

TERRORISMO Y CONSTITUCIÓN UN NIDO DE PARADOJAS

Julio Alvear Téllez

1. Introducción

El fenómeno terrorista ha evolucionado en las últimas décadas. En la medida en que aprovecha la vulnerabilidad de las sociedades occidentales, la respuesta de los Estados tiende a volverse paradójica cuando se trata de defender el orden constitucional. Diseñados para situaciones de excepción, los institutos de garantía de dicho orden no pueden aplicarse perdurablemente en el tiempo sin poner a prueba los principios de raigambre liberal en los que se apoya.

Para comprender esta tesis, es imprescindible analizar los caracteres del terrorismo contemporáneo y su amplísima capacidad ofensiva. Asentado este punto, identificaremos los problemas concretos que el fenómeno plantea al Estado constitucional contemporáneo. Los formularemos como paradojas dentro de los marcos de una crítica interna al sistema constitucional que nos rige.

2. El terrorismo: un fenómeno complejo

El terrorismo es un fenómeno complejo. En primer lugar, evoluciona de manera impredecible. Es difícil preverlo a futuro mediante el control razonable de todas sus variables. El desarrollo de la inteligencia política y de las policías secretas –fenómenos invisibles para la institucionalidad republicana en forma– suele mostrar éxitos muy relativos.

Hay que tener en cuenta, además, la peculiaridad del terrorismo contemporáneo. Sólo en algunos aspectos puede

equipararse al terrorismo del siglo XIX e inicios del XX.

Si nos remontamos a la época del terrorismo naciente, particularmente las tres últimas décadas del siglo XIX, nos encontramos con un terrorismo puramente selectivo, consecuencia de la violencia antisistémica de los movimientos anarquistas operativos. Se solía hablar, vr. gr., de «propaganda por el hecho» para identificar los atentados políticos como estrategia de rechazo al Estado moderno (1). El ordenamiento jurídico se enfrenta a un terrorismo de alto efecto simbólico pero muy restringido en su materialidad: básicamente asesinatos contra algún representante del poder político. Sus protagonistas son los «asesinos delicados» referidos por Albert Camus. Ejemplo característico es el atentado al Gran Duque Sergio Aleksándrovich Románov, que fracasa la primera vez porque Kaliayev se niega a matar a los niños que acompañan el coche de la víctima.

No transcurre mucho tiempo, sin embargo, para que el aniquilamiento ciego pase a ser la regla del anarquismo de signo terrorista (2). En lo sucesivo, durante el siglo XX, la herencia es recogida por las más disímiles organizaciones subversivas del planeta, asumiendo diversas tipologías. En los tiempos de la guerra fría, por ejemplo, el terrorismo se constituye en una de las vías favoritas de la estrategia insurreccional, sea bajo la fórmula del «foquismo» (guevarismo, RAF alemana, Tupamaros, etc.), de la propaganda armada (Brigadas Rojas italianas), o de la guerrilla paramilitar (FARC colombiana).

A inicios del siglo XXI, casi sin darnos cuenta, el terrorismo se ha vuelto «global», o al menos, se ha generado esa percepción. Se trata de un terrorismo ascendente, que crece y se profundiza. Cada nuevo atentado devalúa a sus prece-

(1) «La propagande par le fait», *Bulletin de la Fédération jurassienne de l'Association internationale des travailleurs*, 5-8-1877. Citado por Juan AVILÉS, «El terrorismo anarquista como propaganda por el hecho: de la formulación teórica a los atentados de París, 1877-1894», *Historia y Política* (Madrid), núm. 21 (2009), págs. 172-177.

(2) Juan AVILÉS y Ángel HERRERÍN (eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Madrid, Siglo XXI, 2008, págs. 17-28.

dentes, por lo asombroso o inesperado de sus medios, por la expansión de los márgenes de crueldad o por la utilización de marcos de referencia más atroces. La ley natural, esto es la ley moral invariable, se ve vulnerada sin cohibiciones.

Otro factor que vuelve complejo el fenómeno terrorista es la identificación de sus umbrales. Algunas acciones aparentemente terroristas pueden ser misturadas con fenómenos colindantes como la actividad insurreccional de los grupos guerrilleros, de los movimientos de resistencia o de los levantamientos en masa (*levée en masse*). Particularmente si esas acciones se realizan a la sombra de movimientos que han obtenido el reconocimiento de combatientes, para efectos del derecho internacional (3).

En tercer lugar, el terrorismo es complejo porque se despliega sobre una incongruencia: representa un tipo de conducta anti-social que, sin embargo, necesita de la sociedad para crecer y alcanzar sus objetivos. Es así como los terroristas aprovechan las zonas de normalidad institucional para desbaratarlas. Pero como dicha normalidad es la esencia del orden constitucional liberal-democrático, el choque entre ambos se vuelve irreductible.

Adicionalmente, el terrorismo, como el comercio, se desenvuelve más rápido que la legislación, de tal modo que puede aprovecharse de las garantías del Estado de Derecho para alcanzar sus objetivos estratégicos. La legislación anti-terrorista o los estados de excepción constitucional le siguen como la sombra, y cuando se aplican van planteando problemas políticos, morales y jurídicos difíciles de saldar para el Estado constitucional.

Cuarto. El terrorismo usualmente es un enemigo irreconciliable del Estado: se ufana de pervivir fuera del alcance disuasorio de la potestad punitiva. Por regla general, los grupos terroristas tienen mucho menos recursos materiales que aquél, pero compensan fácilmente la asimetría con ventajas tácticas, golpes de efectos y estrategias de propagan-

(3) Sobre el problema, José Luis DOMÉNECH OMEDAS, «Los sujetos combatientes», en Vv. AA., *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, págs. 191-216.

da. Aunque no hay que olvidar que el Estado moderno –la Revolución Francesa es el gran modelo– también ha utilizado el terrorismo como instrumento de sus fines.

En quinto lugar, el terrorismo es un fenómeno que se globaliza, al menos en su potencialidad y alcance. Nadie está a salvo. En principio, ningún lugar del planeta es susceptible de permanecer indemne a sus ataques.

La tendencia del terrorismo a la globalización incluye dos aspectos que lo vuelven explosivo: la ausencia de objetivos realistas (el enemigo no puede ser vencido) y la capacidad de aprovecharse de la vulnerabilidad de los sistemas complejos, instalando la percepción de destructividad (4).

El «yihadismo» de origen salafista es el fenómeno más claro de terrorismo global. Una especie de epígono de todas las formas de terrorismo que le han precedido. Merece, en consecuencia, una atención más detenida.

Se trata de un terrorismo que reivindica el universalismo predicado por ideólogos como el egipcio Sayyid Qutb (1906-1966) en su obra *A la sombra del Corán*. Ahí se sostiene que el mundo entero se encuentra en estado de «jahilliyah», es decir, de ignorancia del mandato divino, y debe, en consecuencia, ser destruido. En los que se incluyen no sólo gobiernos occidentales sino también mahometanos. En esta aspiración aparece un elemento de conquista propia de los imperios de otrora: se pretende dominar naciones completas de Asia, África e incluso Europa («recuperación» de Al Andalus). Pero se trata de una conquista sin límites donde no entra el Estado. De hecho, esta unidad política se encuentra superada.

Los especialistas afirman que el yihadismo es un terrorismo de residuos anarquistas pero a la vez de redes, de ahí la dificultad de prever y controlar sus movimientos activos. Propone un modelo de «yihad» disperso e irradiante, no condicionado por órdenes centralizadas. No responde a un gobierno determinado, sea de carácter oficial, estatal o

(4) Giovanna BORRADORI, *La filosofía en una época de terror: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, Madrid, Taurus, 2003, págs. 64-65.

colectivo («*fard qifayah*»). Los actos terroristas se convocan como cuestión de obligación individual («*fard ayn*») para cada mahometano, de manera que el movimiento que lo impulsa tiene la potencialidad de radicalizarse a sí mismo, individual o grupalmente, fuera de los cuadros de un Estado particular. Mantiene una red global no jerarquizada de activistas, fundada en convicciones concurrentes y en conexiones móviles, desde el contacto persona a persona, hasta los foros de internet y la prensa militante. No hay centros de mando claros, criterios de pertenencia nítidos ni organizaciones fuertemente estructuradas. Las redes son difusas. «Yihad sin líderes» dicen algunos.

En este yihadismo todo puede ser utilizado como arma mortal, partiendo por el propio cuerpo. En sus pliegues emerge el ataque inhumano de efectos altamente simbólicos. A través de ella se expresa la lógica del enemigo llevada hasta sus últimas consecuencias. Es lo que se connota en el degüello de menores, o la decapitación y exhibición de sus cadáveres mutilados. Con las víctimas se recrea todo un imaginario contra los enemigos de Mahoma. Se sabe que el cuerpo mutilado del infiel no se recompondrá el día del juicio universal.

El yihadismo mantiene un cierto carácter utópico: persigue un ideal regenerativo, un proyecto de reislamización semejante al postulado por los primeros ideólogos salafistas, pero reinterpretado ahora a escala supranacional. En la era posnacionalista, la búsqueda de la «umma», la comunidad panislámica de creyentes, sirve de acicate religioso a tal empeño (5).

El ISIS (Dáesh), con su califato sin límites definidos y sus facciones de homicidas dispersos por el planeta,

(5) Luis DE LA CORTE IBAÑEZ, «Yihadismo global: una visión panorámica», en ESCUELA DE ALTOS ESTUDIOS DE LA DEFENSA, *Yihadismo en el mundo actual*, Madrid, Ministerio de Defensa, 2014, págs. 43-83; Federico AZNAR, «Doctrina y acción políticas. Pugnas sobre el Islam verdadero. El salafismo», *Ibid.*, págs.17-42; Juan AVILÉS, «Terrorismo anarquista y terrorismo yihadí: un análisis comparativo», *Historia y Política* (Madrid), núm. 27 (2012), págs. 227-249.

es un primer intento por amojonar estas tendencias desde un centro principal de operaciones, aunque sin renunciar a las redes (6).

Hacia el futuro no se vislumbra sólo el yihadismo, como matriz del terrorismo global. La modernidad está pronta a exasperar sus propias causas, como describe Derrida, en una cita que habla por sí sola: «La relación entre la Tierra, el territorio y el terror cambió, y hay que saber que eso se debe al conocimiento, esto es, a la tecno-ciencia [...]. Al respecto, comparado con las posibilidades de destrucción y desorden caótico que están en reserva para el futuro, el 11 S aún pertenece al arcaico teatro de la violencia destinada a impactar la imaginación... El 11 S pertenece a los viejos (y añorados) tiempos de la última guerra, de la magnitud gigantesca, visible y enorme. [En el futuro] las nanotecnologías de todo tipo serán mucho más poderosas e invisibles, ya se insinúan por todos lados. Rivalizan en lo micrológico con los microbios y bacterias, o atacan las redes informáticas de las que depende toda la vida social, económica, militar, etc., de un país» (7).

Finalmente, hay que anotar que el terrorismo es siempre injusto. Su complejidad reside aquí en que siempre se encontrarán voces que intenten justificarlo por medio de discursos políticos o morales (8).

El terrorismo siempre es injusto porque sus víctimas, en general son inocentes. Cuando no son asesinadas, quedan expuestas a horribles sufrimientos (mutilación, disminución física severa, profundos daños psíquicos, etc.). Y en la hipótesis de que las víctimas sean culpables, la injusticia permanece, pues se les aplica una especie de «ajusticiamiento» sin autoridad competente, sin tribunal imparcial, sin proceso

(6) Patrick COCKBURN, *The Jihadis Return: ISIS and the New Sunni Uprising*, Nueva York, OR Books, 2014; Id., *Chaos and Caliphate: Jihadis and the West in the struggle for the Middle East*, Nueva York, OR Books, 2016.

(7) Giovanna BORRADORI, *La filosofía en una época de terror: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, cit., págs. 151-152.

(8) Bernardino MONTEJANO, «La injusticia del terror», *Verbo* (Madrid), núm. 437-438 (2005), págs. 575-590.

público, ni evaluación proporcionada de la sanción. En cualquier caso, las víctimas, despojadas de toda dignidad, son tratadas como meros instrumentos de una finalidad ulterior, sostenida como principio de conducta: causar terror en la población.

3. Delimitación jurídica del terrorismo

El fenómeno del terrorismo es susceptible de calificación jurídica.

En sede constitucional, el terrorismo constituye una fuente especialmente gravosa de conductas subversivas. Es un fenómeno que activa la defensa del orden constitucional. Sus actos habilitan la aplicación de los regímenes de excepción o de los poderes de emergencia en la medida que alteran gravemente la seguridad, el orden público u otras categorías análogas.

La defensa del orden constitucional permite restringir o suspender ciertos derechos fundamentales, al modo en que lo prevé la Constitución francesa o la portuguesa (9). En otros casos, como Alemania, se utiliza la técnica de la remisión legislativa para la restricción de derechos. En paralelo, se incluye la cláusula del abuso de los derechos fundamentales y la autorización *ex constitutione* del uso de la fuerza para combatir a grupos sediciosos armados (10). A su vez,

(9) El artículo 16 de la Constitución francesa establece que «cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales se vean amenazados de manera grave e inmediata y se interrumpa el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales, el Presidente de la República adoptará las medidas que tales circunstancias exijan, después de consultar oficialmente con el Primer Ministro, con los Presidentes de las asambleas y con el Consejo Constitucional [...]. Tales medidas deben estar inspiradas por el deseo de asegurar a los poderes públicos constitucionales los medios para cumplir su misión en el menor plazo posible». Véanse también los artículos 137.1, 141.1, 164.j, 182.3.f y 220.c de la Constitución de Portugal de 1976.

(10) El artículo 10 de la Ley Fundamental de Bonn autoriza la adopción de medidas excepcionales de carácter legislativo para defender el

la Constitución italiana de 1957 prevé restricciones y limitaciones a derechos fundamentales en particular, para casos de seguridad o sanidad públicas o de necesidad o urgencia nacional (11).

Hay constituciones que reconocen expresamente el terrorismo como ilícito. Por ejemplo, la Constitución española que contempla la suspensión de derechos (12). También se preocupan del fenómeno las Constituciones de Chile (13), Perú (14) o Brasil (15).

La especificidad de la persecución del terrorismo se entrega, como es de esperar, a la legislación penal especial, que resulta cada vez más frondosa.

Si buscamos la esencia del terrorismo debemos recurrir a su origen etimológico. El término «terror» viene del latín «terreo» que alude al temblor producido por el miedo. La médula de terrorismo se encuentra, entonces, en aquel género de actos de violencia que se ejecutan para infundir

régimen constitucional (v. gr., la intervención de las comunicaciones). El artículo 18 permite, con criterios de proporcionalidad, sancionar judicialmente el abuso de derecho con la suspensión o «pérdida» de ciertos derechos fundamentales, tales como libertad de prensa, libertad de enseñanza, de reunión, asociación, secreto de telecomunicaciones, derecho de propiedad y asilo. El artículo 87.4 proscribó los grupos sediciosos armados autorizando a las Fuerzas Armadas a combatirlos sin establecer un régimen particular de suspensión de derechos. Los artículos 104.2 y 104.3 autorizan a la policía a detener por sospecha en régimen especial en casos calificados judicialmente.

(11) Por ejemplo, los artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 30, 35, 36, 40, 42, 46, 48 y 51 de la Constitución italiana.

(12) El artículo 55.2 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 reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 pueden ser suspendidos, para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas». El artículo 13 número 2 establece que «quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los delitos terroristas». Todo ello, sin perjuicio del artículo 55.1 que habilita para suspender derechos determinados en estados de excepción o de sitio.

(13) Artículo 9 y otros.

(14) Artículo 2 inciso 24.

(15) Artículo 4 VIII.

temor o temblor. «Hacer temblar» a través de una conducta que objetivamente provoca terror, es el objetivo específico de lo que llamamos terrorismo.

La ley penal considera conductas terroristas ciertas acciones delictivas (homicidio, lesiones graves, secuestro, sustracción de menores, incendio, estragos, asociación ilícita, atentados contra vehículos de la locomoción colectiva, contra naves o aeronaves, contra autoridades civiles, militares, diplomáticas y religiosas, etc.) realizadas «con la finalidad de producir en la población o en una parte de ella el temor justificado de ser víctima de delitos de la misma especie», sea por la naturaleza y efectos de los medios empleados (utilización de armas de gran poder destructivo), sea por la evidencia de que obedece a un plan premeditado de atentar contra una categoría o grupo determinado de personas (ministros de Estado, jueces, etc.), sea porque se cometen para arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias. Así caracteriza el terrorismo el artículo 1.º de la Ley núm. 18.314, de Chile.

La ley muchas veces presume el propósito de ocasionar terror. Así sucede cuando se atenta contra la vida o integridad de un Jefe de Estado, o se coloca, envía, activa, arroja, detona o dispara bombas o artefactos explosivos o incendiarios de cualquier tipo, armas o artificios de gran poder destructivo o de efectos tóxicos, corrosivos o infecciosos (artículo 2.º números 3 y 4, Ley núm. 18.314).

En todos estos casos se exige el cumplimiento del principio de ofensividad. Esto es, las conductas realizadas deben ser objetivamente peligrosas. No es necesario especificar qué bienes jurídicos pueden verse afectados por los actos en cuestión: basta que sean idóneos para causar un grave daño de naturaleza personal, patrimonial o colectiva. Tampoco es preciso que las conductas alcancen todos sus efectos, basta que puedan generarlo. En este ámbito se ha de emplear el juicio de probabilidad (prognosis) (16).

(16) Raúl CARNEVALI, «El Derecho penal frente al terrorismo. Hacia un modelo punitivo particular y sobre el tratamiento de la tortura», *Revista de Derecho* (Valparaíso), vol. XXXV/2 (2010), págs. 124-125.

También hay que considerar las finalidades subjetivas. El artículo 270 sexies del Código Penal Italiano se abre a las siguientes opciones: *i*) intimidar a la población; *ii*) constreñir a los poderes públicos o a una organización internacional a ejecutar o abstenerse de ejecutar un acto cualquiera; o *iii*) desestabilizar o destruir las estructuras políticas fundamentales, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional.

El último numeral da cuenta de que el terrorismo ha dejado de ser una cuestión que interesa exclusivamente a los Estados nacionales, transformándose en un problema universal. En esta perspectiva también puede ser delimitado jurídicamente. La Declaración de las Naciones Unidas sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional señala que el terrorismo incluye «actos criminales con fines políticos concebidos o planeados para provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en personas determinadas» (17).

El Consejo de Seguridad, en su resolución 1566 (2004), alude a «actos criminales, incluso contra civiles, cometidos con la intención de causar la muerte o lesiones corporales graves o de tomar rehenes con el propósito de provocar un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinada persona, intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de realizarlo» (18). Análoga conceptualización se encuentra en el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo.

La Asamblea General de las Naciones Unidas elabora en la actualidad un convenio general contra el terrorismo, en cuyo artículo 2 adelanta una definición comprehensiva

(17) NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre medidas para eliminar el terrorismo internacional* (en Resolución 49/60 del 9 de diciembre de 1994), párrafo 3, pág. 4.

(18) CONSEJO DE SEGURIDAD DE NACIONES UNIDAS, *Resolución 1566* (8 de octubre de 2004), párrafo 3, pág. 2.

(19), de lo que también se preocupa, en términos formales, el Compendio de Casos relativos a la Lucha contra el Terrorismo, también de Naciones Unidas (20).

Colateralmente se ha destacado la suma importancia del componente simbólico del terrorismo, destinado a develar la vulnerabilidad del sistema político-institucional y afectar con ello la identidad social y las formas de conveniencia. La singularidad de la víctima –actual o potencial– es secundaria. Las víctimas son esencialmente un instrumento de intimidación. Desde este ángulo, el terrorismo configura un uso estratégico e indiscriminado de la violencia para causar terror en la población, «bajo la incertidumbre de que cualquier persona y en cualquier momento pueden ser objeto de un ataque» (21).

Adicionalmente hay que recordar que el terrorismo no solo tiene un carácter subversivo; también puede ser ejercido desde el poder estatal. De hecho, como adelantamos, el terrorismo tiene su origen en el Estado, pues la primera vez que se utilizó el terror como estrategia política fue en la Revolución Francesa, durante la dictadura del Comité de Salvación Pública. «El terror no es más que la justicia rápida, severa e inflexible», afirma Robespierre. Y Constant observa con desconcierto que «el gobierno revolucionario ordena el terror en vez de combatirlo».

(19) «Comete delito quien ilícita e intencionalmente y por cualquier medio cause: a) la muerte o lesiones corporales graves a otra persona o personas; o b) daños graves a bienes públicos o privados, incluidos lugares de uso público, instalaciones públicas o gubernamentales, redes de transporte público, instalaciones de infraestructura o el medioambiente; o c) daños a los bienes, lugares, instalaciones o redes... cuando produzcan o puedan producir un gran perjuicio económico... en caso de que el propósito de tal acto sea, por su naturaleza o contexto, intimidar a la población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a hacer o dejar de hacer algo». OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LOS DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, *Los derechos humanos, el terrorismo y la lucha contra el terrorismo*, Folleto Informativo 32, Ginebra, 2008, pág. 7.

(20) UNODC-OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, *Compendio de casos relativos a la lucha contra el terrorismo*, Viena, 2010, págs. 2-3.

(21) R. CARNEVALI, *op. cit.*, pág. 128.

4. El terrorismo y su capacidad para afectar los principios del Estado constitucional

Se ha observado que el terrorismo, como fenómeno complejo, tiene un potencial suficiente para afectar los principios constitutivos de los Estados constitucionales contemporáneos fundados en la ideología liberal-democrática. Sobre todo cuando el terrorismo deja de ser coyuntural y se transforma en un fenómeno estructural y global.

Varias son las razones:

El terrorismo reduce a un imposible la denominada «democracia deliberativa»

Para teóricos como Habermas, y las corrientes que siguen la «democracia deliberativa», el terrorismo conduce a una «ruptura de la comunicación». El ideario del diálogo racional y los procesos de deliberación política pierden su función (22).

La paradoja de la excepción constitucional

Las constituciones políticas prevén el uso de poderes de emergencia y estados de excepción para hacer frente a situaciones de anormalidad (23). Se supone que son esta-

(22) «Desde el 11 de septiembre no dejo de preguntarme si, ante acontecimientos de tal violencia, toda mi concepción de la actividad orientada hacia la comprensión –la que desarrollo desde la teoría de la acción comunicativa– no está cayendo en el ridículo [...]. Nuestra vida cotidiana descansa sobre la base sólida de un fondo de convicciones comunes, de elementos que percibidos como evidencias culturales y de expectativas recíprocas. El terrorismo es una ruptura de la comunicación». Giovanna BORRADORI, *La filosofía en una época de terror: diálogos con Jürgen Habermas y Jacques Derrida*, cit., págs. 58-59. Para una crítica de la democracia deliberativa, en sí misma considerada, Juan Fernando SEGOVIA, *Habermas y la democracia deliberativa. Una utopía tardomoderna*, Madrid, Marcial Pons, 2008, págs. 11-113

(23) Schmitt distingue entre poderes de emergencia y estados de

dos provisionales, aunque en ciertas épocas –por ejemplo, durante la Segunda Guerra Mundial– la excepcionalidad se convierte en situación de permanencia (24).

Algunos juristas han llegado a sostener, con buenas razones, que la excepcionalidad ha pasado a ser una norma, o al menos, una práctica de gobierno duradera en los Estados democráticos contemporáneos (25). Sin detenernos en este punto, hay que actualizar la distinción schmittiana entre norma y excepción tratándose del terrorismo. Cuando este fenómeno golpea los sistemas políticos, se piensa inmediatamente en el uso de las facultades de emergencia o de excepcionalidad para defender el Estado constitucional. En la medida en que la situación se prolongue, la excepcionalidad –por esencia anómala y provisional– se proyecta como normal y duradera.

En otros términos, en la medida en que el terrorismo deja de ser un fenómeno coyuntural y se transforma en una cuestión estructural, la legislación ordinaria ya no basta. Se abre necesariamente un proceso de reforma normativa cada vez más amplio en pro de la seguridad de los individuos, sociedades, instituciones y Estados. Estos tienden a crear o aplicar la normativa extraordinaria que autoriza la suspensión o restricción de libertades básicas, además de los distintos tipos de respuesta militar.

Desde las viejas categorías democrático liberales se abre un discurso académico de disconformidad ante dichas medidas. En el fondo, una revuelta en cierto sentido ilusoria contra un nuevo escenario que les resulta paradójico, pero que es real (26).

excepción. Aquí aproximamos ambas situaciones. Para este punto, Farid SAMIR, «Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt», *Argumentos* (Ciudad de Méjico), vol. 19, núm. 52 (2006), págs. 125-145.

(24) F. SAMIR, cit., pág. 131.

(25) Giorgio AGAMBEN, *Homo Sacer*, Madrid, Editora Nacional, 2002, pág. 9. Walter Benjamin avanza en el punto y llega a decir que «el estado de excepción en que ahora vivimos es en verdad la regla». Walter BENJAMIN, *Sobre el concepto de historia*, Buenos Aires, Piedras de papel, 2007, pág. 89.

(26) Un ejemplo típico de dicha actitud puede verse por ejemplo

Es lo que se ha dado particularmente a partir de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en los Estados Unidos de Norteamérica. La normativa extraordinaria sobre el terrorismo no ha hecho más que crecer, sea en el plano nacional, sea a nivel internacional.

La normativa extraordinaria se inicia en los Estados Unidos con las órdenes ejecutivas sobre financiación terrorista (27), sobre preparación para la guerra contra el terrorismo (por la que se crea el grupo de asalto *Task Force*) (28), y sobre detención y juicio de extranjeros sospechosos (29). Esta normativa se proyecta en la famosa *USA Patriot Act* (30), que amplía la capacidad de control del Estado sobre la ciudadanía, dotando a las agencias de seguridad de enormes poderes de vigilancia sobre la población. El año

en Myma VILLEGAS, «El terrorismo en la Constitución chilena», *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. XXIX, núm. 2 (2016), págs. 295-319.

(27) George W. BUSH, «Executive Order 13224 of September 23, 2001: Blocking Property and Prohibiting Transactions with Persons who Commit, Threaten to Commit or Support Terrorism», *Federal Register* (Washington), vol. 66, núm.186 (25 de septiembre de 2001), págs. 49.079-49.083.

(28) George W. BUSH, «Executive Order 13234 of November 9, 2001: Presidential Task Force on Citizen Preparedness in the War on Terrorism», *Federal Register* (Washington), vol. 66, núm. 221 (15 de noviembre de 2001), págs. 57.355-57.356.

(29) George W. BUSH, «Military Order of November 13, 2001: Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism», *Federal Register* (Washington), vol. 66, núm. 222 (16 de noviembre de 2001), págs. 57.831-57.836. La normativa crea tribunales militares de excepción para juzgar a ciudadanos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas, o poner en peligro la seguridad nacional.

(30) USA PATRIOT ACT, October 26, 2001: *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*, H.R.3162-107th Congress (2001-2002), <https://www.congress.gov/bill/107th-congress/house-bill/3162>. En esta controvertida norma se restringen los llamados «derechos civiles» en razón de la excepcionalidad de las circunstancias. Por ejemplo, se legaliza la escucha de las conversaciones telefónicas, la interceptación de la correspondencia, los mensajes del correo electrónico, la vigilancia externa, la sustracción de documentos de trabajo, historias clínicas y tarjetas bibliotecarias. Asimismo, establece comisiones militares *ad hoc* para detener y conocer casos de extranjeros sospechosos de terrorismo. La intervención judicial es muy limitada en tiempo y materia.

2015 es reemplazada por la *USA Freedom Act*, que retira a las agencias de seguridad –particularmente a la NSA– la capacidad de almacenar los datos sobre las llamadas telefónicas de los estadounidenses y coloca estos datos en manos de las compañías telefónicas. Las agencias podrán acceder a tales datos caso a caso y previa autorización judicial (31).

Un año después del ataque a las torres gemelas, la Unión Europea exigió a todos los Estados miembros adaptar su legislación de cara al nuevo peligro terrorista (32).

A partir de entonces, la Unión Europea ha dictado una ingente normativa para enfrentar el terrorismo. La más representativa es la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa en torno a la aplicación de la agenda europea de seguridad para la lucha contra el terrorismo. La iniciativa tiene por objeto «*allanar el camino*» de Europa hacia una verdadera «*Unión de la Seguridad*» a través de la implementación de diversas medidas: preventivas, de coordinación y cooperación, y de protección (33). La Agenda Europea de Seguridad ya está en marcha (34).

Los Estados miembros de la Unión Europea también han incrementado la normativa contra el terrorismo, estableciendo circunstancias habilitantes para restringir libertades públicas y derechos fundamentales en pro de la seguridad. Como en Estados Unidos, las medidas afectan la libertad y seguridad personales, la tutela judicial efectiva, los sistemas de recursos o de pruebas, la privacidad de las comunicaciones. Suplementariamente se han aumentado

(31) *PUBLIC LAW* núm. 114-23 (2015), 114th Congress Public Law 23. H.R.2048-USA FREEDOM ACT of 2015, <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2048/text>

(32) CONSEJO DE EUROPA, *Decisión Marco sobre lucha contra el terrorismo*, 2002/475/JAI, del 13 de junio de 2002.

(33) COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo de Europa para la aplicación de la agenda europea de seguridad para la lucha contra el terrorismo*, COM (2016), 230 final, 20.4.2016.

(34) Véase, COMISIÓN EUROPEA, *Sexto Informe sobre la marcha de los trabajos en pro de una Unión de Seguridad eficaz y auténtica*, COM (2017) 213 final, 12.4.2017.

los poderes de los servicios anti-terroristas, afectando en ocasiones el estatus jurídico de los extranjeros residentes (35).

Toda esta legislación responde a las situaciones de emergencia que contra el orden y la seguridad plantea el terrorismo. Una brevísima reseña.

En el Reino Unido se aprueba el 13 de diciembre de 2001 la *Antiterrorism, Crime and Security Act*, con severas facultades habilitantes para restringir la libertad personal y la seguridad individual sin el concurso de la autoridad judicial. Es revocada por la *Prevention of Terrorism Act 2005*, la que a su vez sufre las enmiendas de la *Counter-Terrorism Act 2008*. En 2011 se aprueba la Ley sobre Medidas de Investigación y Prevención del Terrorismo, también con medidas restrictivas a las libertades personales y facultades intrusivas de control, y vigilancia.

En Alemania se incluyen rápidamente estas medidas en la ley llamada *Otto-Katalog* del 1 de enero de 2002. Francia sigue una línea parecida a partir de la Ley núm. 1062 (15 de noviembre de 2001) de seguridad cotidiana, reforzada el año pasado con la nueva ley anti-terrorista de julio de 2016.

En Italia se dictan el año 2001 dos normativas referenciales: la Ley núm. 431 (14 de diciembre de 2001) sobre «Medidas urgentes para reprimir y contrarrestar la financiación del terrorismo internacional», y la Ley núm. 438 (15 de diciembre de 2001) sobre «Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional», que actualiza el Código penal, incluyendo nuevos delitos como las «asociaciones con finalidad de terrorismo internacional» (art. 270 bis) y «asistencia a los asociados» (art. 270 ter),

(35) Un análisis en Enrique ÁLVAREZ CONDE y Hortensia GONZÁLEZ, «Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de Septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales», *Análisis* (Madrid), núm. 7, 2006, edición *on line* del Real Instituto Elcano; Irene MARTÍNEZ MULERO, «El frenesí legislativo después del 11-S: ¿Derechos humanos versus seguridad nacional?», *Aequitas*, I (2011), págs. 71-81.

entre otras.

En Portugal, Austria, Bélgica y Luxemburgo también se dictan normas anti-terroristas intensas. Los decretos núm. 193/VIII de 2001/12/20 y núm. 175/VIII de 2001/10/31 de Portugal ilustran el aserto. También las sucesivas modificaciones al Código Penal en Austria y Bélgica, así como la Ley de represión al terrorismo y su financiación de Luxemburgo (8 de julio de 2003). También en Holanda, Noruega, Dinamarca se incrementa la normativa contra el terrorismo.

Se puede decir, sin temor a ser desmentido, que los Estados constitucionales están ahora muy bien preparados para situarse jurídicamente dentro de la anormalidad. Cuánto dure esa anormalidad dependerá de cuán intenso sea el desarrollo terrorista.

La insuficiencia de la teoría constitucional para responder al fenómeno terrorista

El punto ha sido bien planteado por Álvarez Conde. Por motivos de espacio, nos excusamos de desarrollarlo aquí. Baste con la siguiente cita: «La lucha contra el fenómeno terrorista plantea importantes problemas dogmáticos que pueden afectar a los principios estructurales del Estado de Derecho. En efecto, está en juego la tensión dialéctica entre los principios de libertad y seguridad, que es una constante a lo largo de la historia de la humanidad; la propia dialéctica amigo-enemigo de que hablara Schmitt, el ataque a lo ajeno, a lo diverso, produciéndose una extensión del fenómeno a colectivos como los extranjeros y los inmigrantes; el propio concepto del marco estatal como referencia o mecanismo eficaz en la lucha contra el terrorismo; la propia naturaleza de los derechos fundamentales y su eficacia irradiante; la desnaturalización de las normas constitucionales y de las normas que las desarrollan; el sistema de relaciones intergubernamentales; el concepto de terrorismo y las dificultades inherentes a su propia definición; el propio concepto

de democracia; y un largo etcétera» (36).

El problema que el terrorismo plantea a la teoría de los derechos fundamentales

Francisco Bobillo señalaba en la década de los ochenta, en una época en que el terrorismo no se había globalizado, que un principio esencial del constitucionalismo liberal es la libertad negativa frente al poder estatal, lo que se traduce en límites jurídicos institucionalizados que lo «domestiquen», a fin de evitar la concentración, la discrecionalidad o el abuso de su ejercicio.

Este principio garantista integra la cosmovisión liberal anclada no solo en la protección del individuo sino también en el racionalismo político, en su necesidad de cálculo y anticipación, en la preferencia por lo previsible frente a lo incierto (37). La doctrina del Estado de Derecho (y el *ius certum* de normas escritas, iguales, generales y abstractas) se plasma en el plano político en el «garantismo» burgués de las libertades individuales, tan caro al primer liberalismo (38).

El espíritu garantista del constitucionalismo liberal camina, sin embargo, con una molesta piedra en el zapato: ¿es posible abusar de la libertad llamada «negativa»? ¿Qué sucede si un grupo de ciudadanos utiliza sus libertades contra la propia institucionalidad que las protege?

El problema ya se anuncia en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 –que siempre nos ha parecido perversa (39)– y es resuelto en su

(36) Enrique ÁLVAREZ CONDE y Hortensia GONZÁLEZ, *op. cit.*

(37) Francisco BOBILLO, «Constitución y legislación antiterrorista», *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), núm. 48 (1985), págs. 51-53.

(38) Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, pág. 395.

(39) Una crítica al despotismo velado de esta célebre declaración en Julio ALVEAR TELLEZ, «Contra-razones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ante la génesis del constitucionalismo moderno», *Actualidad Jurídica* (Santiago de Chile), vol. XI, núm. 22 (2010), págs. 497-523.

artículo 4.º con la doctrina de los límites al ejercicio de los derechos (40), que tendrá un enorme influjo en la teoría de los derechos fundamentales. En la hipótesis de un comportamiento futuro anómalo de los ciudadanos, es necesario prever la inadecuada utilización de las libertades.

Una expresión paradigmática de este principio se encuentra en el art. 2 de la Ley Fundamental de Bonn: «Todos tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulneren los derechos de otros ni atenten al orden constitucional ni a la ley moral».

Esta doctrina ha permitido al constitucionalismo contemporáneo consagrar cláusulas (generales o específicas) de limitación de derechos, que habilitan al Estado a restringir o suspender ciertas garantías en situaciones extraordinarias o de emergencia. Los causales que permiten tipificar estas situaciones son variadas: la seguridad y el orden, y otras más genéricas como el bien común, la protección del régimen democrático, la salvaguarda de valores superiores, etc.

Sin embargo, el constitucionalismo considera con sospecha estos límites al ejercicio de los derechos fundamentales dado que se sitúan dentro de las relaciones verticales entre los ciudadanos y el Estado. Y las constituciones nacen precisamente para controlar a éste, no a aquellos.

Las noveles circunstancias de excepción dan herramientas contra el terrorismo. Pero en el imaginario liberal estas herramientas permiten avanzar en seguridad a costa de la libertad. En consecuencia, merecen ser controladas, a fin de evitar la deriva hacia situaciones no constitucionales: Estado totalitario o poder coactivo discrecional. De ahí la doctrina de los «límites a los límites», fraguada con distintas fórmulas

(40) El artículo 4.º de dicha Declaración recoge la noción de libertad negativa, pero, inmediatamente, se ve en la necesidad de limitarla: «La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre, no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el disfrute de los mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la ley». El artículo 5.º agrega: «La ley sólo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad».

para resguardar, en beneficio del ciudadano, el denominado «contenido esencial» de los derechos fundamentales. Y, en perjuicio del Estado, regular con rigidez el ejercicio de sus potestades intrusivas (reserva de ley, control de constitucionalidad, etc.).

Este esquema parece impecable desde el punto de vista del racionalismo jurídico siempre que se cumplan las condiciones de normalidad institucional en las que vive a sus anchas. La interrogante es qué sucede con este esquema si a futuro el escenario evoluciona hacia una «excepcionalidad normalizada» donde la amenaza del terrorismo se vuelve estructural, tal como hemos planteado. De hecho, la legislación anti-terrorista que se ha incorporado a los países desarrollados con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001 –y que hemos referido sumarisimamente en el acápite anterior– parece superar la doctrina de los «límites a los límites». Las competencias que se entregan al poder estatal para vigilar, controlar y neutralizar a los ciudadanos sospechosos de terrorismo rompen los muros de contención construidos por esta doctrina en cuanto a la afectación de sus derechos fundamentales.

Lejos estamos de afirmar que dicha afectación es, en principio, injusta. Hay que revisar caso a caso (41). Por ejemplo, en la *Antiterrorism, Crime and Security Act* (2001), se solicitó la derogación del art. 5 de la Convención Europea de los Derechos Humanos que garantiza la libertad personal y la seguridad individual, fundado en el artículo 15 de la misma que así lo autoriza en situaciones de peligro público (42). Sin embargo, a juicio de los tribunales ingleses esta ley resultó excesiva. La sección 23 de la norma autorizaba la detención

(41) Una evaluación en Clive WALKER, «Keeping Control of Terrorists Without Losing Control of Constitutionalism», *Stanford Law Review* (Stanford), vol. 59 (2007), págs. 1395-1463.

(42) «Derogación en caso de estado de excepción». 1. En caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio en la estricta medida en que lo exija la situación, y a condición de que tales medidas no estén en contradicción con las restantes obligaciones que dimanen del derecho internacional. 2.

indefinida de sospechosos certificados como terroristas internacionales. En este contexto, la Cámara de los Lores declaró que los tribunales británicos no podían admitir como prueba declaraciones obtenidas a través de la tortura porque el *common law* la prohíbe «independientemente de dónde, o por quién o con base en qué autoridad fue impuesta» (43). Con ello, la alta corte británica salva un principio básico de la civilización, pero a su vez, deja a salvo el resto. Es decir, el cúmulo de medidas de emergencia que autoriza la ley por la que pueden afectarse aspectos sensibles de la libertad personal, el debido proceso y la intangibilidad de las comunicaciones privadas.

La teoría de los derechos fundamentales se muestra incapaz de dar una respuesta precisa al desafío que plantea el terrorismo en la medida en que éste se vuelve estructural.

Derecho penal del enemigo

El llamado «derecho penal del enemigo» dota a la potestad punitiva del Estado de una lógica que se adapta a los nuevos tiempos. Se ubica en el terreno donde el terrorismo tiende a financiarse soterradamente, o a organizarse utilizando formas jurídicas aparentes, o a conseguir adeptos

La disposición precedente no autoriza ninguna derogación del artículo 2, salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, ni de los artículos 3, 4 (párrafo 1) y 7. 3. Toda Alta Parte Contratante que ejerza este derecho de derogación tendrá plenamente informado al Secretario General del Consejo de Europa de las medidas tomadas y de los motivos que las han inspirado. Deberá igualmente informar al Secretario General del 14 y 15, Consejo de Europa de la fecha en que esas medidas hayan dejado de estar en vigor y las disposiciones del Convenio vuelvan a tener plena aplicación». CONSEJO DE EUROPA, *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (modificado por los Protocolos 11 y 14, y completado por el Protocolo adicional y los Protocolos 4,6,7,12 y 13), Estrasburgo, 2017, pág. 13.

(43) *A and Other v. Secretary of State for the Home Department*, núm. 2 (2005), UKHL 71 (2005) 3 WLR 1249, para. 10 (Lord Bingham). La temática es profundizada en Kai AMBOS, *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuesta en situaciones de emergencia*, Barcelona, Atelier, 2009, págs. 17-122.

aprovechando los espacios inespecíficos de la legislación penal. El derecho penal del enemigo otorga nuevas herramientas porque es capaz de calar en todas sus dimensiones la complejidad ofensiva del fenómeno terrorista.

El Derecho penal que podemos llamar «clásico» –el Derecho penal del ciudadano– fue concebido para tiempos de una criminalidad «común». El Derecho penal del enemigo, en cambio, introduce finalidades y reglas procesales y de imputación especiales a fin de abordar de manera proporcional las situaciones que ponen en peligro las bases elementales de la convivencia humana, lo que ni de lejos se alcanza con las normas que punen la criminalidad normal.

Algunas de estos principios y reglas aplicadas al terrorismo deben anotarse:

a) Frente a las funciones disuasivas y de integración social, el derecho penal del enemigo aporta la función de neutralización, fundada en la peligrosidad que supone todo miembro activo o facilitador de una organización terrorista.

b) El derecho debe tender a minimizar los riesgos o las graves consecuencias que resultan de un atentado terrorista. De ahí el carácter prospectivo más que retrospectivo: se ha de tener especial cuidado con los actos que se van a realizar, y adoptar las medidas necesarias para evitarlos. Desde esta perspectiva, surge toda una «teoría de la anticipación» justificante basada en la comprensión del complejo *modus operandis* de las organizaciones terroristas, donde la sola dimensión institucional favorece la comisión de ilícitos.

c) En la medida en que se adelanta el marco punitivo de los delitos terroristas a una diversidad de actos preparatorios, se flexibilizan las garantías de los derechos fundamentales involucrados en este ámbito. Se castigan conductas que de otro modo sería impensable punir: reclutamiento y adiestramiento, enrolamiento en estructuras organizacio-

nales, suministro o recepción de instrucciones aunque no se realice el ilícito. También aparecen, a nivel procesal y penitenciario, sistemas premiales para los responsables de los ilícitos con el fin de ampliar la búsqueda del ilícito (44).

El Derecho penal del enemigo ha levantado una espiral de controversias. Muchas de ellas justificadas. El constitucionalismo aspira, según proclamación común, al reconocimiento de la igual dignidad de las personas por parte de todo el ordenamiento jurídico. El derecho penal del enemigo se basa, en cambio, en el reconocimiento sectorial de una desigualdad integral: la existencia de un enemigo irreconciliable. Si es así, uno de los ideales del constitucionalismo –el de igual libertad– parece caer por tierra, al menos en este ámbito. Pero es que, quizás, el constitucionalismo poco tiene que hacer en sede penal ante tan potentes adversarios. Si la tendencia sigue alimentándose, se atisba aquí un provocativo reflujó de la llamada «constitucionalización» del derecho.

5. Conclusión

El terrorismo plantea serios problemas al orden constitucional, que se ve en la necesidad de defenderse utilizando herramientas jurídicas que abren diversos espacios de incoherencia respecto del *ethos* del constitucionalismo.

Desde el marco tranquilo del *ius certum* de raigambre liberal, el dilema se plantea en términos disyuntivos de libertad o seguridad. Tanto una como la otra se necesitan. Por ello es que, desde temprano, la mayor parte de las constituciones prevén situaciones de emergencia o de excepción en las que, en pro de la seguridad, se autoriza la restricción o suspensión de ciertas libertades básicas.

Esos estados de excepción o poderes de emergencia fueron pensados como un recurso transitorio para situaciones

(44) En nuestro medio puede verse el notable trabajo de CARNEVALI, *op. cit.*, págs. 109-145).

límites de anormalidad institucional. Sin embargo, el terrorismo contemporáneo, considerado como tendencia, se desmarca de toda previsibilidad «burguesa» –en el sentido técnico del término– en la medida en que supone una anormalidad que llega para quedarse. Del desarrollo del vector terrorista depende que aquello que para el constitucionalismo es excepción se transforme paulatinamente en regla.

Para comprender bien este punto hay que discernir cómo ha mutado el terrorismo. Hace décadas era un fenómeno definido, accidental y focalizado. Hoy muta convirtiéndose en un fenómeno difuso, estructural y complejo. Hoy el terrorismo tiende a globalizarse en potencialidad y alcance, es totalmente antisistémico, no hay identificación clara de sus umbrales, evoluciona más rápido que la legislación que lo pune, y conoce y aprovecha completamente la vulnerabilidad de la sociedad y del Estado.

En la medida en que se discierne la complejidad del terrorismo contemporáneo, y su tendencia a convertirse en estructural, uno se da cuenta de cuán vetustos quedan los viejos esquemas del constitucionalismo decimonónico, del que los actuales sistemas políticos son herederos. La conclusión es válida ciñéndonos a la sola perspectiva de la crítica interna. Surgen desde aquí una serie de paradojas que se manifiestan en diversas direcciones:

a) El terrorismo reduce a un imposible la «democracia deliberativa». Activa el factor de incomunicación radical, adversario irreductible del diálogo y del consenso político.

b) El terrorismo desinhibe las situaciones de excepción constitucional. Cuando este fenómeno golpea los sistemas políticos, se piensa inmediatamente en el uso de las facultades de emergencia para defender el Estado constitucional. En la medida en que la situación se prolonga, la excepcionalidad –por esencia anómala y provisional– se proyecta como normal y duradera. Tanto en Estados Unidos como en Europa se está implantando una normativa anti-terrorista

cada vez más frondosa, que incluyen facultades intrusivas respecto de las libertades y derechos fundamentales.

c) La teoría constitucional se muestra insuficiente en recursos conceptuales para enfrentar el nuevo fenómeno terrorista. La necesidad de defensa del orden constitucional supera el horizonte estatal como marco de referencia, perturba la eficacia irradiante de los derechos fundamentales, instala la dialéctica amigo/enemigo tan denostada por el ideario liberal-socialdemócrata y desnaturaliza la finalidad esencial del ordenamiento cuya clave de bóveda es señalar límites al ejercicio del poder público. A futuro, la teoría constitucional puede convertirse en un globo que recibe agua sucia hasta que no puede contenerla y explota.

d) La teoría de los derechos fundamentales y sus tesis garantistas (contenido esencial de los derechos, la doctrina de los «límites a los límites») quedan en estado de interrogante ante un escenario donde no se cumplan las condiciones de normalidad institucional sobre las que reposa. Si la amenaza del terrorismo se vuelve estructural y empuja hacia situaciones de «excepcionalidad normalizada» el camino a futuro se vuelve incierto. De hecho, la legislación anti-terrorista que se ha incorporado a los países desarrollados con posterioridad a los atentados del 11 de septiembre de 2001 parece superar la doctrina de los «límites a los límites». Las competencias que se entregan al poder estatal para vigilar, controlar y neutralizar a los ciudadanos sospechosos de terrorismo rompen los muros de contención construidos por esta doctrina en cuanto a la afectación de sus derechos fundamentales.

e) El Derecho penal del enemigo ha levantado una espiral de controversias. Pero entrega herramientas eficaces para perseguir el nuevo fenómeno terrorista, que de otro modo, aprovecha los vacíos del Derecho penal del ciudadano. El problema es que la dialéctica amigo/enemigo no es

del todo coherente con el *ethos* constitucional.

Los puntos anteriores necesitan, sin duda, ser desarrollados de cara a la realidad futura. Admiten rectificaciones o profundizaciones. Pero tienen el mérito de señalar algunas de las líneas de área de lo que parece ser la nueva cancha posmoderna del constitucionalismo contemporáneo.