordura suficiente para actuar conforme a unos límites y el valor necesario para defender nuestros derechos, incluso en situaciones como esta<sup>9</sup>. Pero la existencia de una judicatura fuerte e independiente, que en algunos casos no lo es en

---

<sup>7</sup> Cfr., p. 12.

<sup>8</sup> Cfr., p. 12.

<sup>9</sup> Cfr., p. 13.

realidad, ¿es suficiente? La respuesta de Ackerman es negativa, pues ante el riesgo de que el poder (los políticos) usen el pánico para limitar la libertad de modo perdurable, es necesario destacar lo temporal y extraordinario de la situación, por medio de lo denomina una “constitución de excepción”<sup>10</sup>.

7. El concepto de “constitución de excepción” debe precisarse bien, pues no se trata de hacer una Constitución diferente, ni siquiera de introducir una reforma significativa a ella, sino más bien es una norma legal (“framework statute”), que resulta de un diálogo y un consenso. En una anotación que al día de hoy parece un atinado vaticinio, cuando se amenaza con usar armas nucleares un día sí y otro también, la prioridad en esta norma de excepción debe ser limitar el poder presidencial. El mecanismo que se propone para tal efecto, es que el presidente sólo puede declarar el estado de excepción de manera transitoria y máximo por dos semanas, tiempo suficiente para que el Congreso considere el asunto y, decida si lo refrenda o no, también por un término transitorio (dos meses). Se trata, pues, de una competencia temporal que debe ser renovada de manera explícita por el Congreso que, en realidad, sería el principal responsable de la declaración y, por tanto, el más interesado en ejercer un control efectivo<sup>11</sup>.

8. De entrada, es posible advertir que la “constitución de excepción” de Ackerman tiene algunos evidentes vacíos, al menos desde la experiencia constitucional colombiana, que en esta materia es, merced a su dolorosa historia, mucho más rica. De momento, conviene señalar dos: (i) el no fijar límites a los límites, valga decir, el no señalar cuál es el contenido irrestringible de los derechos<sup>12</sup> y (ii) el no establecer un control judicial, adicional al político, tanto sobre la declaración de excepción como sobre el ejercicio de las facultades presidenciales que se siguen de dicha declaración<sup>13</sup>.

9. Así planteado el asunto, ahora conviene llamar la atención sobre lo que podría considerarse más interesante de la propuesta de Ackerman: el enfoque del problema. Fiel a la tradición empírica, antes de proponer solucio-

---

<sup>10</sup> Cfr., p. 13.

<sup>11</sup> Cfr., p. 14.

<sup>12</sup> Esto corresponde a lo que la doctrina internacional sobre derechos humanos denomina “derechos intangibles” (art. 27.2 CADH), que es un límite sustancial dado por el derecho al ejercicio del poder, incluso en circunstancias de crisis. Y también corresponde, en caso de tratarse de un conflicto bélico, a lo que la Constitución denomina “reglas del DIH” (art. 214.2).

<sup>13</sup> Este control sobre el ejercicio de las facultades presidenciales bajo estado de excepción, que existe desde el año 1910, fue objeto de una importante modificación en el año 1968, para convertirse en un control oficioso y, por tanto, integral. De otra parte, si bien hubo controversia en cuanto a la extensión del control al acto que declara el estado de excepción, ésta fue superada por la Corte Constitucional, al asumir dicho control, también de manera oficiosa e integral.

nes, su discurso se centra en determinar bien el problema, a partir de tres preguntas centrales: (i) ¿existe una verdadera guerra contra el terrorismo?; (ii) ¿se necesita una constitución de excepción para superar el desafío del terrorismo?; y (iii) ¿nuestro “viejo y noble sistema de derecho penal” nos sirve o no para este propósito?<sup>14</sup>. Sólo sobre esta base empírica, que en el libro ocupa la primera parte<sup>15</sup>, es posible llegar a considerar los principios que deben informar a la “constitución de excepción”, conforme a las particularidades de la tradición constitucional de los Estados Unidos<sup>16</sup>, materia que corresponde a la segunda parte<sup>17</sup>.

## EL FENÓMENO DEL TERRORISMO

10. El terrorismo no es un fenómeno convencional. No se ajusta a los presupuestos teóricos propios de una guerra, ni a los de un conflicto armado no internacional. Por ello, de manera consecuente, no es posible afirmar que exista una “guerra contra el terrorismo”, como se dice de manera recurrente en los tiempos que corren. El terrorismo es una técnica: actuar de manera violenta y deliberada contra personas civiles, lo que implica pasar por alto el principio fundamental de todo conflicto: el de distinción entre combatientes y no combatientes<sup>18</sup>. Así, pues, la respuesta a la primera pregunta será negativa: no existe una guerra contra el terrorismo. Esta noción negativa del fenómeno, que precisa lo que no es, no es suficiente para su comprensión, sino que requiere una noción afirmativa: saber lo que sí es.

11. Las circunstancias actuales, en especial las de la tecnología, los medios de destrucción y la economía, hacen que muchas personas, sin necesidad de tener un aparato organizado de poder<sup>19</sup>, puedan causar notable daño, con un uso adecuado de los recursos que están a su alcance. Antes del episodio de las torres gemelas a nadie se le habría ocurrido que un avión de pasajeros, tomado con medios muy precarios, podría ser usado como un arma eficaz para destruir vidas humanas y propiedades<sup>20</sup>. La proliferación de sustancias

<sup>14</sup> Cfr., p. 18 y 19.

<sup>15</sup> Páginas 23-103.

<sup>16</sup> No se trata, pues, de una propuesta universal, válida para todos los contextos. Por el contrario, es una propuesta particular, como en esta materia deben serlo todas, que se construye a partir de las circunstancias propias de una historia y de una tradición constitucional concreta, y no como un mero asunto teórico, de aquellos que se asumen a partir de la falacia del *ab initio*, como si en estos asuntos el pasado fuese irrelevante.

<sup>17</sup> Páginas 107-226.

<sup>18</sup> Cfr., p. 25.

<sup>19</sup> Cfr., p. 27.

<sup>20</sup> Si bien los “kamikazes” usaron sus aviones como armas, lo hicieron contra objetivos militares, valga decir, contra combatientes en el contexto de una guerra.

explosivas de alta potencia y escaso volumen, o de químicos letales, o de virus potenciados en laboratorios, e incluso de armas nucleares portátiles, no algo alentador cuando se piensa en el futuro de las amenazas<sup>21</sup>. Basta una pequeña fisura en el sistema de seguridad, para que el riesgo de sufrir un acto terrorista sea muy serio.

12. Si bien el terrorismo causa destrucción y cobra vidas, su objetivo principal no es este daño concreto, sino amenazar a los sobrevivientes, para producir en ellos miedo, o mejor, terror. El terrorismo como técnica no tiene la capacidad de destruirnos a todos, pero sí que tiene la capacidad de amedrentarnos. Por eso, el principal desafío que existe frente al terrorismo es evitar que se repita. Ahí surge, como una especie de reflejo, la voluntad colectiva de dar a los servicios de seguridad del Estado poderes extraordinarios, para que hagan todo lo que sea necesario para evitar nuevos ataques<sup>22</sup>. Y esto es, justamente, lo que debe precisarse bien, pues “todo lo que sea necesario” no puede comprenderse como una autorización en blanco, en la cual quepa cualquier tipo de conducta, sin renunciar a la Constitución.

13. El hablar de limitar el uso de los medios para evitar un nuevo ataque terrorista no parece ser lo más adecuado ante un auditorio presa del miedo, como lo sabe el profesor John Yoo<sup>23</sup>, al afirmar que “La paz no es necesariamente la mejor forma de proteger la seguridad nacional”, lo que puede poner, de manera inadecuada el debate en términos de vida o muerte, como se llegó a plantear en el transcurso de la segunda guerra mundial<sup>24</sup>. La afirmación de Yoo es comprensible y, en buena medida, replica la de Hobbes, en tanto y en cuanto una forma de sentir menos miedo es infundir a cualquier otro más miedo, valga decir, en convertirse en un peligro mayor y devastador, capaz de decir: pueden intentar cometer actos de terror en mi territorio o contra mis ciudadanos, pero deben saber que si lo hacen el precio a pagar por ello será su desaparición, junto a sus familiares, amigos y personas cercanas, de la faz de la tierra.

14. El terrorismo, a juicio de Ackerman, plantea dos peligros diferentes: la amenaza a las personas y a su integridad y la amenaza política al sistema constitucional<sup>25</sup>. Por medio del terrorismo, la violencia se ejerce como un elemento de presión para obtener beneficios para quien hace la amenaza y puede dar lugar, como de hecho ocurre, y no sólo en los Estados Unidos, a

---

<sup>21</sup> Cfr., p. 25.

<sup>22</sup> Cfr., p. 27 y 28.

<sup>23</sup> El argumento de Yoo, para ese momento profesor de la Universidad de Berkeley, es tomado por Ackerman del artículo *War, Responsibility, and the Age of Terrorism*, 2004, que aparece publicado en el número 57 de la *Stanford Law Review*.

<sup>24</sup> Cfr., p. 34.

<sup>25</sup> Cfr., p. 35.

una práctica de extorsión recurrente. De ahí que algunos digan, con mucho sentido, que con los terroristas no es posible negociar. Para decirlo en términos propios del derecho de los contratos, la fuerza que implica la amenaza del terrorismo, vicia el consentimiento, repugna a la libertad y convierte a su víctima en prisionero del miedo. Sin embargo, la alternativa a esto no puede ser la destrucción, por cualquier medio y a cualquier costo, de los terroristas y de los que, sin serlo, estén cerca de ellos, les ayuden o los aprecien.

15. En medio del dolor, la primera respuesta suele ser la más desmesurada. Esto hace que la situación del presidente sea especialmente difícil: todos esperamos que haga algo y que lo haga pronto. Si a esta situación se une la de pensar en el terrorismo en términos de “guerra”, están dados los elementos para abrir la caja de Pandora y liberar males que pueden ser irreversibles y que pueden afectar a personas o comunidades inocentes y, además, el derecho a un debido proceso de aquellos que a la postre resulten siendo declarados culpables. A juicio de Ackerman, esto es lo que ha pasado con el uso dado a algunos precedentes, como Quirin<sup>26</sup>, Padilla<sup>27</sup> y Hamdi<sup>28</sup>, por los apologistas del poder presidencial, bajo la presidencia de Bush<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Los hechos del caso Quirin ocurren en junio de 1942, en plena segunda guerra mundial, cuando arriban a costas norteamericanas (playas de Ammagansett, Long Island Nueva York y Ponte Vedra, Florida, submarinos alemanes con personas expertas en sabotaje con explosivos, que se visten como civiles para atentar contra industrias e instalaciones de guerra. Una de estas personas deserta y acaba por entregarse al FBI que, con la información dada, captura a los demás. Entre el grupo de capturados hay un ciudadano de los Estados Unidos, el cual también será juzgado en secreto por una comisión militar creada por el presidente que, además, exhorta a los tribunales a no intervenir. Al presentarse los recursos correspondientes, los jueces atienden la susodicha exhortación y posponen su decisión en el tiempo. Al momento de decidir ya la mayoría de los capturados han sido ejecutados, circunstancia que torna muy difícil aplicar la Constitución, como era su deber. Para ilustrar esta dificultad, Ackerman cita la *Carta de Stone a Frankfurter del 10 de septiembre de 1942*, que obra en los Frankfurter Papers, citada por Louis Fisher en *Military Tribunals: The Quirin Precedent*, p. 27.

<sup>27</sup> En el caso Padilla, el Tribunal Supremo, declinó pronunciarse sobre el amparo de los derechos de un ciudadano de los Estados Unidos, que había sido aislado en una celda durante dos años, por considerarse que “el asunto era demasiado delicado” (p. 43), por lo que se aceptó el argumento de que podía tratarse como un combatiente raso en “la guerra contra el terrorismo”, conforme a la doctrina de la *Judicial restraint*. Poco importó que, además de ser ciudadano, Padilla había llegado como civil y sin armas al aeropuerto de Chicago. Incluso algunos ministros del tribunal, como Thomas fueron más allá de la tímida mayoría, para defender el poder presidencial de “declarar unilateralmente un estado de excepción para hacer frente a cualquier amenaza a la seguridad pública, y de enviar a sus conciudadanos a la cárcel por un período indeterminado, incluso si se equivoca” (p. 45).

<sup>28</sup> El caso de Hamdi comparte con el de Padilla dos importantes características: en ambos se priva de la libertad a un ciudadano norteamericano por orden presidencial. Sin embargo, hay una diferencia, en este caso la privación de la libertad no ocurre en los Estados Unidos, sino en Afganistán.

<sup>29</sup> Cfr., p. 39

16. Es obvio que el precedente de Quirin, a pesar de sus dolorosas precariedades, no puede aplicarse cuando se hace frente al terrorismo, por la importante circunstancia de que la lucha contra el terrorismo no es equiparable a una guerra contra otro Estado y, menos aún, a una guerra en la cual los Estados Unidos ponían en juego su existencia misma.

17. En el caso Padilla, si bien ya no se llega a los dos extremos más difíciles de defender de Quirin: juicio por una comisión militar y ejecución inmediata de los reos, se mantiene un elemento en extremo perturbador: la no injerencia de los jueces y, lo que puede ser peor, al menos en la lectura que del asunto hace el juez Thomas, la afirmación de que el presidente, por razones de seguridad (pública o nacional) puede privar de su libertad a un ciudadano de manera ilimitada, así a la postre su decisión se pueda considerar como equivocada. El terrorismo, además de poner “fuera de lugar” a la judicatura, en ambos casos, lleva a una inaceptable claudicación constitucional: la existencia de actos del poder que afectan los derechos de los ciudadanos y que no tienen control judicial, lo que equivale en la práctica a revivir una de las mayores perversiones de la teoría política moderna, nacida de la obra de Hobbes y refinada por la tradición francesa: la razón de Estado, es decir, la razón de la sinrazón, que no tiene necesidad de justificarse, porque es un acto de poder. O para decirlo con el eufemismo colombiano, porque es un acto político.

18. Como se puede ver, el considerar que existe una guerra contra el terrorismo, parecería permitir a los Estados Unidos tratar a los terroristas como a enemigos, así sean ciudadanos suyos, como ocurre en el caso Hamdi<sup>30</sup>. Por esta vía, advierte Ackerman, si bien no se ha hecho uso explícito de la Ley de Enemigos Extranjeros (Enemy Aliens Act), se ha usado otras leyes, como las de inmigración, para justificar la detención de los enemigos<sup>31</sup>. Basta ver la numerosa población de la prisión de Guantánamo y su increíble desprotección judicial, con el argumento de que dicha prisión no está en territorio norteamericano y sus reos no son ciudadanos de los Estados Unidos, para advertir los extremos a los que puede conducir el ejercicio del poder presidencial ilimitado, cuando hace frente al terrorismo.

19. Algún consuelo produce saber que el propio tribunal supremo ha ido depurando los más notables ripios de su doctrina. Así, como lo advierte Ambos en la obra referida (ver nota al pie 30), el 29 de junio de 2006 el tribunal supremo llegará a la obvia conclusión de que el juzgamiento

---

<sup>30</sup> Lo dicho sobre estos casos y, sobre lo que acaeció después, puede verse en el prolijo análisis que hace de ellos Kai Ambos en *El derecho penal frente a amenazas extremas*, Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2007, p. 59 y siguientes.

<sup>31</sup> Cfr., p. 56.

por comisiones militares creadas por el presidente es incompatible con la Constitución, y un año antes, la juez federal Joyce Hens Green aplicará el artículo 5 de la Constitución y la Convención de Ginebra sobre prisioneros de guerra, para garantizar el derecho al debido proceso, aunque con una deferencia muy marcada por los poderes del presidente.

20. En el sentido indicado también obran otras judicaturas, como la británica, que en 2004 declara nula una norma que autorizaba a detener a extranjeros por un tiempo indeterminado sin ninguna garantía judicial<sup>32</sup>. Si bien la razón tuvo que ver con la discriminación que implica tratar así sólo a los extranjeros cuando los propios nacionales, que pueden representar una amenaza igual o mayor a la seguridad, sí tienen la cobertura de la Constitución, la decisión no deja de mostrar que existen límites incluso cuando se trata de habérselas con terroristas.

21. El tema es, como lo reconoce Ackerman, muy serio y ameritaría un estudio propio, como es, en efecto, el que hace Ambos. Lo cierto es que la experiencia muestra que el poder presidencial, más allá de quien sea el presidente, cuando se enfrenta al terrorismo no suele andarse por las ramas y usa todo su poder, incluso competencias que no fueron diseñadas para este propósito, para doblegar y someter al que considera enemigo, sin parar mientes en su condición de ser humano y en sus derechos. Es a partir de esta experiencia que tiene sentido la hipótesis principal del libro de Ackerman: la existencia de una constitución de excepción, entendida como ya quedó dicho (supra 7) ¿puede reducir la probabilidad de que el presidente abuse de sus poderes en un contexto de ataques terroristas de periodicidad impredecible?<sup>33</sup>

22. De la capacidad de dicha constitución de excepción, se sigue, por supuesto, su necesidad, que es la segunda cuestión de la trilogía planteada para comprender el fenómeno del terrorismo (supra 9). La palabra excepción no puede comprenderse sin su antónimo: regularidad o normalidad. La excepción alude a lo que no es normal y suele traer aparejada una ampliación de las competencias de las autoridades, en muchos casos marcadas por la discrecionalidad<sup>34</sup>. La excepción no se predica de los poderes o las competencias, que son una consecuencia necesaria de ella, sino de los hechos, es, por tanto, un asunto empírico.

23. Ante el lugar común de que la regla es la normalidad y la excepción la anormalidad, que suele explicar muy bien la historia de los Estados Unidos antes del episodio de las torres gemelas, conforme al cual tiene sentido

<sup>32</sup> Cfr., p. 57.

<sup>33</sup> Cfr., p. 59.

<sup>34</sup> Cfr., p. 88.

pensar que una persona experimentará muy pocas crisis a lo largo de su vida, Ackerman opone, con perspicacia, cuando se piensa en el terrorismo, la pregunta crucial: ¿dadas las circunstancias actuales, los fenómenos terroristas serán infrecuentes en el futuro?<sup>35</sup>. Su respuesta negativa será confirmada por los hechos sobrevinientes.

24. Si el terrorismo no es un fenómeno infrecuente, sino por el contrario recurrente, es obvio que el ejercicio de los poderes presidenciales extraordinarios no será un asunto episódico, de esos que se presencian una o dos veces en la vida de un ciudadano, sino algo mucho más frecuente. Ante esta conjetura verosímil, no parece razonable calificar al terrorismo como una emergencia. Por ello, conviene revisar bien el régimen jurídico previsto para dichas facultades, a fin de evitar el cada vez más evidente riesgo de abusos y, por ende, de vulneraciones a la Constitución, que usualmente se pretenden justificar a partir de las necesidades del momento.

25. El recuento de casos hecho en los párrafos 15 y siguientes, a los que el autor suma ahora los de Fred Korematsu y Mitsuye Endo, ambos resueltos en 1944, con una abierta deferencia al presidente (Roosevelt), cuya conducta no genera ningún rechazo, pese a la inocencia de dichas personas, injustamente afectadas por las medidas del Estado, pues a juicio de los jueces, el presidente se había limitado a proteger “el esfuerzo bélico contra los espías y saboteadores”<sup>36</sup>. Esta conducta desmesurada no fue exclusiva de los Estados Unidos, sino que se proyectó incluso en Colombia, que no fue precisamente una de las protagonistas de la segunda guerra mundial, cuando el presidente tomó medidas restrictivas frente a personas de origen alemán y japonés, a los que internó en un campo de concentración, calificado como en nombre eufemístico de hotel de estadía forzosa<sup>37</sup>.

26. No seré yo quien niegue la máxima de sentido común de que enfrente de una crisis no se puede ser muy puntilloso con las formas, al punto de que sea imposible hacer frente con éxito a la amenaza a la seguridad, pero tampoco seré de los que diga que en tal caso el juez debe mirar para otro lado o ser en extremo deferente con las autoridades. El precio de vivir conforme a la Constitución, que es el que corresponde a un Estado Social y Democrático de Derecho, es respetarla aún en los casos más difíciles y apremiantes. Incluso si existe un régimen especial: denominado constitución de excepción, no es posible ignorar los límites o pasar por alto las normas, ya que, de hacerlo, el gobierno dejaría de ser jurídico y se convertiría en fáctico.

---

<sup>35</sup> Cfr., p.88.

<sup>36</sup> Cfr., p. 90.

<sup>37</sup> Las circunstancias de esas personas se muestran, de manera descarnada, verosímil y vívida, por el literato Juan Gabriel Vásquez en su novela *Los informantes*.

Los dos últimos siglos han mostrado lo que ocurre cuando el gobierno se torna de facto, en múltiples y variadas modalidades de tiranía, que pueden agruparse en un mismo fenómeno: el totalitarismo.

27. Ante estas revelaciones, Ackerman considera necesario estudiar lo que ocurre en otros países, que es justamente lo contrario a lo que pasa en los Estados Unidos, pues en casi todos ellos, se interfiere el ejercicio presidencial, por medio de otros órganos<sup>38</sup>. Así, por ejemplo, si bien el presidente puede en Francia declarar el estado de excepción sin que se reconozca ningún control a los tribunales, se interfiere con dicha declaración, en la medida en que antes de hacerse debe elevarse una consulta al Consejo Constitucional (cuyo dictamen se publica), la cual, si bien no es vinculante, hace que la decisión presidencial ya no sea meramente discrecional, pues media un ejercicio público de la razón<sup>39</sup>. Además, se enuncia de manera explícita los derechos fundamentales que no pueden ser suspendidos y se limita en el tiempo la crisis, en tanto se trata de un fenómeno provisional y no permanente<sup>40</sup>, lo que, como ya se anotó (supra 8), también ocurre en Colombia.

28. La experiencia de los demás es un buen elemento de juicio, pero no es ni debe ser una fuente de soluciones a aplicar de manera irreflexiva a un problema que tiene sus propias circunstancias y contextos<sup>41</sup>. En lugar de trasplantar instituciones, como suele ser común en estos parajes, Ackerman se empeña en no perder de vista el problema que debe resolver: ¿cómo “restablecer la confianza de los ciudadanos en el gobierno y, en concreto, en su capacidad de tomar medidas apropiadas para evitar un segundo atentado”<sup>42</sup> y en seguir el añejo método británico de, en lugar de construir teorías constitucionales extravagantes, centrarse en el “arte pragmático de gobernar”<sup>43</sup>.

29. Así las cosas, para Ackerman es momento de averiguar si ¿nuestro “viejo y noble sistema de derecho penal” nos sirve o no para este propósito? (supra 9). La respuesta depende de la comprensión que se tenga del fenómeno del terrorismo, la cual pasa por considerar si puede o no tenerse como un delito.

30. El delincuente suele afectar a personas o a sus derechos, pero no suele centrarse en cuestionar el poder del Estado, como sí parecen hacerlo los terroristas<sup>44</sup>. A un terrorista no le importa mayor cosa quiénes sean las perso-

<sup>38</sup> Cfr., p. 94.

<sup>39</sup> Cfr., p. 96.

<sup>40</sup> Cfr., p. 97.

<sup>41</sup> Cfr., p. 98.

<sup>42</sup> Página 98.

<sup>43</sup> Cfr., p. 99.

<sup>44</sup> Cfr., p. 66 y 67.

nas afectadas con su acto, a las no conoce y respecto de las cuales no tiene ningún propósito particular, lo que le importa es dañar a estas personas para afectar al Estado y, acaso sea más preciso decir, a la comunidad política de la que hacen parte. Las víctimas del terror lo son en buena medida por su mala fortuna: estar en el lugar equivocado en el momento equivocado.

31. Es obvio que un acto terrorista, e incluso la conspiración para realizarlo, son delitos, que deben ser juzgados de manera oportuna. Pero el problema de Ackerman no se centra en lo que ya pasó, sino en qué se puede y debe hacer para que no vuelva a pasar de nuevo.

32. Una primera alternativa, que descarta, es la del arte de prevención de riesgos, pues en materia de terrorismo, parafraseando a Frank Knight, “nos vemos arrojados a un mundo de incertidumbre radical, en el que los riesgos no pueden calcularse”<sup>45</sup>.

33. Con el terrorismo hay dos posibilidades opuestas que no resultan adecuadas. La primera, que podría tomarse de Schmitt, para sostener que en un “estado de emergencia” el derecho deja de aplicarse<sup>46</sup>, lo que es inaceptable si se quiere actuar desde y dentro de la Constitución. La segunda, menos extrema y más acorde con la Constitución, pero también inadecuada a las circunstancias, consistente en aplicar al terrorismo los mismos estándares previstos en el derecho penal para los delincuentes y los delitos<sup>47</sup>. El cambio permanente de estos estándares, para hacerlos adecuados a las circunstancias del terrorismo, que podría ser una variante teórica, también resulta inaceptable, porque apareja el gravísimo riesgo de normalizar el “uso represivo del derecho penal durante períodos de calma relativa”<sup>48</sup>.

34. En medio de las dos alternativas descartadas emerge la constitución de excepción, la cual daría a los servicios de seguridad dos importantes competencias: (i) la de “detener si hay bases razonables para la sospecha, un estándar menos exigente que el de los indicios racionales de criminalidad, que es el que de ordinario se exige en el proceso penal”; (2) la de “retener a los sospechosos hasta cuarenta y cinco días antes de que la acusación tenga que satisfacer el estándar que el derecho penal “clásico” exige para que se produzca el arresto y condena de un sospechoso”<sup>49</sup>.

35. Ackerman no ignora que esto puede implicar el arresto de personas que aparezcan en listas de vigilancia, sin estar vinculadas en concreto con una trama terrorista, y que, por tanto, muchos inocentes pueden verse privados

---

<sup>45</sup> Página 67.

<sup>46</sup> Cfr., 82.

<sup>47</sup> Cfr., p. 70.

<sup>48</sup> Página 73.

<sup>49</sup> Página 69.

de su libertad, lo que en todo caso será temporal, pero asume que este es un precio a pagar justificado, si las personas responsables de planear y de realizar el acto terrorista sufren la misma suerte, de modo que sus preparativos se trastocuen y, por ende, así se salven vidas y se evite un duro revés para los Estados Unidos<sup>50</sup>.

36. Algo semejante a lo que propone la “constitución de excepción” ya fue hecho en Alemania en 1998, al modificar el artículo 13. 3 de la Ley Fundamental de Bonn, relativo a la inviolabilidad del domicilio, para permitir, en ciertas circunstancias especiales, el uso de medios técnicos para la vigilancia acústica de viviendas en las cuales podría estar el inculpado de un delito. Si bien hay unos límites objetivos: debe tratarse de un delito particularmente grave definido así por la ley; debe haber una orden judicial previa dada por tres jueces y, si hubiere un peligro inminente por uno; debe ser provisional; y debe justificarse a partir de que sin ella sería desproporcionadamente difícil o inviable la investigación. Esto se complementa en el numeral 4, al advertir que si se trata de un peligro inminente para el orden público la autorización la puede dar un órgano no judicial predeterminado, aunque se debe pedir una orden judicial sin dilación. En el numeral 5, se va más allá de la investigación de un delito, para referirse a la “prevención ante un peligro”, que es justamente lo que ocurre en caso de un futuro y eventual ataque terrorista.

37. Esta reforma a la Constitución de Alemania generó un importante debate constitucional, pues puso de presente la necesidad de estudiar estas evidentes restricciones a una libertad fundamental con el límite expreso al poder de reforma constitucional, previsto en el artículo 79, del principio de la dignidad humana. A partir de este punto central del debate, se cuestionó la posible afectación de otros principios, como la presunción de inocencia, la garantía de no autoincriminación, el derecho a no declarar contra familiares y la vulneración del ámbito irreductible de intimidad de todo ser humano. No obstante, al estudiar el punto, la mayoría del Tribunal Constitucional Alemán, en el trámite de un recurso de amparo, en la Sentencia BVerfGE 109, 279, considera que las restricciones no son incompatibles con el principio de la dignidad humana.

## **VÍAS CONSTITUCIONALES PARA ENFRENTAR Y AFRONTAR AL TERRORISMO**

36. Una solución jurídica al problema que plantea el terrorismo, visto desde la razonable perspectiva futura de un nuevo ataque, y no desde la tranquilidad de análisis que implica considerar un ataque ya concluido, debe darse, en primer lugar, desde y dentro de la Constitución. Frente al probable aten-

<sup>50</sup> Cfr., p. 70.

tado futuro, Ackerman propone la “constitución de excepción”, como un estado temporal que permita tomar medidas efectivas, pero sin sacrificar de manera desmesurada derechos, ni fomentar en el tiempo prácticas patológicas en lo jurídico<sup>51</sup>.

37. La excepción dentro de la Constitución, se estudia a partir del primer ejemplo histórico occidental de la figura: la dictadura en la república de Roma. El *dictator*, si bien era designado por los cónsules para un período improrrogable de seis meses, no podía ser un cónsul, con lo cual se garantizaba que ningún cónsul iba a designar a un dictador si no era estrictamente necesario. Durante los tres siglos de la república hubo noventa dictadores, conforme a las anteriores reglas y, en ningún caso, ocurrió que un dictador designase a otro. Conforme al espíritu republicano, ni siquiera el dictador tenía poderes plenos, sino que requería del concurso del Senado, en materia de recursos económicos, no podía usurpar las funciones de los jueces en casos civiles y carecía de facultad para iniciar guerras ofensivas<sup>52</sup>.

38. De la institución republicana de la dictadura, por desgracia confundida en los días que corren con la forma degenerada de la tiranía, al calificar la canalla a los tiranos de la hora de ahora como dictadores, Ackerman rescata dos elementos: su temporalidad estricta y la concurrencia de otro poder. En cuanto al tiempo, en lugar de los conocidos seis meses, habla de una o dos semanas (si el congreso está reunido o si no lo está), para la fase inicial, antes de que el congreso se pronuncie, y de no más de tres meses para su duración luego de este pronunciamiento (aunque podría haber prórrogas). En cuanto a la concurrencia de otro poder, alude al congreso, que es en realidad el que confirma o no la declaración de emergencia, exige unas mayorías calificadas progresivas, que podrían empezar por 60 de 100 para la primera vez, e incrementarse diez puntos porcentuales<sup>53</sup> para cada extensión<sup>54</sup>.

39. En su celo republicano, el autor es incluso partidario de hacer más difícil el asunto en el congreso, al considerar que los miembros de los partidos de oposición deben ser mayoría en las comisiones de control, como también lo debe ser su presidente, elegido por medio de una terna hecha por ésta y elegido de ella por la mayoría<sup>55</sup>. Para que el control pueda ser efectivo, la comisión debe tener tanto un acceso inmediato y completo a

---

<sup>51</sup> Cfr., p. 107.

<sup>52</sup> Cfr., p. 109 y 110.

<sup>53</sup> El sistema de mayorías crecientes propuesto por Ackerman, se basa en la experiencia de Sudáfrica (Cfr., p. 123).

<sup>54</sup> Cfr., p. 110 y 111.

<sup>55</sup> Cfr., p. 117.

todos los documentos como la posibilidad de decidir qué información será puesta en conocimiento del público y cuál no<sup>56</sup>.

40. Este control parlamentario concomitante se complementa con un control posterior, que se ejerce por otra comisión del congreso cuando se haya superado la excepción, la cual analizará el uso que se hizo de los poderes excepcionales. Esta comisión también debe estar presidida e integrada por miembros de partidos de la oposición y deberá hacer público su informe en el término de un año<sup>57</sup>.

41. La concurrencia de órganos en el ejercicio de los poderes de excepción y en su control, debe partir de la base del principio de equilibrio entre los poderes, esto es de no permitir al presidente ser el intérprete exclusivo de las normas aplicables, pues a su juicio es posible encontrar, si se paga el precio adecuado, dictámenes de los más brillantes juristas para soportar la mera voluntad presidencial<sup>58</sup>. La desconfianza hacia el presidente, merced al riesgo de abuso visible en la historia, hace que no sólo se cuestione su capacidad de interpretar las normas, sino su capacidad de valorar la situación: lo que se llamaría en Colombia, la calificación política de los hechos, al punto de exigir como condición objetiva insoslayable, que ya se haya producido un atentado, en lugar del estándar usual del peligro claro e inminente (“clear and present danger”)<sup>59</sup>.

42. Además de los límites constitucionales y de los controles del congreso, en la constitución de excepción existe un importante rol a desarrollar: el de los jueces. Al haber un presupuesto objetivo para declarar el estado de excepción: la ocurrencia de un atentado, es posible que un juez revise, a partir de la evidencia, esta decisión podría anularse si se justifica con el argumento de que es altamente probable que ocurra un atentado terrorista, incluso si el congreso apoya este parecer<sup>60</sup>.

43. Más allá de esta manifestación de control judicial puntual, Ackerman considera poco viable que los jueces ejerzan otros controles, pues no tendrían el tiempo mínimamente necesario para ello (lo que sería una parodia de ejercicio de sus funciones)<sup>61</sup>, por lo que es partidario de que se hagan al margen y sean los órganos políticos lo que califiquen el riesgo de un segundo atentado y, por tanto, la continuidad de la excepción<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Cfr., p. 118.

<sup>57</sup> Cfr., p. 120.

<sup>58</sup> El argumento de Ackerman es incluso más duro: “los abogados se venden baratos”, cuando se trata de dar “cobertura legal a las decisiones presidenciales” (Cfr., p. 124).

<sup>59</sup> Cfr., p. 126.

<sup>60</sup> Cfr., p. 139 y 140.

<sup>61</sup> Cfr., p. 140.

<sup>62</sup> Cfr., p. 141.

44. El control judicial debe ser muy riguroso respecto de la atribución de poderes especiales al presidente, sin invocar de manera expresa dicha excepción, para prevenir que se eludan los controles, y de la necesaria temporalidad de este estado<sup>63</sup>. También debe serlo respecto de la detención de personas y de la garantía de que en ningún caso éstas serán sometidas a tortura<sup>64</sup>.

45. Además de la renuncia incondicional a ejercer tortura, a pesar de los buenos resultados que pueden seguirse de ello, como una prohibición irrenunciable de la civilización y de un Estado de Derecho, Ackerman considera que es necesario tomarse en serio los derechos fundamentales de los detenidos y, por tanto, darles un trato digno, garantizarles la asistencia de un abogado, limitarles en el tiempo de manera estricta su detención y, si es del caso otorgarles una compensación justa<sup>65</sup>. A los jueces corresponderá hacer efectivas estas garantías y, por esta vía, controlar los eventuales excesos en los que pudiere incurrir la autoridad.

46. A partir de los anteriores elementos de juicio, es momento de considerar las particulares circunstancias de la realidad estadounidense, que Ackerman no duda en calificar como excepcional. Para este propósito destaca la Ley de Emergencias Nacionales de 1976, que si bien fija unos estándares para el ejercicio futuro de poderes de excepción, no revisa las diversas y dispersas normas que reconocen al presidente poderes discrecionales en estas situaciones<sup>66</sup>. Si bien la ley no se ha usado para justificar la detención de sospechosos antes del 11 de septiembre, sí se ha empleado para bloquear bienes y restringir la salida del país, y en torno de ella ha surgido una importante experiencia.

47. Una de las primeras controversias constitucionales fue la de si el congreso podría declarar el fin de la excepción, poder que fue cuestionado por la Corte Suprema, de tal suerte que en esta materia el presidente puede vetar la decisión del congreso y, en consecuencia, para poder superar el veto, se debe reunir una mayoría calificada de dos tercios en cada una de las cámaras<sup>67</sup>.

48. En un análisis de la tradición constitucional estadounidense sobre la materia, Ackerman que va desde la refundida propuesta, que hizo Charles Coatesworth Pinckney en la Convención Constituyente, de fijar un lí-

---

<sup>63</sup> Cfr., p. 144.

<sup>64</sup> Cfr., p. 149.

<sup>65</sup> Cfr., p. 156.

<sup>66</sup> Cfr., p. 168.

<sup>67</sup> Cfr., p. 169.

mite temporal máximo de doce meses<sup>68</sup>, hasta los precedentes contenidos en *Duncan c. Kahanamokou*<sup>69</sup>, *Ex parte Milligan*<sup>70</sup> y *Youngstown Sheet & Tube c. Sawyer*<sup>71</sup>, pasando por la decisión de Ulysses S. Grant (autorizada por el Congreso) de suspender la acción del habeas corpus, con el propósito de eliminar al Ku Klux Klan, luego de la guerra civil<sup>72</sup>.

## EPÍLOGO

49. A pesar de las difíciles emociones que genera el sufrir un atentado terrorista y saber que es probable que esta experiencia se repita, la reacción de las víctimas no puede ser desmesurada e incivilizada. El sufrir a los bárbaros, no justifica renunciar a la civilización, y actuar como ellos.

50. El precio de actuar desde y dentro de la Constitución es, justamente, reconocer que el poder, incluso en situaciones de crisis, tiene límites. Si no respetamos dichos límites, así sea por una sola vez y por los motivos más nobles, nos ponemos al margen de la Constitución y actuamos como un poder fáctico, no jurídico.

51. La gravedad de la amenaza terrorista puede hacer necesario adoptar medidas de excepción, pero éstas deben enmarcarse dentro de la Constitución y someterse, como es obvio, a estrictos controles políticos por el congreso y jurídicos por los jueces.

52. Es preciso asumir como base irrenunciable el respeto por el ser humano, incluso por aquél que quiere aterrorizarnos y por las garantías mínimas que la civilización a la que pertenecemos ha forjado en su ya más que milenaria tradición.

---

<sup>68</sup> Cfr., p. 172 y 173.

<sup>69</sup> En este caso se trata de la suspensión que hizo el Gobernador de Hawái del funcionamiento de los tribunales ordinarios, para llevar a los civiles vinculados a juicios criminales ante la justicia militar, luego del ataque a Pearl Harbor. Al considerar estos hechos, el tribunal supremo consideró inaceptable haber privado a Duncan de la garantía de ser juzgado por un jurado (Cfr., p. 175 y 176).

<sup>70</sup> En este caso, resuelto apenas terminada la guerra civil, se controvierte la suspensión que ordenó Lincoln de la acción de habeas corpus al comienzo de la guerra, la cual había sido refrendada por el Congreso. Al conocer del caso, el tribunal ordenó la liberación inmediata de Milligan, al considerar inaceptable que el presidente y el congreso dejarán sin efectos la garantía del habeas corpus (Cfr., p. 183 y 184).

<sup>71</sup> En este caso se discute sobre el uso doméstico de los poderes que para la guerra la Constitución confiere al presidente, en los días de la guerra de Corea. El presidente Truman, como comandante y jefe, al hacer frente a una huelga en el sector del acero, que podía afectar su producción en todo el país, ordenó la ocupación de las acerías y su puesta en funcionamiento. El tribunal protegió las normas que regulan las relaciones laborales, de este tipo de intervención excepcional (Cfr., p. 186).

<sup>72</sup> Cfr., p. 174.

53. El miedo no puede conducirnos, dice Ackerman, a renunciar a un rico legado histórico de libertad, de derechos y de garantías. Y así debe repetirse, a pesar de que ser libre pueda conllevar algunos riesgos, de que los derechos puedan tener como titulares a terroristas y de que las garantías hagan más difícil afrontar sus amenazas.

54. Es momento de dejar en claro que hay ciertos elementos mínimos: como los derechos inalienables o irrestringibles, que no pueden ser desconocidos por el poder político, sea que se manifieste por el presidente, por el congreso, e incluso por el poder constituyente, como lo dice tan bien la Ley Fundamental de Bonn (art. 79(3) en concordancia con el art. 1(1) y (2)), al aludir al principio de la dignidad humana, con estas providenciales palabras:

*La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público.*

*El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.*