Estado de excepción y Estado de Derecho: ¿compatibles o excluyentes?

Alonso Rodríguez Moreno *

RESUMEN: En este artículo me propongo investigar si el Estado de Derecho y los principios que lo constituyen (los derechos humanos, el principio de legalidad y la división de poderes) son compatibles con la declaratoria del estado de excepción, prevista en la mayoría de las constituciones democráticas. Para lograr lo anterior, dividiré el trabajo en cinco partes. En la primera parte reconstruiré la historia del Estado de Derecho. En la segunda expondré y analizaré los tres principios fundamentales del Estado de Derecho. En la tercera hablaré del origen de la declaratoria del estado de excepción y de su evolución en los principales ordenamientos constitucionales de Occidente. Finalmente, en los dos últimos apartados, señalaré algunas paradojas que resultan de la convivencia del Estado de Derecho y del estado de excepción.

ABSTRACT: *In this paper I will investigate whether the rule of law and its principles (human rights, the principle of legality and de division of powers) are compatible with the declaration of state of emergency, planned in the majority of the democratic constitutions. To achieve this, I will divide the work into five parts. In the first part I will reconstruct the history of the rule of law. In the second part I will discuss and analyze the three fundamental principles of the rule of law. In the third part I shall talk of the origin of the declaration of emergency and its evolution in major western constitutions. Finally, in the last two parts, I will point out some paradoxes that result from the coexistence of the rule of law and the state of emergency.*

SUMARIO: Introducción. I. Breve historia de la formación y evolución del Estado de Derecho. 1. Introducción. 2. La Revolución francesa y la crítica liberal del siglo XIX. 3. El Estado de Derecho decimonónico y el positivismo jurídico. 4. El Estado constitucional de Derecho. II. Los principios del Estado de Derecho. III. Breve historia del estado de excepción. 1. Antecedentes: la Razón de Estado y la dictadura. 2. El estado de excepción legalizado. De Francia a nuestros días. IV. Algunas reflexiones jurídicas y políticas sobre el estado de excepción. 1. El soberano como el que decide sobre la excepción. 2. El estado de excepción como fuerza de ley sin ley. 3. Legalidad y legitimidad; autoridad y potestad; derecho y vida. V. A modo de conclusión: Razón de Estado y razón Constitucional: ¿compatibles o excluyentes?

* Investigador del Centro Nacional de Derechos Humanos de la CNDH.

Introducción

No cabe duda que en los actuales Estados democráticos de Derecho el estricto cumplimiento de la ley *en todas las circunstancias* resulta impracticable. El dinamismo de las sociedades contemporáneas y la complejidad de las situaciones no previstas en la ley que en ellas se suscitan rebasan los restrictivos cotos de una teoría formalista del Estado. Además, una vez que el Estado ha asumido un carácter activo en lo que respecta a los derechos sociales —al punto que hoy se habla de un Estado social y democrático de Derecho—, una normativa cerrada y estricta entorpecería sobremanera el efectivo cumplimiento de éstos, lo que podría implicar una terrible injusticia.¹ De ahí que parte del actual constitucionalismo considere que la función de la Constitución es flexibilizar a la ley a través de principios interpretativos de equidad y justicia, o dicho con palabras de Zagreblesky:² hacer *dúctil* al derecho, *es decir, capaz de asimilar las tensiones multiculturales, de dar una unidad compleja a los diversas prerrogativas de los grupos sociales sin faltar al principio de legalidad*, sólo que entendiendo por éste no un mero conjunto de *reglas* de un férreo formalismo, sino una serie de *principios* —entre los que se encuentran en primerísimo lugar los derechos humanos— que demarcan, sí, los límites del poder estatal, pero también le informan sobre cómo ha de actuar en los casos en que no exista ley que resuelva satisfactoriamente ciertas situaciones fácticas, o si existe, que su cumplimiento acarree un mal peor que el que se pretende evitar. Esta visión abre la posibilidad de la *no aplicación de normas* en ciertos casos (límites) y bajo ciertos presupuestos, sin por ello incurrir en una violación del Estado de Derecho.³ No obstante todo ello, la declaratoria de una suspensión de derechos, también conocido como *estado de excepción*, parece extralimitar cualquier “flexibilidad” jurídica y colocarse en el terreno de la anomia, de la simple política, de la fuerza. Se pueden tomar dos posturas antitéticas sobre este peliagudo asunto: a) o afirmar que la violencia jurídica que se suscita en la declaratoria de un estado de excepción permanece aún en el campo de lo jurídico, o b) que tal violencia es externa al derecho y lo condiciona en su existencia y permanencia.

La mayoría de los países democráticos del orbe prevén en sus constituciones la posibilidad de declarar en sus territorios un estado de emergencia o excepción. ¿Cómo es posible que coexista una norma constitucional que legitima al poder soberano para suspender el ordenamiento jurídico —incluso ciertos derechos humanos— con los principios del Estado de Derecho, consagrados en la propia Constitución? O dicho de otra forma: ¿no es una contradicción en términos que la Constitución, llamada en nuestro tiempo a ser, por un lado, la norma superior que dote de sentido y unidad a todas la leyes, y por el otro, la guía, el límite y el

¹ Vid. Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría y discurso*. 5a. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 2008, pp. 512 y ss.

² Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 8a. ed. Trad. de Marina Gascón. Madrid, Trotta, 2008, pp. 14 y ss.

³ Para un sugerente estudio sobre la posibilidad de hacer compatibles el Estado de Derecho y la no aplicación de normas, vid. Diego Valadés, “La no aplicación de las normas y el Estado de Derecho”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 219-291.

fin del poder soberano, prevea la propia suspensión de sus principios? Para dar una respuesta adecuada voy a dividir el trabajo en cinco apartados.

En el primero reconstruiré el itinerario histórico del llamado Estado de Derecho, desde sus orígenes revolucionarios, pasando por su particular concepción decimonónica, hasta su historia reciente, configurada en gran medida por el trauma de la dos guerras mundiales. Todo esto a fin de comprender qué entendemos hoy en día por este término. En el segundo expondré cuáles son, según algunos de los más importantes teóricos constitucionales contemporáneos, los principios del Estado de Derecho actual y por qué hoy se habla de *Estado constitucional* de Derecho. En el tercer apartado investigaré los precedentes del “estado de excepción” en el Renacimiento, particularmente la llamada *Razón de estado* y sus *arcana*, así como en la figura de la dictadura soberana y comisarial. De igual forma, intentaré demostrar cómo el estado de excepción tiene su origen legal-positivo en la tradición revolucionaria democrática estadounidense y francesa, para, por último, exponer cómo esta figura fue trasmutando en el siglo XIX y terminó por instalarse de forma permanente en las principales constituciones del siglo XX. El apartado cuarto lo dedicaré a reflexionar sobre algunas paradojas del estado de excepción en el plano jurídico y político. Finalmente, en el quinto apartado haré un breve resumen de lo visto en los otros apartados e intentaré contestar a la pregunta total de este trabajo.

I. Breve historia de la formación y evolución del Estado de Derecho

1. Introducción

Una de las preguntas fundamentales que se formula la ciencia política es: ¿dónde reside el poder soberano?⁴ O dicho en términos personales: ¿quién tiene el poder soberano? La Modernidad dio dos respuestas antitéticas. La tradición jurídica y política que inició con la Segunda Escolástica Española y que fue continuada por la mayoría de los autores de la Escuela Racionalista de Derecho Natural consideró que *el pueblo* era el único titular legítimo del poder soberano.⁵ En cambio, la línea intelectual que va de Maquiavelo a Juan Bodino y Hobbes —línea que bien podríamos llamar *realismo político*—⁶ postuló que el monarca tenía el monopolio del poder político.

La Reforma protestante también tuvo un papel crucial en la justificación del poder absoluto de los reyes. John Neville Figgis sostiene que “si no hubiese habido un Lutero, nunca habría podido haber un Luis XIV”.⁷ Lutero había afirmado

⁴ Vid. Hermann Heller, *Teoría del Estado*. Trad. de Luis Tobío. México, FCE, 1942, p. 32.

⁵ Para un estudio de la importancia política y jurídica de la Segunda Escolástica Española, así como de la influencia de ésta en la Escuela Racionalista de Derecho Natural, se puede ver: Quentin Skinner, *Los fundamentos del pensamiento político moderno*. Tomo II. *La reforma*. Trad. de Juan José Utrilla. México, FCE, 1986, pp. 119-192.

⁶ Lo particular de esta escuela, sobre todo de los dos últimos autores, es que prescinden de la Teología para formular sus argumentos y recurren a argumentos racionales y de necesidad histórica. En este sentido, podemos decir que su método es empírico, pues parten de la observación sociológica y psicológica de la sociedad.

⁷ John Neville Figgis, *Political thought from Gerson to Grotius, 1414-1625*. Nueva York, Harper Torchbooks, 1960, p. 81.

que el mundo estaba ordenado por Dios, de ahí que todos los sistemas políticos existentes debían considerar como queridos por la providencia divina. Los gobernantes, por tanto, tenían una autoridad legítima (querida por Dios) que tenía que ser acatada por los ciudadanos sin reparo alguno. Quien desobedeciera de forma deliberada a los mandatos soberanos de un rey cometía pecado. Ahora bien, el rey no podía actuar según su capricho, sino que tenía que respetar la ley divina, que le imponía deberes. Uno de los principales era perseguir a los herejes.⁸

Si bien en un primer momento el absolutismo monárquico fue la forma de gobierno de la mayoría de los Estados modernos, con el paso del tiempo, y debido principalmente a la independencia de Estados Unidos (1776) y a la Revolución francesa (1779) —ambas con el trasfondo de las ideas ilustradas, pero sobre todo ésta—, la idea democrática fue ganando terreno hasta instalarse establemente en las constituciones europeas del siglo XIX.

Los ciudadanos son la sede original del poder, por lo que libremente pueden decidir erigir un gobernante al que transmitirán este poder con un finalidad muy específica: la protección de sus libertades individuales y los derechos que de ellas se desprenden (la vida, la igualdad y la propiedad, principalmente). El gobernante que utilice la soberanía para su beneficio personal se convierte en tirano y, por tanto, puede ser destituido y castigado. De esta forma podríamos resumir la visión liberal y democrática del Estado, representada por autores como Francisco Suárez, Samuel Pufendorf, Locke y Rousseau (cada uno con sus acentos y matices, como es lógico).

La doctrina política alemana distingue tres momentos en la conformación del Estado moderno, cada uno de los cuales acentúa, en su forma de designarlo, su carácter más específico: el Estado de fuerza (*Machtstaat*), el Estado de razón o de policía (*Polizeitstaat*)⁹ y el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*). El primero se refiere al Estado absoluto típico del siglo XVII, en el cual el monarca hacía cumplir su voluntad a través de la fuerza. Esta forma de gobierno no tenía por finalidad el bienestar de todos, sino de aquellos que detentaban el poder. El Estado de razón o policía se dio en el siglo XVIII, en el ambiente intelectual y moral del despotismo ilustrado. Ahora el monarca era quien poseía las luces de la Razón y debía guiar a su pueblo a la consecución de la felicidad, es decir, la ilustración de los individuos. Por último tenemos el Estado típico del siglo XIX, el de Derecho, que indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado. Este valor, en términos amplios, se refiere a la eliminación del capricho soberano. Se invierte, pues, la relación entre poder y derecho: ahora en vez de que el poderoso haga la ley, la ley hace al poderoso.¹⁰

2. La Revolución francesa y la crítica liberal del siglo XIX

Con los eventos revolucionarios de la Francia de finales del siglo XVIII nace la Constitución moderna, mixtura de elementos liberales y democráticos. *Su su-*

⁸ Para el tema de la influencia política de Lutero y sus epígonos, *vid.* Q. Skinner, *op. cit.*, *supra* nota 5, pp. 72 y ss.

⁹ *Vid.* Norberto Bobbio, “La lección de los clásicos”, en *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*. Trad. de José Fernández Santillán. México, FCE, 2004, pp. 80-83.

¹⁰ *Vid.* G. Zagrebelsky, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 21.

*puesto primordial es la idea de poder constituyente.*¹¹ La Teoría del Estado de la Revolución francesa se convierte de esta forma en la fuente capital, no sólo de la dogmática política de todo el tiempo siguiente, sino también para la construcción jurídica de carácter positivo de la Teoría Constitucional contemporánea.¹² La noción de poder constituyente presupone una entidad política existencial: el Pueblo. En esta tesitura, “Nación”¹³ significa un Pueblo capaz de actuar políticamente, o dicho de otra manera, capaz de darse una Constitución. Al hacer esto, realiza el acto más amplio de la decisión acerca de un modo y forma particular de existir. Dos son entonces los momentos que se han de distinguir en la teoría constitucional francesa: el de la toma de conciencia política por parte del Pueblo para erigirse como Nación y la creación posterior de su forma de existencia política y jurídica, es decir, la Constitución.¹⁴

El otro gran significado de la Revolución francesa es que condujo a la noción de Estado de Derecho. Ésta no significa otra cosa más que *la limitación y control, a través de las leyes, del ejercicio del poder por parte de los gobernantes*. Cuando la Nación como titular del poder suprime la soberanía absoluta del rey, se arroga esta última y se coloca en la posición en la que se encontraba previamente el monarca. Lo absoluto, pues, pervive pero en la figura del Pueblo, que es el nuevo Soberano. En este orden de ideas, la Constitución representa la voluntad soberana de la Nación, es decir, los principios y la forma en como ha de ser gobernada.

En el Poder constituyente descansan todas las facultades y competencias constituidas y acomodadas a la Constitución. Sin embargo, al ser original, radical y tener siempre la posibilidad de cambiar, no puede constituirse nunca con arreglo a la Constitución. La Nación como poder constituyente nunca tiene una forma jurídica definitiva. Ahora bien, era imposible que el Pueblo, además de sentar las bases de su destino político, gobernara permanentemente. Esto se debía a que no era una instancia firme, organizada. Perdería su naturaleza si se erigiera para el funcionamiento normal y diario del gobierno. De ahí la necesidad de su *representación*.¹⁵ Los representantes se eligen de manera democrática y, una vez electos, ellos son los que tendrán la autoridad de gobernar. Al conjunto de representantes democráticos encargados para la formulación de las determinaciones constitucionales se les llamó, en la Francia posrevolucionaria, Asamblea Nacional. Ella conservaría en su seno la potencia de poder constituyente pero ya rutinizado; ella se conformaría, pues, como un *poder constituido*.

¹¹ Vid. Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Trad. de Francisco Ayala. Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 70. También se puede ver al respecto: Maurizio Fioravanti, *Constituciones. De la antigüedad a nuestros días*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta, 2001, p. 103.

¹² C. Schmitt, *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 71.

¹³ Para un estudio sobre el concepto de “Nación” en la Revolución francesa, vid. Gregorio Peces-Barba Martínez et al., *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II, *Siglo XVIII*, vol. III, *El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*. Madrid, Dykinson / Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de la Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2001, pp. 299 y ss.

¹⁴ Vid. *ibid.*, pp. 71-72.

¹⁵ Para un estudio sobre el significado de la “representación” en la Revolución francesa, vid. G. Peces-Barba Martínez et al., *op. cit.*, *supra* nota 13, pp. 321 y ss.

Immanuel Kant, a quien se considera el primer teórico del Estado de Derecho,¹⁶ dedicó una serie de ensayos políticos¹⁷ (entre 1793 y 1797) a definir la constitución republicana y sus elementos esenciales. Ésta es, ante todo, un conjunto de principios, entre los cuales la libertad es el primero de ellos, y consiste en la libre persecución de la felicidad por parte de cada uno, siempre que no impida la misma búsqueda por parte de los demás ciudadanos. Repitiendo casi a pies juntillas el artículo cuarto de la Declaración francesa de 1789, Kant conviene que sólo la ley puede demarcar los límites de las libertades personales, a fin de que ninguna afecte a la otra. El segundo principio de la constitución republicana es el principio de la igualdad, en el sentido de que todos deben estar sometidos por igual a la ley. Este derecho también había sido consagrado por la Declaración francesa en su artículo quinto. Los demás principios que Kant enumera y explica sólo se vuelven comprensibles a la luz de una distinción que tuvo por sino ser punto de referencia imprescindible en las doctrinas posteriores: la diferencia entre *forma de Estado* y *forma de gobierno*. Aquella se refiere al sujeto a quien le es atribuido el poder soberano de hacer la ley, y producía una democracia si ese poder era de todos, una aristocracia si ese poder era de pocos, y una monarquía si el poder era de uno. La segunda, por su parte, atiende a la relación que en concreto se establece entre ese mismo Poder Legislativo soberano y los otros poderes, en primer lugar a partir del Poder Ejecutivo. Kant pensaba, nos dice Fioravanti,¹⁸ que el terreno decisivo para el desarrollo de la constitución republicana era este segundo, la relación entre los poderes, la forma de gobierno. En este nivel era posible la afirmación de los principios propios de la constitución republicana. ¿Cuál era la forma de gobierno que permitía la existencia de la libertad y la igualdad? Aquella que fuera antidespótica, que contemplara como indispensable la división entre el Legislativo y el Ejecutivo, esto es la forma de gobierno republicana. Sin embargo, el pensamiento del filósofo alemán comienza ya a despuntar la crítica a la forma democrática jacobina de gobierno, en la cual el poder constituyente se arroga los Poderes Legislativo y Ejecutivo al mismo tiempo. De ahí que Kant siempre haya subrayado la necesidad de confiar el derecho de voto a los ciudadanos sólo en cuanto gozan de una cierta independencia civil y en cuanto son titulares de una propiedad privada que en esencia los hace dueños de sí mismos. Así, el concepto mítico de Pueblo no tiene cabida en la obra política kantiana, y no es de extrañar que el de Königsberg siempre haya negado una acción legítima de resistencia del Poder constituyente en nombre de su propia soberanía. Si bien no niega por completo la soberanía popular, sí la pasa por el tamiz del voto restrictivo y de la representación.

Las premisas políticas revolucionarias recibieron también una revisión crítica por parte del liberalismo europeo decimonónico.¹⁹ La constitución entendida como programa, como *norma directiva fundamental*, evocaba para los liberales

¹⁶ Vid. Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos: Estado de Derecho y Constitución*. 9a. ed. Madrid, Tecnos, 2005, p. 220.

¹⁷ Son tres los principales ensayos: 1) *En torno al tópico*: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica", *Teoría y práctica*. Trad. de Juan Miguel Palacios *et al.* Madrid, Tecnos, 1986, pp. 3-61. 2) *Sobre la paz perpetua*. Trad. de Joaquín Abellán. Madrid, Alianza Editorial, 2002. 3) *La metafísica de la costumbres*. Trad. de Manuel García Morente, Buenos Aires, Espasa Calpe, 1946.

¹⁸ M. Fioravanti, *op. cit.*, *supra* nota 11, p. 124.

¹⁹ Vid. M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Trad. de Manuel Martínez Neira. Madrid, Trotta, 2000, pp. 98 y ss.

el espectro jacobino de la soberanía popular y la democracia directa (que tantas aberraciones había consumado durante la guerra civil). La crítica liberal, nos dice Fioravanti,²⁰ se dirigió precisamente contra el *constructivismo racionalista*, contra la idea de que la sociedad pueda ser gobernada, dirigida y programada a partir de algunos principios generales contenidos en la constitución creada por la Nación. Para los liberales, la Revolución francesa estaba comprometida por su exceso de voluntarismo, por su irresponsable e irreflexiva dación de poder ilimitado al Pueblo.

Ellos abogaban por una *estructura jurídica estable* que privilegiase ante todo la libertad como *seguridad personal y propiedad privada*. Querían que el nuevo orden jurídico se construyera sobre el basamento de las libertades individuales o civiles (como en Estados Unidos), con la consecuente limitación del capricho popular. La sociedad ya no necesitaba sentirse constituyente: le bastaba sentirse sociedad de individuos que progresan de manera tranquila y ordenada y saberse titular de unos derechos fundamentales garantizados con firmeza por el Estado. En este sentido, la crítica liberal sólo se opuso a aquella doctrina del “poder constituyente” (en su exageración jacobina) que había nacido con la Revolución del 1789, pues la otra gran idea que se había desprendido de ella, la de las garantías individuales, sí fue asimilada y ponderada como punto neurálgico del Estado de Derecho liberal burgués.

La Constitución propia del Estado de Derecho liberal, a diferencia de la revolucionaria, se configuró como una *técnica de limitación del poder con fines de garantía*. La cultura liberal esgrimió contra el poder estatal las ideas iusnaturalistas de la preestatalidad de los derechos humanos y de la consecuente limitación de la soberanía.²¹ Insertos en la tradición del derecho natural, que se remonta hasta la Segunda Escolástica Española, convinieron en suma que *la autoridad es simple jurisdicción*, en el sentido de que los gobernantes sólo tenían poder para administrar la justicia, para hacer compatibles las libertades de todos sin poner en peligro los derechos fundamentales (vida, libertad, igualdad, propiedad, felicidad). En este sentido, se puede afirmar que la cultura liberal fue crítica del Estado.

Así, durante el siglo XIX desapareció del horizonte cultural liberal europeo la idea de la Constitución en el sentido revolucionario francés, es decir, como norma directiva fundamental, idea que resurgirá de sus cenizas hasta la segunda mitad del siglo pasado, cuando se hizo necesaria una reconstrucción de las democracias que habían sido conculcadas por los totalitarismos.

Ahora bien, la crítica liberal decimonónica de la Revolución francesa no fue unívoca, esto es, *no sólo se resolvió en el sentido de ponderar la Constitución como una norma de garantía*. También existieron líneas críticas contra la visión, de impronta iusnaturalista y de filiación estadounidense, de los derechos subjetivos como límites absolutos de la actuación estatal. La Constitución entendida como norma que consagra las libertades individuales se convierte en un espacio de competencia entre los individuos, una palestra donde luchan los poderes políticos y sociales. Garantiza, sí, que todos los actores respeten las reglas del

²⁰ *Ibid.*, pp. 98-99.

²¹ Para una visión de conjunto de la Escuela Racionalista de Derecho Natural, *vid.* Francisco Carpintero, *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Madrid, Encuentro, 2008, capítulos VI y VII.

juego, pero sobre todo asegura que los poderes públicos se mantengan fuera del mismo juego para no interferir con las libertades e intereses de los individuos. Sin embargo, al no existir un poder centralizado activo, *un Estado fuerte capaz de intervenir en la vida, no como mero garante, sino como administrador de la justicia y, en última instancia, como sancionador del derecho a través de la fuerza pública, la tan ansiada estabilidad burguesa patrimonial de los liberales burgueses quedaba en entredicho*. Se entiende, pues, por qué las premisas garantistas no satisfacían del todo a los liberales.

Tenemos así que la cultura liberal se encontró entre dos fuegos: por un lado, la existencia de un Poder constituyente despótico —que seguía presente en la mente del grueso de los ciudadanos, todavía empapados el sueño revolucionario—, teóricamente capaz de cambiar en cada momento el significado de la Constitución, amenazaba continuamente la estabilidad de las instituciones de gobierno, es decir, el poder constituido. Por el otro, el Estado, al ver cuestionado su poder por el contractualismo revolucionario, se robustecería dando lugar a un “dirigismo estatalista”, que pondría en peligro las libertades individuales.

La idea de la Constitución como norma directiva dejaba a los liberales burgueses a la deriva entre la Escala contractualista y la Caribdis estatalista. La alternativa trágica: o “demasiado Estado en la sociedad” o “demasiada sociedad en el Estado”.²² Mas la opción por la vía garantista también tenía sus inconvenientes: un Estado reducido a mero garante era incapaz de asegurar la estabilidad patrimonial y jurídica, amenazada ante todo por las posibles revueltas de las masas empobrecidas.

El liberalismo tuvo que optar entonces por una vía intermedia, una vía de pesos y contrapesos: restituir seguridad y autonomía a la sociedad civil, pero al mismo tiempo restituir la confianza y estabilidad a los poderes constituidos. O dicho en otras palabras: una Constitución con elementos de una norma fundamental y directiva, mas con un fuerte cariz garantista. Esto, como es lógico pensar, generó un débil equilibrio siempre a punto de decantarse hacia un lado o hacia el otro. Ante el peligro de que la dirección política dependiera de “la voluntad general”, la cultura liberal prefirió correr el riesgo del estatalismo. Si el endeble equilibrio no podía mantenerse en su justo punto, era preferible tender (siempre con las limitaciones pertinentes) hacia el garantismo estatal. Pero uno que jugara hábilmente un juego de doble fondo: al Estado opondría sus derechos innatos, preestatales, que siempre lo mantendrían limitado, y al contractualismo revolucionario la necesidad de desvincular las instituciones de la voluntad de los individuos, anulando —al decir de Fioravanti— la primera y más originaria libertad política: el derecho del individuo, sumado a los demás individuos, de decidir sobre los caracteres generales del orden público. Esto segundo se logró por vía de la representación: ya no es el constituyente el actor político real; ahora son sus representantes populares los únicos que tiene poder para gobernar.

La Nación deja de ser ese Pueblo consciente de su existencia política, ese *Poder constituyente* que podía darse en cualquier momento las leyes que considerara necesarias y útiles a su tiempo —como dejaba entrever el artículo 28 de la Declaración de Derechos de 1793—, para convertirse en una *realidad histórica* que no se determina por libre voluntad de los individuos y que, a su vez,

²² M. Fioravanti, *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 102.

no determina de manera contractualista los caracteres de las instituciones políticas: la nación (así, con minúsculas), con sus instituciones, *es producto de la historia*. El impersonalizar la existencia de la nación y atribuir su actual modo de ser a los procesos históricos, que siempre se encuentran por encima de las voluntades individuales, permitió a los liberales dar permanencia a las instituciones políticas, generar un *status quo* sólido.

Esto trajo como consecuencia que los discursos decimonónicos liberales sobre los derechos y libertades se fundamentaran de forma preeminente sobre el concepto de Estado y no sobre el de Constitución. Su papel como norma suprema era un fruto histórico de la revolución en Francia, pero ahora era necesario superarla (haciéndola pasar a un segundo plano) debido al surgimiento de nuevas exigencias sociales sólo atendibles desde una nueva concepción. Ahora el Estado sería el encargado de cumplir con la altísima vocación que había tenido la Carta Magna. Esta nueva supremacía, nos dice Fioravanti, se desarrolló en dos direcciones fundamentales,²³ el Código Civil y la administración pública (derecho público).

3. El Estado de Derecho decimonónico y el positivismo jurídico

El Código Civil había sido considerado por los revolucionarios franceses como el instrumento idóneo y necesario para articular en la realidad cotidiana los ideales de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. De ahí que la Constitución de 1791 invocara la necesidad de su advenimiento, pues sólo a través de un Código Civil se podían ejercer auténticamente la libertad, la igualdad frente a la ley y la apropiación de bienes y su venta. Así, en 1804 vio luz el Código Civil Napoleónico, que se convertirá en el modelo de toda la legislación europea posterior. Asimismo, la administración pública significaba otra parte la realización de los ideales de la revolución: en vez de la práctica generalizada en el Antiguo Régimen que privilegiaba a la aristocracia para los cargos públicos, permitía la realización del derecho de los individuos el de acceder a los oficios públicos según su capacidad, y sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos.

Sin embargo, tanto el código como el incipiente derecho público, ambos constituyentes del derecho positivo del Estado, aparecen totalmente emancipados de los principios constitucionales contenidos en la Declaración de 1789. ¿A qué se debió esto? Principalmente a que la máxima preocupación de los liberales era el aseguramiento de los derechos civiles de cada individuo, y la Declaración (así como la Constitución de 1791), con su exaltación de la voluntad popular como último criterio soberano, no los protegía e incluso podía llegar a amenazarlos. Siguiendo el derrotero estatista, la cultura liberal prefirió el fortalecimiento del Estado a través de los códigos y de la administración pública, que representaban para ella un derecho positivo cierto y estable. Consecuentemente, negó que la Constitución fuese un acto fundador y una norma tutelar de los derechos fundamentales. Ahora lo importante era la soberanía del Estado.

La creación de un derecho público permitió que, a lo largo del siglo XIX, el Estado comenzara a hacerse de una autonomía respecto del derecho privado.

²³ *Ibid.*, p. 108.

Y esto resulta lógico: la existencia de un derecho propio del Estado significaba, en el fondo, que la administración pública representaba un nivel especial de potestad: el nivel de la soberanía originaria. En esta tesitura, parecía un contrasentido que el poder estatal tuviera que someterse al orden jurídico civil; antes bien, aquél era el único garante de éste. O puesto en otras palabras: el ideal del Estado de Derecho sólo era posible si existía un poder soberano centralizado que impidiera que el derecho privado se plegara a las exigencias de los particulares o a las opciones de orden político constitucional en turno.

Cabe aclarar que este nuevo poder atribuido al Estado por los liberales no era un poder arbitrario o absoluto, sino un poder limitado por sus funciones claramente establecidas, que eran —según Fioravanti—²⁴ principalmente tres: crear normas, asegurar el cumplimiento del derecho (público y privado) y generar una certeza jurídica. En resumidas cuentas, podemos decir que el pensamiento liberal de finales del siglo XIX optó por la vía política para la construcción estatal y preterió adrede la supremacía de la constitución.

Con el nacimiento de la ciencia europea del derecho público, la posición suprema del Estado pudo consolidarse. El derecho positivo le sirvió de égida contra cualquier instancia distinta que pretendiera erigirse como fuente de derecho, por ejemplo, las fuerzas sociales derivadas del supuesto contrato social. No es de extrañar, en este contexto, que muchos de los teóricos del Estado de principios del siglo XX contemplaran la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano más como una declaración filosófica de principios que como un texto con fuerza jurídica.

Ahora bien, la Revolución francesa no podía ser olvidada por completo: su fuerza mítica, su capacidad de símbolo *legitimador* resultaba muy útil para cimentar la nueva teoría estatal. La soberanía que se había concedido el Estado, encargada primordialmente de proteger los derechos individuales y contener los elementos inestables de la voluntad popular, tenía que envolverse con el glorioso halo de la revolución. Además, era innegable que precisamente los derechos fundamentales habían recibido su espaldarazo de manos de la guerra librada en Francia.

Para lograr esto, lo primero que los teóricos liberales hicieron fue releer la Revolución francesa con nuevas categorías. Inicialmente, ésta se había propuesto generar un criterio moderno de atribución de la soberanía política, el cual consistía, por principio, en despojar al monarca de ella. Mas una vez que se había logrado esto —del todo loable y necesario—, los revolucionarios cayeron en el ingenuo error de conceder esta soberanía a otro sujeto: el Pueblo. O dicho en otras palabras: el intento de la creación de una nueva concepción de soberanía se vio conculcado por la incapacidad de los revolucionarios de abandonar una visión subjetivista del poder. Poco servía haber quitado el poder al rey si éste después se iba a entregar a la sociedad. Sin darse cuenta, los revolucionarios franceses no habían estado a la altura de la misión histórica que ellos mismos se habían propuesto realizar.

Según los pensadores liberales del XIX, una concepción moderna de la soberanía tenía la obligación de atribuir el sumo imperio a la Nación —ahora entendida como la organización de las instituciones jurídicas, como el aparato

²⁴ *Ibid.*, p. 112.

administrativo que reúne a gobernantes y gobernados— y no a un sujeto preconstituido, fuera éste el Monarca o el Pueblo. Sólo un Estado concebido de esta forma podía afirmarse frente a las exigencias de dominio de los poderes subjetivos. Sólo un Estado capaz de completar el proceso de afirmación de la soberanía nacional podía ser considerado auténticamente de Derecho.

Con este panorama, cabe preguntarse: ¿qué papel jugaban los derechos del hombre en este nuevo concepto de Estado? La negativa de aceptar cualquier instancia normativa anterior al Estado de Derecho llevó a los liberales a negar la tradición iusnaturalista de la preexistencia de los derechos fundamentales. En todo caso, los derechos y libertades eran producto de la concreta aplicación de las normas del Estado. Vale la pena detenerse a explicar esto.

Las teorías de la Escuela Racionalista de Derecho Ilustrado sostenían que todo hombre tiene una serie de derechos innatos que se desprenden de su libertad. La protección de tales derechos es la finalidad más importante del Estado (si no es que la única). Un Estado subordinado por valores que lo anteceden y que debe proteger es un Estado débil por dos razones: primera, porque toda su autoridad proviene de los sujetos que lo constituyeron para la mejor protección de sus prerrogativas naturales; segunda, porque estos sujetos pueden decidir en cualquier momento conjurarlo y darse una nueva forma de gobierno que defienda de mejor manera sus derechos individuales.

Por eso la repulsa al modelo iusnaturalista es clara y rotunda, y la asunción de un modelo de Estado fuerte, es decir, uno que no esté limitado sino por sus propias leyes. Los derechos individuales terminarían por *fundamentarse de forma exclusiva sobre un acto de autolimitación del Estado*. La soberanía de éste se presupone plena en la medida que él mismo no la limite con un acto de voluntad constitutivo de los derechos de los individuos.²⁵ Y avanzando un paso más: si todas las libertades se fundan sólo sobre las normas del Estado, todos los derechos terminan por reducirse a uno: el de ser tratado conforme a las reglas del Estado.²⁶

¿Esto significa que para la cultura liberal del XIX la soberanía estatal no tiene limitación alguna? No; sus límites son la realidad social y la historia. Los poderes de gobierno no podían obrar a su antojo, pues si bien es verdad que su potestad no está limitada por otro derecho, ni por la constitución, también lo es que tiene que respetar el estado actual de las cosas: la forma histórica en como se ha constituido la sociedad y los derechos que tradicionalmente se han considerado como fundamentales. Cabe advertir que estos derechos “tradicionales” no tienen por fundamento la naturaleza humana, sino el proceso histórico por medio del cual llegaron a formar parte de las leyes estatales.

A modo de resumen, voy a resaltar los elementos esenciales del Estado de Derecho decimonónico²⁷ que se desprenden de lo expuesto hasta este punto, muchos de los cuales perviven, con sus debidas matizaciones, en el Estado de Derecho constitucional, del que hablaremos sumariamente en el siguiente apartado.

El Estado liberal de Derecho justipreció, ante todo, el a) *principio de legalidad*, o sea, la soberanía de la ley y no de los funcionarios que detentan el poder. Se-

²⁵ Vid. M. Fioravanti, *op. cit.*, *supra* nota 19, p. 118.

²⁶ *Ibid.*, p. 120.

²⁷ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 29.

gún la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el Ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía integralmente de la ley, que le atribuía cada potestad particular. Otra concepción primordial para los pensadores liberales del XIX fue b) *la ley como norma general y abstracta*. Le generalidad de la ley aseguraba dos cosas: que no se vulnerara la igualdad jurídica de los ciudadanos y que se respetara la división de poder. Sobre este último punto: si las leyes se pudieran dirigir a personas concretas, los actos de la Administración y las sentencias de los jueces no tendrían sentido, y el Legislativo sería el único soberano. La calidad de abstracta de la norma significaba ante todo la permanencia en el tiempo del orden jurídico. Las prescripciones abstractas están destinadas, por principio, a valer indefinidamente, y esto asegura la certeza y previsibilidad del derecho. Otra nota definitoria del Estado de Derecho del siglo antepasado fue c) *la consideración del ordenamiento jurídico como dato*. Esto no significa otra cosa más que la hegemonía absoluta de la ley. Ningún acto jurídico era superior a las normas, pues éstas son las razones de los límites y del orden, haciéndose vacua cualquier otra medida jurídica para asegurarlos. En conexión directa con la visión del derecho como dato está el d) *positivismo jurídico* y la consecuente *preponderancia que se le asignaba al Poder Legislativo*, última característica esencial del Estado de Derecho. Todo el universo del derecho se reducía a una de sus fuentes: la ley. Más allá de ésta, no existía ningún valor jurídico auténtico, ni siquiera los derechos humanos.

Este modelo decimonónico que hemos explicado en líneas generales comenzó a verse cuestionado después de la Gran Guerra,²⁸ y en los años que siguieron a la experiencia aún más traumática de la Segunda Guerra Mundial fue abandonado progresivamente²⁹ por todos los países que no habían caído en las garras del totalitarismo. La mayoría de las constituciones contemporáneas, esto es, las que surgieron después de 1945, han reafirmado, de nuevo, el principio de la soberanía nacional y, como consecuencia, la primacía de la Constitución. De suerte que la tradición revolucionaria ha sido de nuevo activada, aunque, a decir verdad, con matices nada desdeñables.

4. El Estado constitucional de Derecho

Ahora nos toca hablar brevemente de la configuración histórica de este nuevo Estado de Derecho, que podemos calificar como “constitucional”, distinto al pregonado por los liberales decimonónicos. Los teóricos están divididos en este punto. Zagrebelsky,³⁰ por ejemplo, señala que el Estado de Derecho y el Estado constitucional son dos realidades harto distintas, al punto que este último no se puede considerar como un estadio de evolución o como una consecuencia directa de aquél, mientras que Rodolfo Vázquez³¹ considera, de forma más me-

²⁸ Por ejemplo, en la Constitución de Weimar, que retoma el tema de los derechos humanos y de la soberanía popular, convirtiéndose en la constitución democrática más influyente. *Vid.* M. Fioravanti, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 142 y ss.

²⁹ Basta con ver las constituciones de Francia de 1946, la de Italia de 1948 o la alemana de 1949. *Vid. idem.*

³⁰ *Vid.* G. Zagrebelski, *op. cit.*, *supra* nota 2, p. 41

³¹ *Vid.* Rodolfo Vázquez, *Liberalismo, Estado de Derecho y minorías*. México, Paidós, 2001, pp. 86 y 87.

surada, que si bien tienen diferencias, los principios más importantes del Estado de Derecho siguen actuantes en el Estado constitucional, sólo que con ciertas correcciones —francas mejoras— nada desdeñables. Podría decirse que entre ellos existe una relación analógica, esto es, tienen notables diferencias de grado, pero comparten la misma naturaleza. Estoy de acuerdo con esta postura.

Digamos por principio que en el Estado de Derecho contemporáneo la Constitución funge en él como la máxima forma de *garantía de los derechos y libertades*. Asimismo, cumple con la función de *norma directiva fundamental* de todas las actuaciones gubernamentales. Como se echa de ver, *la Constitución en su versión contemporánea trata de incluir equilibradamente los dos elementos que tradicionalmente habían estado contrapuestos en la historia constitucional: los derechos fundamentales y la soberanía popular*. El pensamiento liberal del siglo XIX había considerado que si se ponderaba al Pueblo como el titular originario de la soberanía, los derechos y libertades obtenidos históricamente se verían amenazados por las modas populares. Por otra parte, la existencia de derechos fundamentales anteriores al Estado limitaban a éste impidiéndole un funcionamiento efectivo y permanente, situación que ponía en peligro la estabilidad social y el funcionamiento de las instituciones.

En cambio, el actual Estado de Derecho contempla la Constitución de forma bastante equilibrada: *como el producto de la voluntad contractual de los individuos y como la norma suprema que precede, funda y limita al Estado*. Debido a lo primero, renace la idea de que el mismo Estado existe sólo como resultado del encuentro de voluntades, pero con una limitación: el Pueblo es soberano, no cabe duda, *pero su soberanía la ejercerá exclusivamente a través de las fuerzas organizadas*, de forma específica, los partidos políticos. Tomando en cuenta lo segundo, las normas del Estado, esto es, todo el derecho administrativo, puede ser juzgado a partir de su consonancia con la Constitución.

El Estado, dicho en pocas palabras, se origina por la Constitución y su finalidad primordial es proteger los derechos en ella consagrados y cumplir con lo deberes que ella le impone. Como se puede ver, se intenta combinar las dos tradiciones revolucionarias de la modernidad occidental. De la americana, se asume la rigidez constitucional, entendida como control de la constitucionalidad: la Constitución es el límite insuperable de la actuación estatal. De la francesa, en cambio, la soberanía popular. Combinar estos aspectos implica naturalmente templar y corregir algunos de sus respectivos extremos. Así, se vuelve necesario matizar tanto la tradición del 89 francés según la cual el poder legislativo del Pueblo es ilimitado —y los legisladores que lo representan son, como consecuencia, infalibles—, ya que esto pondría en peligro la garantía de los derechos fundamentales, cuanto la tendencia americana de ver al Estado como un mero garante, que no contempla la posibilidad de obligaciones sociales estatales. La doctrina constitucional actual ya no puede ser sólo una doctrina que promueva la limitación de los gobernantes, sino que también tiene que incluir las obligaciones del Estado, sobre todo en lo que respecta a la promoción de la igualdad de los individuos.

¿Qué respuesta daría el Estado de Derecho contemporáneo a la pregunta sobre la sede de la soberanía? Soberana es la Constitución porque, por un lado, es la concreción de la voluntad popular, o sea, de los principios en los que deberá basarse la entera actividad estatal, y porque, por el otro, los derechos hu-

manos que en ella se garantizan son indisponibles: no existe poder autónomo que pueda decidir deponerlos completamente, ni siquiera el poder constituyente (que ya no se ve como “autónomo”).

Según Diego Valadés,³² el Estado constitucional de Derecho se conforma por una pluralidad de elementos, entre los que cabe mencionar: la dignidad humana, la soberanía popular, la Constitución como contrato, la separación de poderes, el Estado de Derecho, el Estado social y el cultural, los derechos fundamentales, la tolerancia y la autonomía jurisdiccional, principalmente. Como se echa de ver, el profesor Valadés considera que el Estado de Derecho es uno más de los elementos del hodierno constitucionalismo y no meramente una etapa anterior en el tiempo que ha sido del todo superada.

II. Los principios del Estado de Derecho

En este apartado hablaremos más detenidamente de los principios que conforman el Estado de Derecho en la actualidad. Comenzaremos exponiendo los pilares que lo sostienen, para después analizar sus más importantes principios y algunas conclusiones que se desprenden de éstos.

En el Estado de Derecho contemporáneo la Constitución se articula sobre el concepto de libertad individual.³³ Y el Gobierno aparece como el servidor rigurosamente controlado de la sociedad. Sus actuaciones están meticulosamente medidas y previstas por un sistema de normas cerradas. El Estado ya no aparece como contrapuesto a la sociedad al modo de un poder autónomo, sino que ahora se le considera como idéntico al orden jurídico.³⁴ A diferencia de otras épocas históricas, el Estado de Derecho no tiene como finalidad su propia gloria o brillo sino la protección de los derechos y libertades de sus ciudadanos.

De estos derechos y libertades se deducen dos principios: el de *distribución* y el de *organización*.³⁵ El primero de ellos se refiere a la *diferencia radical que existe entre la libertad de acción propia de los gobernantes y la de los gobernados*. Éstos, por principio, tienen una libertad negativa: pueden hacer todo aquello que no les prohíba la ley. Aquéllos, por el contrario, únicamente pueden hacer lo que la ley les permite. Esto se debe a que, como ya hemos visto, el constitucionalismo moderno (al menos en su corriente liberal) retoma la idea de tradición iusnaturalista de los derechos fundamentales como valores que anteceden al poder político, lo crean y lo regulan.

El de *organización*, por su parte, apunta a la *necesidad de dividir el poder estatal* para que se logre un equilibrio de pesos y contrapesos. Y una vez dividi-

³² D. Valadés, *op. cit.*, *supra* nota 3, p. 225.

³³ Es necesario decir que, junto a la versión liberal del Estado de Derecho, se ha venido desarrollando un constitucionalismo de corte comunitario que propone un Estado social de Derecho. Manteniendo algunas premisas fundamentales del liberalismo, proponen otras que equilibren los elementos egoístas y de radical individualismo que, según estos autores, se derivan de la tradición liberal. Uno de los autores más importantes que ha intentado construir una teoría del Estado social de Derecho es J. Habermas en su libro *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de Derecho en términos de teoría y discurso*. 5a. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid, Trotta, 2008.

³⁴ El autor por antonomasia que identifica Estado con orden jurídico es Hans Kelsen. *Vid. Teoría general del Estado*. Trad. de Luis Legaz y Lacambra. México, Ediciones Coyoacán, 2004, capítulo III.

³⁵ *Vid. C. Schmitt, op. cit.*, *supra* nota 11, p. 138.

do, a cada poder (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) se le tiene que demarcar claramente su respectiva competencia. Asimismo, los derechos y deberes de los individuos tienen que estar claramente promulgados y garantizados en las normas (particularmente en la Constitución), a fin de que tengan publicidad y sean conocidos por todos. El principio de organización sirve para poner en práctica el de distribución.

De estos dos principios se desprenden, pues, los tres elementos esenciales del Estado constitucional de Derecho: derechos humanos, constitución y división de poderes.³⁶ El marco mínimo para la existencia de un Estado de Derecho se conforma por la existencia de ellos.

Reinhold Zippelius³⁷ considera que además de los elementos formales que definen el Estado de Derecho constitucional, deben tomarse en cuenta dos principios cualitativos o prudenciales: el de *proporcionalidad*, que indica la necesidad de una relación entre el daño y el beneficio que causan los actos estatales, y el de *exceso*, que se refiere a la no afectación de los intereses particulares en una medida mayor a la estrictamente necesaria. Siguiendo al jurista alemán, Diego Valadés³⁸ aporta otros dos: el de *razonabilidad*, en virtud del cual la organización estatal debe tender a la integración y no a la estratificación de la sociedad, y el principio de *equidad*, referente a la necesidad de una distribución equilibrada de los derechos y deberes de los ciudadanos, sobre todo considerando sus circunstancias económicas, sociales y culturales.

Ahora nos toca exponer los cambios de paradigma que este nuevo Estado constitucional acarrea, así como las principales consecuencias políticas y jurídicas que se desprenden de sus elementos.

Hemos visto que en el siglo XIX se consolida la tendencia positivista de fundar toda validez normativa en los códigos civiles y administrativos. Esto significa en resumidas cuentas que una norma jurídica era válida no por ser justa, sino exclusivamente por ser dada por una autoridad dotada de competencia normativa. Esta forma de Estado podríamos llamarla legislativa de derecho. Su principio fundamental fue el de legalidad. Desde el comienzo de la segunda mitad del siglo pasado, esta legalidad se ha subordinado a las constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Esto ha significado, según Luigi Ferrajoli, un cambio de paradigma en cuatro planos que conviene analizar brevemente: el de validez de las leyes, el del estatus epistemológico de la ciencia jurídica, el de la jurisdicción y el democrático.³⁹

Sobre el primer punto. La validez de las leyes en el nuevo Estado constitucional de Derecho ya no sólo dependen de la forma de su producción sino también de la consonancia de sus contenidos con los principios de la Constitución.⁴⁰

³⁶ Para ver una exposición teórica e histórica desglosada de estos tres elementos se puede ver: C. Schmitt, *op. cit.*, *supra* nota 11, pp. 25-92 (para las distintas definiciones de Constitución); 164-185 (para una breve historia de los derechos fundamentales), y 186-200 (para el origen histórico y las consecuencias jurídicas de la división o distinción de poderes).

³⁷ Reinhold Zippelius, *Teoría general del Derecho. Ciencia de la Política*. México, UNAM, 1985, p. 314.

³⁸ Diego Valadés, "La no aplicación de las normas...", en *op. cit.*, pp. 233 y 234.

³⁹ Vid. Luigi Ferrajoli, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", en Miguel Carbonell *et al.*, *Estado de Derecho. Conceptos, fundamentos y democratización en América Latina*. México, UNAM / Siglo XXI Editores / ITAM, 2002, p. 192.

⁴⁰ Vid. *idem*.

En el Estado decimonónico la Constitución no tenía prácticamente otra función que recoger y enunciar los derechos fundamentales. Además, como ya lo mencionamos, se pensaba que el auténtico aseguramiento de los derechos y libertades venía dado por el Código Civil y por el derecho administrativo. Ahora, en cambio, la Constitución controla las formas de producción legislativa e impone prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas las primeras a los derechos de libertad y las segundas a los derechos sociales.⁴¹

La función de la jurisdicción se ve alterada en el sentido de que los jueces ya no sólo tienen que aplicar formalmente la ley, como en el Estado de Derecho legal, sino también hacer un juicio de valor para asegurarse de que ésta es o no constitucional. El juez, por tanto, participa activamente en la denuncia de lagunas o antinomias que puede tener una ley, tomando como criterio la Constitución.⁴²

Por lo que respecta a la democracia, el nuevo Estado de Derecho, al subordinar la ley a los principios de la Constitución, por un lado, limita la democracia, pero por otro, la completa. Nos explicamos. Representa un límite porque los derechos en ella consagrados no pueden ser modificados o cuestionados por el poder de la mayoría. Sin embargo, estos mismos derechos —entre los que hay que contar el propio método democrático—, ahora convertidos en garantías, impiden los abusos del poder y, por tanto, posibilitan un ejercicio de la democracia pleno (dentro de los límites mismos de la Constitución, se entiende).

En relación con lo anterior, el constitucionalismo rígido sujeta incluso al Poder Legislativo, que en épocas anteriores había sido considerado como irrestricto, pues además de prever las condiciones de existencia del derecho, prevé los lineamientos para su producción y las condiciones de su validez. O dicho en pocas palabras: la Constitución actual regula tanto el *ser* del derecho cuanto su *deber ser*.⁴³

Por su parte, Gustavo Zagrebelsky considera que el nuevo Estado constitucional se diferencia del Estado de Derecho decimonónico esencialmente en tres puntos:

1) *El constitucionalismo actual distingue entre leyes y derechos*.⁴⁴ Las leyes son consideradas *reglas*, en el sentido de supuestos normativos positivos que prevén conductas generales y abstractas que al momento de actualizarse debe cumplirse con lo que ellas indican so pena económica o penal. Los derechos, por el contrario, son los *principios* que informan, jerarquizan y juzgan la validez del resto del ordenamiento, esto es, a todas las leyes. O dicho en otras palabras: los derechos son la llave heurística de la ley. En la tradición jurídica inglesa y estadounidense, los derechos subjetivos o derechos naturales siempre han tenido una primacía sobre las leyes particulares, por lo que al Estado se lo ha pensado como el garante de estos derechos, que son anteriores a él. En cambio, la tradición francesa, con su marcado laicismo y confianza en el nuevo Estado revolucionario, consideró que la declaración de derechos era la forma idónea de legitimar el nuevo orden legislativo, y si bien reconoció los derechos humanos, no les otorgó el estatuto de principios que

⁴¹ *Vid. idem.*

⁴² *Vid. ibid.*, pp. 192 y 193.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ G. Zagrebelsky, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 47 y ss.

regirían al resto del ordenamiento; antes bien, la ley era la que aseguraba y daba sentido a los derechos. En vez de que los derechos fungieran como controles de la ley, ocurrió lo contrario: la ley controló los derechos. Esta visión, a la larga, dio como resultado el positivismo jurídico y su último giro de tuerca: el formalismo kelseniano donde Estado y Derecho se identifican sin más.⁴⁵

2) *El constitucionalismo de nuestro tiempo ha sabido reconocer, junto a los derechos de libertad, los que se desprenden de la justicia.*⁴⁶ La gran tradición liberal de los derechos humanos ha ponderado la libertad como el primero de los derechos, del que parten todos los demás. No obstante, la crítica marxista a la libertad burguesa y a la propiedad, así como la llamada de la iglesia católica, a través de sus encíclicas sociales,⁴⁷ a la sensibilización en los temas de justicia y solidaridad, hizo que el Estado liberal asumiera una responsabilidad activa para hacer posible un reparto más justo de la riqueza y para atender las necesidades básicas para el desarrollo individual y social de los ciudadanos. Las primeras constituciones que incluyeron entre los derechos básicos a los sociales fueron la mexicana de 1917 y la constitución de Weimar de 1919. Así, a comienzos del siglo XX, nace el llamado *Estado social de Derecho, el cual reconoce que la igualdad formal ante la ley produce desigualdades materiales que han de ser atendidas*. Herman Heller⁴⁸ convino que este Estado permitiría al movimiento obrero y a la burguesía alcanzar un equilibrio jurídicamente regulado. Un gobierno que asumiera la responsabilidad social haría viable un orden justo de la autoridad sobre la economía, particularmente a través de la restricción a la propiedad privada, la subordinación del régimen laboral al derecho, la intervención coercitiva del proceso productivo y la traslación de la actividad económica del ámbito del derecho privado al campo del interés público. Ahora bien, conceder tales prerrogativas al Estado era otorgarle un inmenso poder de control sobre la vida de los particulares. Y esto, para bien o para mal. De ahí que después de la época de los totalitarismos de inspiración social, se rectificara de nuevo la posición del Estado frente a los particulares, exaltando de nuevo los derechos humanos y los valores democráticos. Este nuevo resurgimiento de los derechos del individuo frente a los abusos que llegó a cometer el Estado social de Derecho dio como resultado el llamado *Estado democrático y social de Derecho*, en el que se intenta lograr una justa proporción entre justicia y libertad. El constitucionalismo de nuestros días es hijo, en gran medida, de esta nueva forma de Estado. Así, entre los derechos fundamentales se incluyen los civiles y políticos, *pero también los económicos, sociales y culturales*. Y aún más, la Constitución actual, a diferencia de todas las anteriores, *fija principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico*. Esto ha generado como consecuencia que el Estado vuelva a tener un control —si bien limitado— sobre las competencias políticas en la economía y que los derechos de solidaridad con las generaciones futuras, particularmente el cuidado del medio ambiente y sus recursos, tomen ocupen un puesto eminente de valor.

⁴⁵ Vid. H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*. 8a. ed. Trad. de Roberto J. Vernengo. México, Porrúa, 1997, pp. 291 y ss.

⁴⁶ G. Zagreblesky, *op. cit.*, *supra* nota 2, pp. 75 y ss.

⁴⁷ Principalmente: *Rerum Novarum* del papa León XIII y *Quadragesimo anno* del papa Pío XI. Para la primera, *vid.* http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum_novarum_sp.html. Y para la segunda, *vid.* http://www.vatican.va/holy_father/pius_xi/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno_sp.html.)

⁴⁸ Hermann Heller, *Escritos políticos*. Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 283 y ss.

3) *Como consecuencia de los puntos anteriores, en la Constitución actual se rompe con el principio de legalidad en su versión positivista.*⁴⁹ Desde el momento en que la Constitución contiene principios de valor para interpretar la ley y juzgar sobre su justicia o injusticia, un sistema positivo de normas cerrado se vuelve inviable. Las leyes deben ahora estar controladas por la Constitución, por lo que los jueces dejan de ser una mera figura de aplicación mecánica de la ley para convertirse en auténticos intérpretes constitucionales de ella.

Para cerrar este apartado, hablaremos de algunos de los principios generales que se derivan del Estado constitucional de Derecho. Según Joseph Raz, en todo auténtico Estado constitucional de Derecho deben concurrir los siguientes principios:⁵⁰

a) *Todas las disposiciones jurídicas deben ser prospectivas, abiertas y claras.* Prospectivo significa lo que explora el futuro. Referirlo a las normas no quiere decir otra cosa más que hacer que el contenido de éstas sea preventivo, esto es, que intente, en la medida de lo posible, contemplar la *garantía de necesidades* y el *señalamiento y castigo de los actos ilícitos*, de suerte que no sea la traumática comprobación (pos facto) de su inexistencia legal la única causa eficiente para que se legislen. Las otras dos características se refieren a la necesidad de que la ley indique con claridad cuáles son los derechos y obligaciones de los ciudadanos (y de los extranjeros que residen en territorio nacional). “Una disposición jurídica ambigua, vaga, oscura o imprecisa es probable que equivoque o confunda, al menos, a algunos que desean ser guiados por ella”.⁵¹

b) *Las disposiciones jurídicas tienen que ser relativamente estables.* La publicidad del derecho lleva aparejada la obligación de estabilidad y permanencia. Si las disposiciones jurídicas varían constantemente, la gente difícilmente conocerá lo que el derecho determina en el momento presente, y como consecuencia, se generará incertidumbre legal. Además, el derecho ha de permitir que las personas pueden tomar decisiones a largo plazo (mercantiles, por ejemplo) con base en la certeza de que las normas jurídicas no variarán de forma radical.

c) *El establecimiento de disposiciones jurídicas particulares debe ser guiado por disposiciones jurídicas abiertas, estables, claras y generales.* A fin de que las normas particulares no flexibilicen el cumplimiento del derecho y violen, por tanto, el principio de igualdad jurídica, es necesario que todas ellas tengan por fundamento una disposición general, ya que son más duraderas y prevén las formas que cualquier ley necesita cumplimentar para tener validez. Dos son los tipos de normas generales que crean un marco para legislar las de índole particular: “aquellas que confieren los poderes necesarios para crear órdenes válidas y aquellas que imponen deberes a los titulares del poder sobre cómo ejercer sus poderes”.⁵²

d) *La independencia del Poder Judicial tiene que ser garantizada.* Y esto sólo se logra con normas que prevean los métodos de designación de jueces, la garantía de inmovilidad, los procedimientos de fijación de salarios y otras condiciones de su función (competencia, por ejemplo). Un Estado en el que los jueces

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 131 y ss.

⁵⁰ Joseph Raz, “El Estado de Derecho y su virtud”, en M. Carbonell *et al.*, *supra* nota 39, pp. 20-24.

⁵¹ *Ibid.*, p. 20.

⁵² *Ibid.*, p. 22.

no estén libres de presiones heterónomas y en el que no se garantice su independencia respecto de los otros poderes públicos (o privados), no puede calificarse como constitucional de Derecho.

e) *Los principios de justicia natural tienen que ser observados.* La publicidad de los juicios, la justicia basada en la ley, el trato igualitario y la ausencia de prejuicios son algunos de los principios de justicia natural.

f) *Los tribunales tienen que tener poderes de revisión sobre la implantación de los otros principios.* Como ya lo hemos dicho, el nuevo constitucionalismo considera indispensable el control constitucional, o sea, la obligación de los jueces de revisar que tanto la legislación ordinaria y parlamentaria como el derecho administrativo sean armónicos con los principios consagrados en la Constitución (principalmente que no violenten ningún derecho fundamental de los ciudadanos).

g) *Los tribunales deben ser fácilmente accesibles.* En el sentido material, sí, pero igualmente en el sentido legal, esto es, que las leyes procesales sean claras y accesibles a cualquier ciudadano. Es indispensable en un Estado constitucional de Derecho conocer con certeza las instancias (jerárquicas) en las que se puede desarrollar cualquier juicio, así como los recursos legales que se pueden oponer a las decisiones de los jueces. Esto forma parte de la accesibilidad de los tribunales.

h) *A los órganos de prevención criminal dotados de discrecionalidad no se les debe permitir pervertir el derecho.*

Junto a estos principios cabe mencionar, como es lógico, algunos más.⁵³ Sin embargo, para los fines de este trabajo, considero que los expuestos bastan para hacernos una idea general de qué es el Estado constitucional de Derecho y cuáles son sus características constitutivas.

III. Breve historia del estado de excepción

1. Antecedentes: la Razón de Estado y la dictadura

La declaratoria de estado de excepción *en sentido amplio* se puede definir como la capacidad —normalmente prevista en la Constitución— que tiene un sujeto investido de poder soberano para *suspender en todo o en parte el orden jurídico vigente con motivo de un evento excepcional que ponga en riesgo la existencia de una república*. De una u otra manera, todos los países occidentales (democráticos o no) prevén esta figura (de forma expresa o tácita) en sus constituciones (o leyes especiales).

Carl Schmitt fue el primer pensador que realizó una historia de la dictadura en clave política,⁵⁴ desde sus orígenes hasta los principios del siglo XX. Su idea fue mostrar cómo en la historia moderna occidental la figura de una autoridad con poderes excepcionales que puede actuar y legislar deponiendo o suspendiendo el derecho con tal de —paradójicamente— salvarlo ha coexistido, hasta nuestros días, con la idea del Estado de Derecho. Y este hecho no significa otra

⁵³ Para ver otros principios que constituyen el Estado constitucional de Derecho, *vid.* M. Carbonell y R. Vázquez, coords., *op. cit.*, *supra* nota 39.

⁵⁴ *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. de José Díaz García. Madrid, Alianza Editorial, 2007.

cosa más que la imposibilidad de despolitizar el derecho, pese a los esfuerzos realizados por las modernas teorías constitucionales o estatales. Su punto de partida es la distinción entre la dictadura comisarial y la dictadura soberana.

En efecto, el monarca absoluto del siglo XVII tenía el poder para decidir sobre la excepción y estaba asimismo capacitado para autorizar comisarios que pudieran utilizar métodos dictatoriales en su nombre, de ahí que se les conociera como dictadores comisariales. Sin embargo, sostiene Schmitt, en esta época las nociones de soberanía y excepción aún no estaban fusionadas. Son dos las razones por las que no se puede considerar al monarca absoluto un dictador soberano en sentido estricto: primero, porque el dictador siempre actúa en nombre de alguien y no a título propio, como el déspota ilustrado; segundo, porque toda declaración de un estado excepcional hecha por un monarca tenía por objeto la suspensión temporal del orden, con vistas a volver a la normalidad una vez que se cumplieran los objetivos propuestos; en cambio, el dictador soberano no busca suspender un orden para después volver a activarlo, sino dar un orden nuevo.

Será hasta la Revolución francesa que una y otra se mezclen por completo, dando paso a la *dictadura soberana*. El dictador soberano es un dictador que no defiende una Constitución de hecho existente, sino que busca crear una nueva, y tal poder no le pertenece por sí mismo: le viene dado porque actúa en representación del Pueblo.

Para descifrar qué significa jurídica y políticamente el estado de excepción, es necesario estudiar la forma en como vio luz esta enigmática figura en Occidente, y tal forma es la dictadura. No la romana, que —como veremos brevemente— tiene una serie de particularidades que la distinguen de sus versiones posteriores, sino la moderna, emparentada con la llamada *Ragione di stato* o Razón de Estado, teorizada por los humanistas del Renacimiento, especialmente por Maquiavelo⁵⁵ y sus epígonos.

En su afán de conocer la cultura política clásica, los Humanistas estudiaron la figura de la dictadura en la historia romana. Del análisis de las obras de pensadores tales como Cicerón, Tito Livio, Suetonio y Plutarco, se hicieron la idea general de que la dictadura fue una sabia invención de la República romana. El dictador había sido concebido como un magistrado extraordinario para que en los tiempos de peligro hubiera un *imperium* fuerte. A diferencia del poder de los cónsules, el suyo no estaba obstaculizado ni por la colegialidad ni por el derecho de veto en los tribunos de la plebe y la apelación al pueblo. El dictador era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado y tenía como cometido eliminar la situación peligrosa que había motivado su nombramiento, principalmente a través de dos medios: haciendo la guerra o reprimiendo una rebelión interna. Más tarde también se le encomendaron pormenores especiales, como la celebración de una asamblea popular, clavar un clavo, que por motivos religiosos tenía que ser clavado por el *praetor maximus*, la dirección de una investigación, la fijación de días festivos, etcétera. El dictador era nombrado por seis meses, pero si antes de cumplido este tiempo ya había ejecutado su misión, renunciaba libremente a su dignidad, al menos con arreglo al loable uso de los viejos tiempos republicanos. Al no estar ligado a las leyes, era una especie de rey con poder ilimitado

⁵⁵ Para un estudio clásico sobre el pensamiento político de Maquiavelo, *vid.* Federico Chabod, *Escritos sobre Maquiavelo*. Trad. de Rodrigo Ruza. México, FCE, 2005.

sobre la vida y la muerte.⁵⁶ Ante la pregunta de si el poder del dictador cancelaba el poder de los demás magistrados, los pensadores romanos esgrimieron respuestas dispares y aun contradictorias.

Ya desde los tiempos romanos se comenzó a distinguir entre la *dictadura comisarial*, es decir, aquella en la que había una comisión temporal y un problema claro contra el que el dictador tenía que enfrentarse, y la dictadura soberana, que permitía que el dictador sustentara tal cargo de forma ilimitada y sin la necesidad de que existiera una situación de emergencia, pensemos por ejemplo en el gobierno despótico de Julio César o Sila.

Ahora bien, en un inicio, los humanistas no estudiaron la figura de la dictadura romana con el afán de atribuir poderes dictatoriales a los monarcas absolutos que florecían en la Europa de aquellos días. Entre otras cosas porque, como ya lo hemos señalado, el dictador romano tenía una serie de limitaciones, la más importante de ellas de orden temporal, para ejercer su imperio. Además, figuras análogas a las del dictador romano estaban previstas en las leyes de diversas ciudades. Por ejemplo, en la República veneciana, lugar en el que Maquiavelo vive y lugar que toma como modelo para redactar sus consejos al príncipe, estaba prevista en la ley una figura similar a la del dictador. El dictador fue definido por el pensador florentino en su libro titulado *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*⁵⁷ “como un hombre que, sin estar sujeto al concurso de ninguna otra instancia, adopta disposiciones, que puede ejecutar inmediatamente, es decir, sin necesidad de otros medios jurídicos (capítulo 33)”. Pese a este gran poder de acción, el dictador no puede modificar las leyes existentes, no puede derogar la Constitución ni la organización de los poderes públicos, ni hacer leyes nuevas. En suma, la dictadura era una institución constitucional de la República con claros límites fijados.

No deja de llamar la atención que el Maquiavelo del *Príncipe* poco se parece al de los *Discursos*, pues si en esta obra deja ver claramente su republicanismo con simpatías liberales, en aquélla aparece como consejero del príncipe absoluto. Y si bien el florentino nunca hubiese llamado a su príncipe dictador, pues para él esta figura tiene una serie de restricciones legales (constitucionales) que no convenían para el sumo imperio del gobernante, los autores posteriores, en los que la figura de la dictadura ya no tiene los límites que habían sido establecidos por el derecho romano, no dudaron en llamarle de esta forma.

Esta nueva forma de concebir la dictadura, una dictadura sin los límites del derecho romano, fue llamada por ciertos pensadores Razón de Estado. Según Carl Schmitt,⁵⁸ el Estado moderno ha nacido históricamente como una técnica política. Con él comienza, como un reflejo teórico suyo, la teoría de la Razón de Estado, es decir, “una máxima sociológica-política que se levanta por encima de la oposición de derecho y agravio, derivada tan solo de las necesidades de la afirmación y la ampliación del poder político”.⁵⁹

Es interesante estudiar los elementos más importantes que los seguidores de Maquiavelo atribuyeron a la Razón de Estado, *pues muchos de ellos pervi-*

⁵⁶ Vid. C. Schmitt, *op. cit.*, *supra* nota 54, pp. 33 y ss.

⁵⁷ Se puede conseguir una versión electrónica completa del *Discurso* en la siguiente dirección: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1569>

⁵⁸ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra* nota 54, p. 44.

⁵⁹ *Idem*.

vieron en los dictadores totalitarios del siglo XX y aún hoy se pueden ver en las facultades que se arroga un soberano durante el estado de excepción.

Amplísima resulta la literatura sobre la Razón de Estado,⁶⁰ sin embargo, podemos hablar de algunas de sus líneas generales que aquí nos interesa esbozar. Lo primero que hay que decir es que se pudo hablar de una Razón de Estado en el momento que se separaron con toda claridad la moral y la política: la primera establece principios para lo que debe ser, mientras que la segunda establece preceptos, a los cuales sirve de fundamento las leyes del ser efectivo. Esta separación permitió que la política tuviera su propia técnica, técnica que se sostenía gracias a una serie de secretos que sólo podían ser conocidos por aquellos que gobernaban: los *arcana imperii*.

El autor que más ahondo en el estudio sistemático de los arcanos del poder fue el humanista Arnold Clapmar. Fruto de este esfuerzo es su obra *De Arcanis rerumpublicarum. Libros sex*, editado en Bremen en 1605, un año después de su muerte. Esta expresión —*arcana imperii*— es la que emplea Tácito en los Anales para referirse a la política astuta de Tiberio. Clapmar comienza diciendo que cada ciencia tiene su arcana: la teología, la jurisprudencia, el comercio, la pintura, etcétera. Pero concretamente en el Estado, estos secretos se referirán a ciertas manifestaciones necesarias que suscitasen la apariencia de libertad, a fin de que el pueblo estuviese tranquilo. *Simulacra* o simulacros es el nombre para designarlas (1. I., capítulo V). También las llama instituciones decorativas.

Dentro de estos arcanos se distingue entre los *arcana imperii* y los *arcana dominationis*, que pueden traducirse, respectivamente, como los secretos del imperio y los secretos de los dominos o de los que gobiernan. Los primeros se refieren a los métodos que han de ser utilizados en las distintas formas de gobierno por los que detentan el poder soberano para mantener tranquilo al pueblo. Los *arcana dominationis* en cambio, se refieren a la protección y defensa de las personas que ejercen la dominación durante los acontecimientos extraordinarios (VI, 11): rebeliones, levantamientos, sediciones. Especialmente se menciona a la dictadura como una de estos arcanos, específico de la aristocracia (1. III, capítulo XIX), que tiene por fin establecer una autoridad contra la cual no haya ninguna apelación.

Junto a estos secretos aparecen los derechos del imperio o *iura imperii*, que se refieren a los *derechos de soberanía propios del sumo imperio*, como su nombre lo indica. Constituyen los fundamentos de los *arcana* y son los mismos en todos los estados, sin importar su forma de gobierno. A diferencia de los arcanos, que son planes y prácticas secretas, los *iura son un derecho supremo, casi divino, un fas* (1. III., capítulo I). Estos derechos son la capacidad legislativa y el derecho público de excepción, que es el que en este trabajo nos interesa. Este último derecho consiste en que su titular puede apartarse del derecho común en caso de necesidad y en interés de la existencia estatal y de la tranquilidad y seguridad pública. Cuando existe peligro fundado de invasión y se hace necesaria la guerra o en caso de insurrección del pueblo, el soberano puede declarar la excepción. Este derecho es uno *especial* frente al derecho normal de la sobe-

⁶⁰ Una obra clásica sobre la historia de la Razón de Estado es: J. Ferrari, *Histoire de la Raison d'État*. París, Michel Lévy Frères, Libraires-Éditeurs, 1860.

ranía cotidiana, es decir, aquella que se ejerce en los casos en los que el orden social se encuentra tranquilo, normalizado.

Esta diferencia entre soberanía ordinaria y extraordinaria deja entrever que, en circunstancias normales, el soberano ejerce su poder sujetándose a las reglas del derecho común y natural. Por el contrario, cuando una situación amerita el ejercicio de la soberanía extraordinaria o excepcional, el gobernante sólo debe respetar el derecho divino o *ius divinum*, pero ningún otro más. No es de extrañar, pues, que Clapmar sostenga que el gobernante extraordinario es algo parecido a un tirano legítimo (1, IV., capítulo II).

El estado de excepción revela una plenitud de poder, o dicho de otra manera: “un poder jurídicamente ilimitado por principio, que puede también intervenir el ordenamiento jurídico existente, los cargos existentes y los derechos legítimamente adquiridos”.⁶¹ El soberano que ejerce su poder en el estado de excepción se encuentra por encima de los poderes constituidos y actúa por tanto con la omnipotencia del poder constituyente del Estado moderno, en el sentido que le dieron los jacobinos en la Revolución francesa.

Durante el siglo XVIII la figura del dictador seguía ligada a la tradición romana, por lo que concebirla en términos soberanos era aún imposible. Ni Voltaire ni Montesquieu formularon una teoría de la dictadura desde la razón ilustrada.⁶²

Será con posterioridad a la Revolución francesa que la idea de un dictador con sumo imperio se comienza a gestar en Europa de manera generalizada, para en el siglo XX consolidarse en los regímenes totalitarios, en las dictaduras militares, *pero también en los poderes soberanos de los países democráticos y constitucionales que prevén la excepción como un derecho de los gobernantes, particularmente del Ejecutivo*. Cabe mencionar que uno de los primeros dictadores en sentido absoluto fue el *proletariado* pensado por Marx y Engels.⁶³

Con lo dicho basta para hacernos una idea de qué significó para los pensadores de la Razón de Estado el derecho de excepción y cómo esta noción derivó, con el paso del tiempo, en la del dictador soberano. La historia de esta figura en el siglo XX es compleja y rica, mas no es aquí lugar para exponerla. Nuestra intención en este inciso ha sido, en todo caso, perfilar algunas de sus características, particularmente *la posibilidad de suspender el orden jurídico*.

2. El estado de excepción legalizado. De Francia a nuestros días⁶⁴

Fue la Francia revolucionaria cuna de la constitución moderna, como ya hemos tenido oportunidad de exponer. Pero también lo fue de la formulación legal de los *iura imperii*.

⁶¹ C. Schmitt, *op. cit.*, *supra* nota 54, p. 48.

⁶² *Vid. ibid.*, p. 145.

⁶³ *Ibid.*, p. 262.

⁶⁴ Aquí sólo expondré la historia del estado de sitio o de emergencia en algunas de las principales legislaciones europeas (que son en donde se gestó esta figura “jurídica”: Francia, Alemania e Inglaterra, y en el país que ha asumido en los últimos 10 años la excepción como método usual de gobierno: Estados Unidos. Pero para quien quiera consultar una historia pormenorizada de la excepción y de otras figuras relevantes constitucionales puede consultar el extraordinario trabajo de Clinton L. Rossiter, *Constitutional Dictatorship; Crisis Government in the Modern Democracies*. Nueva York, Princeton University Press, 1948.

El primer antecedente de un derecho de excepción lo encontramos en el decreto del 8 de julio de 1791 de la Asamblea constituyente francesa, que distinguía entre *état de paix*, en el cual la autoridad militar y la autoridad civil actuaban cada una en su propia esfera, *état de guerre*, en el cual la autoridad civil tenía que actuar en acuerdo concertado con la autoridad militar, y *état de siège*, en el cual todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna pasan al comandante militar, que la ejercita bajo su exclusiva responsabilidad.⁶⁵

Seis años después, con la ley del Directorio del 27 de agosto de 1797, el estado de sitio adquiere plena fisionomía con la distinción entre sitio ficticio o político. Pero su formulación más clara se da hasta el Decreto napoleónico del 2 de diciembre de 1811, que preveía la posibilidad de que el emperador declarara un estado de sitio, independientemente de la situación efectiva de una ciudad atacada o amenazada en forma directa por las fuerzas enemigas.

Por otra parte, la idea de la suspensión del orden constitucional fue introducida por la Constitución del 22 de febrero del año VIII del Calendario Republicano (1799 en el Calendario Gregoriano). La Carta Otorgada⁶⁶ de 1814, que marcó el regreso de la casa real de los Borbón al trono francés, dice en su artículo 14 que el soberano puede hacer los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado.⁶⁷

Después de la caída de la Monarquía de Julio, el 24 de junio de 1848, un decreto de la Asamblea imponía en París un estado de sitio y encargaba al general Cavaignac la restauración del orden en la ciudad. La nueva Constitución de 1848 preveía las formas, los efectos y los alcances del estado de sitio. Según Agamben,⁶⁸ a partir de este momento se volvió una tradición en Francia que sólo el Poder Legislativo tenía derecho a declarar una suspensión de las leyes, a diferencia de Alemania, cuya Constitución preveía que el Ejecutivo era el único poder con capacidad de declarar la excepción. Así, la Ley del 9 de agosto de 1849 establecía que el estado de sitio político podía ser decretado por el Parlamento (o, en su defecto, por el Ejecutivo) cuando se presentara una circunstancia que pusiera en peligro la seguridad de la nación. Napoleón III recurrió muchas veces a esta ley. Una vez que logró establecerse en el trono, decretó una Constitución en 1852 que atribuía exclusivamente al jefe del Estado la posibilidad de declarar el estado de sitio.

Con motivo de la guerra entre Francia y Prusia (1870-71), que terminó con el gobierno de Napoleón III, el mariscal de campo alemán Helmuth von Moltke declaró un estado de sitio en París que duró cuatro meses. A esto se sumó, al poco tiempo, la insurrección de la Comuna. Estos eventos y otros parecidos motivaron

⁶⁵ Vid. Giorgio Agamben, *Estado de excepción*. Trad. de Flavia Costa e Ivana Costa. Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2007, p. 29.

⁶⁶ Se denomina carta otorgada (en francés, "*charte octroyée*") a un documento por el cual el rey se comprometía a gobernar a sus súbditos de una forma determinada. Suponía de hecho una Constitución para el Estado, si bien en lugar de ser dictada por el pueblo, la carta otorgada surgía del poder absolutista anterior, el rey.

⁶⁷ "Artículo 14. El Rey es el jefe supremo del Estado. Manda sobre las fuerzas de tierra y de mar, declara la guerra, realiza los tratados de paz, alianza y comercio, nombra todos los empleos de la administración pública y hace los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado".

⁶⁸ G. Agamben, *op. cit.*, *supra* nota 55, p. 40.

que el estado de excepción fuese una figura que se generalizara por toda Francia. Durante el periodo de tiempo que corre del final de la guerra hasta 1876 se declararon 40 situaciones excepcionales.⁶⁹

La historia posterior del estado de sitio es la historia de su sucesivo emanciparse de la situación bélica a la cual estaba originariamente ligado, para ser usado como medida extraordinaria de policía frente a desórdenes y sediciones internas, deviniendo así de efectivo militar en ficticio o político. *En todo caso, es importante no olvidar que el estado de excepción moderno es una creación de la tradición democrático-revolucionaria, y no de la tradición absolutista.*

La Primera Guerra Mundial posibilitó la extensión de las medidas excepcionales a todo el territorio de los países beligerantes. Por ejemplo, el 2 de agosto de 1914 el presidente Poincaré emitió un Decreto que ponía el entero país en estado de sitio y que fue convertido en ley por el Parlamento un par de días después. Su vigencia fue de poco más de cinco años (terminó el 12 de octubre de 1919). En la actual Constitución francesa (4 de octubre de 1958) la declaratoria del estado de excepción está regulada en el artículo 14.⁷⁰ En abril de 1961 el presidente Charles de Gaulle recurrió a este artículo durante la crisis argelina.

En lo que respecta a Alemania el estado de excepción estuvo previsto tanto en el artículo 68 de la Constitución de Bismark (1871) como en el artículo 48 de la Constitución de Weimar (1919). El primero de estos artículos preveía que, en caso de que la seguridad del territorio fuese amenazada, el emperador podía decretar un estado de guerra y reenviaba, para determinar la forma en que tal estado tenía que llevarse a cabo, a la ley prusiana sobre el estado de sitio del 4 de junio de 1851. De forma similar a este artículo, el 48 de la Constitución de Weimar dice: "Si la seguridad y el orden público al interior del Reich son severamente dañados o están en peligro, el presidente del Reich podrá tomar las medidas necesarias que lleven a restablecer el orden, interviniendo con la asistencia de las fuerzas armadas, de ser necesario. Para este propósito, podrá suspender temporalmente, totalmente o en parte, los derechos fundamentales proveídos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153".

Al final del artículo⁷¹ se preveía que los detalles para esta suspensión de derechos serían determinados por una ley posterior, la cual nunca se aprobó. Según Agamben,⁷² esto trajo como consecuencia una indeterminación de los poderes extraordinarios del presidente, al punto que no sólo en la doctrina fue utilizada la expresión "dictadura presidencial", sino que Schmitt pudo escribir que "ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado".⁷³ Hinderburg utilizó en 1930 el artículo 48 para resolver la profunda crisis económica de la República de Weimar, y en los

⁶⁹ *Vid. idem.*

⁷⁰ "Artículo 16. Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave o inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Cámaras y el Consejo Constitucional". El texto completo de la Constitución de Weimar se puede consultar (en inglés) en internet en la siguiente dirección: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php

⁷¹ "Los detalles serán determinados por una ley del Reich".

⁷² G. Agamben, *op. cit.*, *supra* nota 55, p. 44.

⁷³ *Staat Grossraum Nomos*. Berlín, Duncker & Humboldt, 1995, p. 25.

últimos años en que ésta existió, Alemania entera se encontraba en un régimen de excepción y el Parlamento había sido disuelto (desde el 4 de junio de 1932). Esta circunstancia permitió el ascenso dictatorial de Hitler al poder, quien desde 1933 suspendió *in toto* la Constitución de Weimar, de suerte que podemos considerar la entera existencia del Tercer Reich como un estado de excepción que duró prácticamente 12 años.

Es del todo entendible, pues, que la Constitución de la República Federal no mencionase en ninguno de sus artículos el estado de excepción. No obstante, el 25 de junio de 1968 la “gran coalición” entre demócratas cristianos y socialdemócratas votó una ley de integración de la constitución que reintroducía el estado de excepción, llamándolo “estado de necesidad interna”. Esta ley, además de justificar el estado de excepción en la necesidad de salvaguardar la seguridad y el orden público, *indica —de forma absolutamente paradójica— que otra de las causas legítimas para declarar un estado de necesidad es la defensa de la constitución democrático-liberal.*

En Inglaterra la figura jurídica que se asemeja más al estado de sitio francés es la *martial law*. La Corona inglesa podía declarar la ley marcial siempre y cuando se aviniera a los límites establecidos en los *Mutiny Acts* (que puede ser traducido como “leyes de amotinamiento”), es decir, el conjunto de leyes anuales aprobadas por el Parlamento de Inglaterra, el Parlamento de Gran Bretaña y el Parlamento del Reino Unido para el gobierno del ejército inglés. La primera de estas leyes se remonta a 1689.

Así como en el resto de los países europeos, la Primera Guerra Mundial significó una generalización de los dispositivos gubernamentales para declarar la excepción. El 4 de agosto de 1919 el gobierno inglés legisló una ley conocida con el nombre *Defence of Realm Act*, la cual confería al soberano amplios poderes para regular la economía de guerra y la posibilidad de restringir los derechos humanos de los ciudadanos. Con el paso del tiempo, estos amplios poderes no sólo fueron concedidos a los gobernantes en los casos de guerra sino también en las situaciones de tensión interna, como las huelgas o rebeliones. Basta con ver el artículo primero del *Emergency Powers Act* aprobado el 29 de octubre de 1920: “Toda vez que parezca a Su Majestad que haya sido emprendida, o esté a punto de serlo, una acción por parte de una persona grupo de personas de tal naturaleza y en escala tal que pueda presumirse que, interfiriendo con la provisión del alimento, agua, combustible o luz o bien los medios de transporte, privará a la comunidad o a una parte de ella de aquello que es necesario para la vida, Su Majestad puede con una proclama declarar que existe un estado de emergencia”.

A partir de este momento el principio del estado de excepción formó parte establemente del derecho inglés.

Por último, hablaremos del estado de excepción en Estados Unidos. En su Constitución no es claro quién tiene el derecho sobre la excepción: parece, por momentos, que el Congreso es la autoridad competente, pero otros artículos parecen sugerir que el Presidente es el titular de este derecho. Por ejemplo, el artículo primero, sección novena, establece que el privilegio del *writ* de *habeas corpus* no será suspendido, excepto que, en caso de rebelión o de invasión, la seguridad pública lo requiera. Sin embargo, no señala la autoridad competente (si bien, la opinión corriente de los tratadistas es que el Congreso y no el presi-

dente es la autoridad legítima). Asimismo, el propio artículo primero otorga la capacidad de declarar la guerra y enrolar y mantener al ejército y la marina al Congreso, pero, en flagrante contradicción, el artículo segundo sostiene que el presidente será el comandante en jefe del ejército y de la marina de Estados Unidos. La historia posterior de la excepción en Estados Unidos es la historia de una continua invasión del Ejecutivo en las facultades que constitucionalmente sólo pertenecen al Legislativo.⁷⁴

El común de los historiadores estadounidenses considera que el presidente Woodrow Wilson concentró en su persona, durante la Gran Guerra, poderes amplísimos, nunca antes detentados por presidente alguno. Entre 1917 y 1918 el Congreso aprobó una serie de leyes (*Acts*) que atribuían al presidente el completo control de la administración del país y prohibían no sólo las actividades desleales, sino que también vetaban la libertad de expresión. En la estela de esta tradición inaugurada en tiempos de guerra, Franklin D. Roosevelt se arrogó poderes extraordinarios a partir de 1933 con el fin de hacer frente a la dura crisis económica por que pasaba Estados Unidos, poderes tan amplios —son sus propias palabras— “como los que me serían atribuidos si fuésemos invadidos por un enemigo”.⁷⁵

Con motivo de la Segunda Guerra Mundial se proclamó el 8 de septiembre de 1939 una emergencia nacional limitada que se trocaría ilimitada el 27 de mayo de 1941 debido a los ataques de Pearl Harbor. El 19 de febrero de 1942 el gobierno de Estados Unidos deportó a 70,000 ciudadanos de origen japonés que vivían en la costa occidental.

En tiempos recientes, y con motivo de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 al *World Trade Center*, el Senado estadounidense proclamó el *USA Patriot Act*, que permite al *Attorney General*, es decir, a cualquier persona que represente al Estado en la persecución de un delito, poner bajo custodia al extranjero que fuera sospechoso de actividades que pusieran en peligro la seguridad nacional de los Estados Unidos, pero dentro de siete días el extranjero debía ser, o bien expulsado o bien acusado de alguna violación a la ley de migración o de algún delito. A finales de 2011 (13 de noviembre) el presidente Bush ordenó un *military order* que autoriza la detención indefinida de los no ciudadanos estadounidenses sospechados de actividad terrorista. Aquí también hemos de mencionar el vergonzoso caso de la prisión de Guantánamo, en la cual el orden jurídico normal (estatal e internacional) ha quedado suspendido por completo, al punto que las personas ahí detenidas no tienen estatuto jurídico alguno; no existen jurídica ni políticamente hablando.

⁷⁴ Para ver los eventos históricos en los que el presidente se arrogó funciones que le corresponden constitucionalmente al Congreso, *vid.* G. Agamben, *op. cit.*, *supra* nota 55, pp. 54-55.

⁷⁵ F. D. Roosevelt, *The Public Papers and Addresses*. Nueva York, Random House, 1938, vol. 2, p. 16.

IV. Algunas reflexiones jurídicas y políticas sobre el estado de excepción

Alonso Rodríguez Moreno

1. El soberano como el que decide sobre la excepción

Carl Schmitt definió al soberano como “aquel que decide sobre el estado de excepción”.⁷⁶ Esta contigüidad entre el caso excepcional y el *summum imperium* estatal parece tener su comprobación exacta en la historia política del siglo XX. Según hemos podido ver, los poderes excepcionales en tiempos de crisis definieron (y aún hoy definen) al “hombre fuerte” del Estado, y éste ha sido comúnmente el Ejecutivo.

Definir la soberanía tomando por base la decisión sobre la excepción echa por tierra la idea de un Estado de Derecho puro, en el sentido que le da Kelsen en su teoría estatal; de ahí que el pensador austriaco negara por completo la existencia de un soberano en este sentido.⁷⁷ *Decidir siempre implica un criterio distinto al de la norma.* Juzgar sobre si un evento actualiza o no el supuesto contenido en una norma sólo se puede hacer desde una instancia ajena a la norma misma. Aún en los casos normales, es decir, aquellos que están previstos en el orden jurídico corriente, el juicio de valoración nunca puede ser contenido *del todo* por ninguna norma ni por ningún derecho procesal.

En el caso concreto de la legislación sobre la declaratoria de un estado excepcional sólo se puede definir en líneas generalísimas las condiciones para que se actualice el supuesto. Sin embargo, qué es la salud pública, la seguridad nacional, la extrema urgencia y enunciados parecidos que indican las situaciones que justifican la suspensión de la ley sólo puede ser *decidido* por alguien o por algunos (en el caso de que la excepción sólo pueda ser decretada por el Legislativo). Así lo formula Schmitt: “El caso excepcional, no descrito en el orden jurídico vigente, puede a lo sumo definirse como un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o cosa semejante, pero no describirse de forma concreta”.⁷⁸ En el caso excepcional lo que rigen, pues, son las necesidades concretas que, por estar fuera de la normalidad del orden jurídico, no pueden ser tipificables en absoluto. Además, tampoco se puede definir qué es lo que se debe hacer en estos casos, debido a lo mismo: al tratarse de eventos no controlables y predecibles sino en sus conceptos generales (“extrema urgencia”, “perturbación grave de la paz pública”, etcétera), ellos mismos, en su realidad histórica concreta, serán los que dicten la praxis a seguir. *Lo único que puede hacer la Constitución es señalar quién es el que debe decidir sobre la excepción.* Pero una vez tomada la decisión, aparece un poder que no tiene otro fundamento más que sí mismo. Este poder por principio ilimitado coincide con la definición de soberanía tradicional: la autoridad suprema que no deriva de ninguna otra. Y también coincide con el de dictadura soberana.

Ya Bodino en el capítulo X del primer libro de la *República* había sostenido que un príncipe podía incumplir con las promesas dadas a su pueblo si se daba un caso de necesidad, según las exigencias de los casos, tiempos y las perso-

⁷⁶ “Teología política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía”, en Héctor Orestes Aguilar, comp., *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, FCE, 2004, p. 23.

⁷⁷ Vid. H. Kelsen, *op. cit.*, *supra* nota 34, p. 103.

⁷⁸ “Teología política I...”, en *op. cit.*, *supra* nota 76, p. 23.

nas. Según Schmitt, el pensador francés puede ser considerado el fundador de la doctrina moderna del Estado precisamente porque hace radicar la soberanía en la decisión sobre el caso excepcional.⁷⁹ Los pensadores posteriores a Bodino, que conformaron la Escuela de Derecho Natural Racionalista, estaban de acuerdo en que, al divergir las opiniones dentro de un Estado, pues cada facción política buscaría sólo su propio interés, era necesario que el soberano determinara de forma definitiva qué se debía entender por seguridad y orden público y cuándo éstos se veían perturbados.

Parecería, pues, que la decisión soberana se libera de toda obligación normativa y se vuelve absoluta en el sentido literal de la palabra. En el caso de excepción, el Estado suspende —con las restricciones que se quieran— el derecho en virtud del derecho de autoconservación. Si bien en el caso normal la decisión se puede reducir al mínimo, pues los casos normales sí pueden ser previstos —ciertamente— hasta en su realidad empírica o fáctica, en el caso excepcional, *la norma se destruye*.

¿Esto significa que el estado de excepción no puede ser abarcado en forma alguna por el análisis jurídico? Schmitt conviene que no, pues tanto la norma como la decisión permanecen en el marco jurídico. “La excepción es lo que no puede subordinarse a la regla; se sustrae de la comprensión general, pero al mismo tiempo revela un elemento formal jurídico específico, la decisión, con total pureza”.⁸⁰ En una concepción estatal que se resuelva por completo en normas, como es el caso del Estado de Derecho de filiación positiva,⁸¹ la excepción es una excrescencia que tiene que ser erradicada por completo. La pregunta ahora sería: ¿se puede prescindir del caso excepcional, de la declaratoria del caso de excepción, de, en suma, la decisión (personal) soberana como fuente constitutiva del Estado? Esta peliaguda cuestión enfrentó a dos de los más grandes pensadores de la ciencia jurídica del siglo XX: Carl Schmitt y Hans Kelsen.⁸² Éste, como ya lo hemos dicho, no dudó en erradicar la visión del soberano como aquel que decide sobre el caso excepcional de su teoría estatal. El Estado debe constituir una magnitud jurídica pura y vigente en términos normativos, no una realidad cualquiera ni algo concebido aparte y fuera del orden jurídico, sino nada menos que este orden jurídico mismo, ciertamente como unidad. Schmitt, por su parte, sostuvo que el binomio orden jurídico es falaz, pues las normas son incapaces de establecer orden alguno; antes bien, ellas presuponen un orden dado, una normalidad para su establecimiento. Quien establece el orden, lo conserva y lo puede suspender, llegado el caso de necesidad, es el soberano por medio de la decisión. El orden es, entonces, una categoría política que existe antes de la Constitución de lo jurídico como su condición de posibilidad. Esquemos a Schmitt:

Toda norma general requiere una organización normal de las condiciones de vida a las que debe aplicarse de forma concreta y a las que se somete a su reglamen-

⁷⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 28.

⁸¹ “Un estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico”, así define Kelsen el Estado de Derecho, *op. cit.*, *supra* nota 34, p. 120.

⁸² Para un estudio profundo de la controversia entre Schmitt y Kelsen, *vid.* Lorenzo Córdoba Vianello, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*. México, FCE / UNAM, 2009.

tación normativa... Esta normalidad fáctica no es una simple condición externa que el jurista puede pasar por alto; antes bien, forma parte de su validez inmanente. No hay norma que pueda aplicarse al caos. Debe establecerse el orden para que el orden jurídico tenga sentido. Hay que crear una situación normal, y es el soberano el que decide de forma definitiva si este estado normal está realmente dado.⁸³

Pretender despolitizar el derecho haciendo desaparecer al soberano en el sentido de un alguien que toma una decisión no sólo es una ingenuidad, sino un contrasentido. El derecho necesita de la violencia estatal que impone el orden en el que las normas tendrán validez, pero igualmente necesita la violencia que conserva este orden, pues de lo contrario la fuerza normativa sucumbiría ante el seguro advenimiento del desorden social. Parece, pues, como ya lo había visto Walter Benjamin, que derecho y violencia soberana tienen una íntima unión.⁸⁴

Con lo dicho hasta aquí, parece que las medidas excepcionales se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas plenamente en el campo del derecho, *y el estado de excepción se presenta como el intento de forma legal de aquello que no puede tener forma legal*. La actual tendencia jurídico-estatal que recorre la mayoría de las constituciones de regular minuciosamente la posibilidad de declarar la suspensión de la ley sólo significa el intento de circunscribir con exactitud el caso en el que el derecho se autosuspende. Con toda razón se pregunta Schmitt: “¿De dónde deriva el derecho esta fuerza —de autosuspenderse— y cómo es lógicamente posible que una norma tenga validez, excepto en el caso concreto que ella es incapaz de abarcar el hecho de manera completa?”

Toda teoría de la dictadura constitucional o del estado de excepción previsto en la Constitución permanece presa del círculo vicioso por medio del cual las medidas excepcionales que se intentan justificar para la defensa de la Constitución son las mismas que conducen a su ruina. Carl Joachim Friederich resumió y apuntó hace más de 50 años las tensiones y contradicciones de normar en el orden constitucional su propia posibilidad de suspensión:

No existe ninguna salvaguarda institucional capaz de garantizar que los poderes de emergencia sean efectivamente usados con objeto de guardar la constitución. Sólo la determinación del propio pueblo a verificar que esos poderes sean utilizados para este objetivo puede asegurar que esto se cumpla... Las disposiciones casi dictatoriales de los sistemas constitucionales modernos, sean éstas la ley marcial, el estado de sitio o los poderes de emergencia constitucional, no pueden realizar controles efectivos sobre la concentración de poderes.⁸⁵

Y el peligro de esto no es menor: “En consecuencia, todas estas instituciones corren el riesgo de ser transformadas en sistemas totalitarios, si se presentan condiciones favorables”.⁸⁶

⁸³ “Teología política I...”, en *op. cit.*, *supra* nota 76, p. 28.

⁸⁴ *Vid.* “Para una crítica de la violencia”, Walter Benjamin, *Conceptos de la filosofía de la historia*. Trad. de H. A. Murena y D. J. Vogelmann. Buenos Aires, Terramar Ediciones, 2007, pp. 113-138.

⁸⁵ *Constitutional Government and Democracy*. Boston, Ginn, 1950, pp. 828 y ss.

⁸⁶ *Idem*.

2. El estado de excepción como fuerza de ley sin ley

En su estudio sobre la dictadura, al cual ya hemos hecho referencia, Schmitt distingue entre *normas de derecho* y normas de *realización del derecho*, y afirma que desde un punto de vista filosófico-jurídico, la dictadura ha de basarse en esta distinción, si no quiere convertirse en un despotismo cualquiera.⁸⁷ Al suspender la norma, el dictador anula la realización del derecho, pero no la norma misma, la cual subsiste, si bien en un limbo jurídico que podría definirse como una *vigencia sin contenido*. De tal suerte que si bien la norma en la declaratoria de la excepción está suspendida, sigue existiendo y, por tanto, la misma declaratoria aún tiene una referencia a la jurídico (a la norma que se ha convertido en una pura forma). Pero esta distinción no sólo le permite a Schmitt convenir que la norma suspendida sigue siendo norma, sino que además le permite justificar jurídicamente el acto mismo de la decisión de suspender la norma: el estado de excepción se mantiene en el ámbito del derecho pues su finalidad es la instauración de un orden en el cual se pueda *realizar el derecho*. Así lo formula Schmitt: “Partiendo precisamente de lo que se debe justificar (un orden donde sea posible realizar el derecho), la dictadura se convierte en una supresión de la situación jurídica en general, porque significa la dominación de un procedimiento que está interesado exclusivamente en el logro de un resultado concreto, mediante la eliminación del respeto esencial al derecho que tiene el sujeto de derecho a oponer su voluntad, si esta voluntad obstaculiza tal resultado”.⁸⁸

Ahora bien, es el propio jurista alemán quien señala las debilidades de este planteamiento. Pese a que la suspensión se apoya en la instauración de las posibilidades para una futura realización del derecho, las actuaciones que se hacen para alcanzar tal fin se determinan de una manera incondicionada y exclusiva con arreglo a la situación de las cosas, de donde surge una igualdad absoluta entre cometido y facultad. Aquí no hay derecho propiamente. La finalidad es jurídica, si se quiere, pero las acciones concretas, es decir, los medios son por completo a jurídicos, pues dependen exclusivamente de lo fáctico. Dicho en un palabra: el fin es jurídico, pero los medios no, con todo y que se refieran al fin. Se vuelve necesario, pues, proponer una forma de *legitimar* jurídicamente las acciones concretas que toma el soberano en la situación excepcional. Y utilizo el término “legitimar”, pues aquí es imposible hablar de *legalidad*.⁸⁹ Schmitt arrostra esta dificultad con una nueva distinción entre el Poder constituyente y el Poder constituido,⁹⁰ que toma de la Revolución francesa, como ya hemos tenido oportunidad de exponer. Las acciones del soberano (Poder constituido) durante la suspensión del orden jurídico sólo pueden arroparse de legitimidad jurídica cuando éste actúa como comisario inmediato del Pueblo; como un dictador que dicta incluso a su comitante (el Pueblo), sin dejar de legitimarse por él.

Así, gracias a este par de distinciones, Schmitt puede asegurar el contacto del estado excepcional con el derecho. Por sus fines, el estado de excepción es

⁸⁷ *La dictadura, op. cit.*, p. 26.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 27.

⁸⁹ Resulta claro, de nuevo, que si se piensa el Estado como mera legalidad, la excepción hace corto circuito con el entero sistema. Para un estudio pormenorizado sobre las diferencias entre la legalidad y la legitimidad, *vid.* C. Schmitt, “Legalidad y legitimidad”, en *op. cit.*, *supra* nota 76, pp. 245-343.

⁹⁰ *La dictadura, op. cit.*, p. 29.

jurídico debido a que lo que busca es la realización del derecho, de ahí que la norma quede suspendida,⁹¹ no anulada; por sus medios, es jurídico por estar legitimado por el Pueblo, entendido como Poder constituyente, esto es, la fuente originaria de todo derecho.

Schmitt ha sido el único pensador que ha intentado incluir el estado de excepción en el derecho.⁹² Gran parte de los doctrinarios de derecho público han seguido sus huellas, si bien de distinta manera. Dos son las principales formas en como se pretende ligar la excepción y lo jurídico: apelando a la necesidad o a las lagunas del derecho. En el primer caso se piensa que el Estado tiene un derecho subjetivo a su conservación, por lo que dadas las circunstancias en las que su existencia corra peligro inminente, puede suspender el orden jurídico. El derecho de necesidad, pues, es más originario que la ley positiva. Así el estado de excepción en cuanto figura de necesidad se presenta como una disposición ilegal pero perfectamente jurídica y constitucional. La debilidad más evidente de esta posición, como ya hemos tenido oportunidad de exponer, es que la necesidad es todo menos objetiva. Determinar qué es la necesidad con leyes objetivas es imposible, pues siempre queda un espacio para la subjetividad y la conveniencia particular (partidista o personal). ¿Qué estatuto jurídico tiene la necesidad? Si es en sí misma norma y no simple hecho, ¿por qué debe ser ratificada y aprobada a través de la ley, como la mayoría de las modernas constituciones exigen? Si ya es derecho, ¿por qué caduca si no es aprobada por los órganos legislativos? Y si en cambio no es tal, sino un simple hecho, ¿cómo puede ser que los efectos jurídicos de la ratificación corran no desde el momento en que adviene?

En cambio, los que acuden al supuesto de las lagunas del derecho argumentan que la excepción es precisamente esto: una acción del Estado para dar solución a circunstancias no previstas en ley. Como en la vida normal de un Estado se hace necesario que los jueces colmen en algunas ocasiones las lagunas del derecho, así, en las situaciones extraordinarias, le toca al Ejecutivo (o, en algunos países, al Legislativo) dar un derecho que resuelva las situaciones no previstas en la ley positiva vigente.

Hemos visto que Schmitt inscribe la excepción en lo jurídico a través de dos distinciones. Años después, en su *Teología política*, simplifica las categorías de las que había echado mano en *La dictadura*; ahora el operador de la inclusión de lo excepcional en el derecho es la distinción entre *norma* y *decisión*.⁹³ La decisión sobre el estado de excepción, que define al soberano, es un elemento jurídico en su absoluta pureza, sostiene el pensador alemán.⁹⁴ El anclaje a lo jurídico ahora corre a cargo del soberano. “El soberano está fuera del orden jurídico normalmente válido, y sin embargo, pertenece a él, porque es responsable por la decisión acerca de si la constitución puede ser suspendida *in toto*”.⁹⁵

⁹¹ En el caso de que la excepción implique la suspensión de todo el orden, la norma (constitucional) queda, según Schmitt, suspendida en la institución del Poder constituyente. *Vid. ibid.*, p. 193.

⁹² Para ver un resumen de las posturas de los autores que incluyen o excluyen el estado de excepción en el ámbito jurídico, *vid.* G. Agamben, *Estado de excepción, op. cit.*, pp. 58-70.

⁹³ “Teología política I...”, en *op. cit.*, pp. 23 y ss.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 24.

Con lo expuesto hasta aquí podemos aproximarnos a la compleja estructura topológica que Schmitt atribuye a la excepción: *estar-fuera y, sin embargo, pertenecer*. Esta paradoja lleva a Agamben a definir la excepción schmittiana como “un campo de tensiones jurídicas en el cual un mínimo de vigencia formal coincide con un máximo de aplicación real, y viceversa”.⁹⁶ En la situación normal, donde se da el máximo de vigencia formal porque las normas tienen validez y eficacia, la libertad de aplicación por parte de la autoridad estatal se reduce al mínimo; mientras que en la situación de emergencia la vigencia de la norma es mínima, pues está suspendida, pero la libertad del soberano es amplísima.

Según Agamben, el sintagma *fuerza de ley* se ha utilizado para designar aquellos decretos dados por el soberano (normalmente el Ejecutivo), particularmente en el estado de excepción.⁹⁷ Esto significa que se le dota de plena fuerza legal a medidas y disposiciones que formalmente no son leyes. En la *fuerza de ley* la capacidad de obligar de la ley, su *vis obligandi*, se separa del requisito o condición de formalidad para poder aplicarse a otras formas jurídicas que formalmente no son leyes. La forma “legal” en que el soberano actúa en el caso excepcional es el *decreto*. Éste no tiene las formalidades de la ley porque precisamente se da cuando la ley se ha suspendido y, sin embargo, tiene la misma fuerza de la ley, pero sin ser ley. Parece, pues, que el estado de excepción y las medidas que permiten actuar en él al soberano configuran un espacio anómico “en el que se pone en juego una fuerza-de-ley-sin-ley (que se debería, por tanto, escribir así: ‘fuerza de ley’: Una ‘fuerza de ley’ semejante, en la cual la potencia y el acto son separados radicalmente es [...] una *factio* a través de la cual el derecho busca anexarse la propia anomia”.⁹⁸

¿Qué tipo de norma es, pues, un decreto? Es imposible dar una respuesta satisfactoria a esta pregunta. No cumple con la generalidad ni la abstracción, pues *no legisla sobre el deber ser*, como el común de las normas, *sino sobre el ser inmediato, sobre lo que ocurre*. Parece que en ella se hacen indiscernibles hecho y derecho, ser y deber ser, vida y derecho. A través del decreto, lo fáctico pasa a ser inmediatamente derecho.

3. Legalidad y legitimidad; autoridad y potestad; derecho y vida

Una última reflexión para cerrar este apartado. En su estudio clásico titulado *Economía y derecho*,⁹⁹ Max Weber afirma que existen tres formas de legitimación del dominio, entendiendo por éste “la probabilidad de encontrar obediencia dentro de un grupo determinado para mandatos específicos”:¹⁰⁰ *la tradicional*, que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde tiempos lejanos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad;¹⁰¹ *la racional*, la cual tiene por sede la creencia en

⁹⁶ G. Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., p. 77.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 80.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 81.

⁹⁹ *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Trad. de José Medina Echeverría et al. 2da. ed. México, FCE, 1974.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 170.

¹⁰¹ *Ibid.* p. 172.

la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad,¹⁰² y la carismática, que descansa en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ellas creadas o reveladas.¹⁰³

El Estado de Derecho es una típica dominación racional, pues en él se obedecen las ordenaciones impersonales y objetivas legalmente estatuidas y las personas que tienen cargos de autoridad no los han obtenido por su mérito personal, sino por el mérito de las normas, que les demarcan objetiva y restrictivamente su competencia.

Ahora bien, el propio Max Weber señala que ningún tipo de dominación se da de manera pura: siempre hay una mezcla en mayor o menor medida de las tres, con o sin preponderancia de alguna de ellas.¹⁰⁴ Resulta interesante que Weber hable, en el caso de la dominación de tipo racional, de una *creencia en la legalidad*, pues parece que en el término “creencia” ya se presupone que esta legitimidad da por sentado la tradición de un respeto y veneración por la *legalidad*. O dicho en otras palabras: toda dominación racional tiene en su base presupuestos que pertenecen más bien a la legitimidad tradicional. No obstante lo interesante que pueda resultar esto, lo que nos interesa aquí investigar para los fines de este trabajo son los elementos *carismáticos que se pueden encontrar en el Estado de Derecho contemporáneo*. No cabe duda: el Ejecutivo que declara el estado de excepción y actúa en él no lo hace con base en un dominio legal, el cual ha dejado atrás, sino carismático. Ahora bien, la pregunta aquí sería, ¿de dónde le viene este carisma?

Es sabido que Schmitt fue un lector atento de Weber. Sin duda, las categorías “legalidad” y “legitimidad”, presentes de manera toral en toda su obra, las tomó de la obra del sociólogo, aunque es verdad que las amplió y las utilizó de manera distinta. Hemos visto que Schmitt considera que un Estado no se puede agotar meramente en la legalidad. Y esto a tal punto que el soberano se define con base en la excepción, *en la superación de la pura legalidad*, como también ya lo hemos mencionado. En la situación normal, lo que legitima al gobierno en sus actuaciones es la ley en sentido positivo. Pero en la suspensión de la legalidad, ¿qué es lo que legitima a la autoridad, en qué se basa su dominación? La respuesta de Schmitt, como ya tuvimos oportunidad de exponer, es que el soberano que actúa en la excepción está legitimado siempre y cuando actúe como comisario del Pueblo, entendiendo por éste el Poder constituyente. Esto significa que el carisma le viene entregado y reconocido al soberano cuando actúa con la aprobación del Poder constituyente. El dictador elegido democráticamente tiene el carisma suficiente como para decidir sobre la excepción. Ésta es la solución que Schmitt da a la legitimidad de la dominación del gobernante en la situación de emergencia. Solución que ha tenido combativos detractores, pues justifica, en último término, el gobierno totalitario. Con ella, el jurista de Weimar pretendió asegurar —para bien o para mal— *la relación del poder y el derecho*, si bien no en el plano de la legalidad, sí en el de la legitimidad y el carisma. Se

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 173.

puede criticar lo que se quiera esta propuesta, pero al menos es una respuesta consecuente a tan peliagudo tema.

¿Cuál es la respuesta que da el Estado de Derecho a la situación excepcional? También en este punto, el enemigo intelectual de Schmitt, Hans Kelsen, es consecuente: derecho y poder no son dos realidades distintas y dialécticas, antes bien, todo poder se resuelve en legalidad. La excepción como tal no debería existir. Ahora bien, el formalismo kelseniano ha sido superado en muchos de sus puntos por el constitucionalismo contemporáneo o neoconstitucionalismo, como ya analizamos arriba. La vía intermedia entre ambas posturas, y por cierto la más aporética, es afirmar que la ley misma es la que, suspendiéndose, *legítima carismáticamente al soberano para actuar en el estado de excepción*. Esta respuesta —la cual no lo es en absoluto— es la que, a mi modo de ver, da *de hecho* cualquier constitucionalismo que trata de hacer compatible Estado de Derecho y estado de excepción.

Otro fenómeno que parece concurrir al recién descrito para legitimar el dominio carismático del soberano en la decisión excepcional, y que ha sido muy poco estudiado en relación con el derecho, es la *rutinización del carisma*¹⁰⁵ *en el cargo*. La muerte de un soberano carismático deja una enorme ausencia que se ha de colmar de algún modo y abre la pregunta de cómo se le ha de suplir. Una de las respuestas más comunes es la, por así decirlo, “carismatización” del cargo: no importa quién ocupe el cargo de soberano porque la dignidad del cargo *per se* hace inmediatamente carismático a quien lo detente.¹⁰⁶ Parece que esto ha sucedido de una u otra forma con la Presidencia en algunas democracias actuales. Lo que ocurría en México (¿ocurre?) antes de la transición democrática es un claro ejemplo: no importando quién fuera el presidente, el simple hecho de sustentar el cargo ya le otorgaba a su detentor un carisma particular, si bien él podía no tenerlo de manera personal. El caso estadounidense también es harto sintomático.

Desde la Roma clásica hasta finales de la Edad Media los conceptos *autoridad* y *potestad* jugaron un papel crucial para definir al poder en relación con los gobernantes y los gobernados.¹⁰⁷ Potestad era un poder concedido por la ley, mientras que la autoridad era un saber socialmente reconocido que dotaba de poder moral a su poseedor. Normalmente se reconocía autoridad a quien mostraba las prendas morales suficientes para gobernar, tanto en la vida política como en la vida familiar, pero también de aquel que tenía prestigio intelectual. De ahí que se reconocía autoridad, entre otros intelectuales, a los grandes jurisconsultos. La *potestas*, por el contrario, se otorgaba a alguien sin la necesidad de la inspección de sus virtudes. La autoridad se hace obedecer sin necesidad de acudir a la fuerza pública, pues su fuerza propia emana del prestigio que los destinatarios aprecian en el que la detenta. Los destinatarios están convencidos de lo que la autoridad les propone. La potestad se hace obedecer por la amenaza,

¹⁰⁵ La noción fue propuesta agudamente por Weber, *vid. Economía y sociedad...*, *op. cit.*, pp. 197-204.

¹⁰⁶ El estudio más importante hasta la fecha sobre esta forma de hacer carismático un cargo en la Edad Media es el realizado por Ernst Kantorowicz: *Los dos cuerpos del rey* (Madrid, Alianza, 1985). Sería interesante tomar sus tesis para intentar explicar el fenómeno de la excepción contemporánea. Aquí sólo lo podemos dejar apuntado.

¹⁰⁷ Para este tema, *vid. Álvaro d’Ors, “Autoridad y potestad”, en Lecturas Jurídicas*, núm. 21, España, 1964, pp. 23 y ss.

y sus preceptos se cumplen por deber o miedo al castigo. A la autoridad le corresponde la flexibilidad del derecho, mientras a la potestad la dureza de la ley. A la *auctoritas* le corresponde atemperar el poder de la *potestas*. Tratando de emparar terminología, podemos decir que a la autoridad pertenece el carisma y al poder la dominación legal. El Estado moderno erradicó al soberano en el sentido de autoridad. Siguiendo esta tendencia, el Estado de Derecho decimonónico, con su fuerte positivismo jurídico, sólo reconoció potestades, esto es, cargos públicos amparados en el mérito de la ley. Hoy por hoy, al menos en la teoría jurídica deudora del Estado de Derecho, como lo es en muchos puntos el Estado constitucional, quien ejerce un cargo público lo hace por la ley y limitándose a lo que la ley le permite. No se permite una libertad de acción; antes bien, la certeza de que se actúa con base en la ley es el máximo valor jurídico. ¿Qué ocurre en el estado de excepción?, pues que se da una confusión entre autoridad y potestad, *al punto que se hacen indiscernibles*.¹⁰⁸ Ahora bien, la autoridad con la que actúa el soberano no le viene dada por el reconocimiento de su saber, de su virtud o de su inteligencia, sino en todo caso por una potestad que está en suspenso, pues la norma que la justifica igualmente lo está. Nos encontramos de nuevo con una paradoja que podríamos definir en estos términos: *el soberano actúa en la emergencia con una autoridad que se funda, no en un reconocimiento social, sino en una potestad que ha sido suspendida por el soberano mismo*. Aquí la autoridad no sirve para limitar el poder, sino para hacerlo ilimitado en ciertos puntos.

V. A modo de conclusión: Razón de Estado y razón Constitucional: ¿compatibles o excluyentes?

Hemos visto que el Estado de Derecho constitucional ha intentado incluir en un frágil equilibrio las dos grandes tradiciones constitucionales: la estadounidense y la francesa. De la primera ha tomado la idea de una Constitución rígida y de la segunda la noción de soberanía popular. También analizamos los dos pilares que sostienen el Estado de Derecho contemporáneo (el de distribución y el de organización) y los tres principios fundamentales que de ellos se derivan: derechos humanos, división de poderes y principio de legalidad. Con respecto a la libertad de acción dijimos que el Estado debe estar minuciosamente limitado por la ley, de suerte que sólo pueda hacer aquello que le está permitido por el ordenamiento jurídico. En cambio, el individuo, que posee derechos inherentes que le dan sentido al Estado y marcan su finalidad, puede hacer todo aquello que no le está prohibido por la ley.

La tercera parte de este trabajo la dedicamos a analizar los orígenes de la situación excepcional y su evolución hasta nuestros días. De la exposición podemos concluir lo siguiente: desde el nacimiento del Estado moderno se han formulado una serie de derechos especiales o *iura imperii* que, entre otras cosas, permiten que el soberano declare la suspensión del orden jurídico (parcial o totalmente), y aún más: la soberanía moderna (al menos desde Bodino) se define con base en la decisión sobre la situación excepcional. Tanto la Constitución

¹⁰⁸ Vid. G. Agamben, *Estado de excepción*, op. cit., pp. 137 y ss.

estadounidense, cuna de la democracia, prevé la situación excepcional, cuanto la francesa de 1791, que permite la instauración del estado de sitio cuando la situación política así lo requiera. El constitucionalismo posterior no pudo prescindir de esta figura, y el grueso de los países europeos y americanos siguen aún hoy incluyendo una norma sobre la excepción en sus constituciones. No importando el bando en el que se ubicaron los países del orbe entero debido a la división que generaron las dos guerras mundiales, sus ejecutivos se arrogaron poderes extraordinarios que no tenían más regulación o límite que la situación completa que tenían que resolver. Además, con el paso del tiempo, la excepción no sólo se utilizó en los casos de guerra, sino que se convirtió en una técnica de gobierno cotidiana que servía para resolver todo tipo de problemas graves, fueran éstos de corte financiero o de política interna. Ya desde el siglo XIX la legislación francesa, pero no sólo ella, echó mano de los poderes excepcionales para conjurar revueltas internas. O dicho en otras palabras: los poderes excepcionales se separaron de su justificación bélica para dirigirse a la pacificación de su propia población.

Con motivo de los atentados terroristas del 11 de septiembre el paradigma de la emergencia se ha convertido en la técnica de gobierno más usual en la mayoría de los países democráticos occidentales. El caso de Estados Unidos es muy sintomático: oponiendo falsamente la seguridad a los derechos humanos, ha logrado un control sobre su población como jamás lo había tenido en toda su historia. Un control, además, que tiene previsto la posibilidad de privar a cualquier persona de sus derechos humanos únicamente si se sospecha de su cercanía con el terrorismo. Esto ha generado una total discriminación sobre todo contra los ciudadanos de origen. El dilema de seguridad o violación de ciertos derechos humanos a ciertas personas es completamente biopolítico¹⁰⁹ y perverso.

En el cuarto apartado analizamos algunas paradojas que resultan de querer relacionar el poder (excepcional) y el derecho; vimos las dos visiones contrapuestas de Schmitt y Kelsen. La de Schmitt resulta interesante porque, a diferencia del jurista austriaco, sí considera que tal relación es un problema jurídico que tiene que resolverse. Vimos que la respuesta schmittiana, una de las más agudas y desarrolladas hasta nuestros días, intenta inscribir, a través de una serie de distinciones (normas de derecho y normas de realización del derecho; Poder constituyente y Poder constituido; norma y decisión), el estado de excepción en el terreno jurídico (entendido de forma más amplia que la simple legalidad). Definimos la compleja topología utilizada por Schmitt para referirse al estado de excepción como una fuerza-de-ley-sin-ley. Concluimos el apartado apuntando que parecería que en la situación política actual el soberano que actúa en la excepción está legitimado no racionalmente sino carismáticamente, pero este carisma, como podría esperarse, no le viene dado por los medios tradicionales de este tipo de legitimación propuestos por Weber (santidad, heroísmo o ejemplaridad personal), sino por la ley misma, que se encuentra suspendida (en todo o en parte). Esto trae como consecuencia una confusión entre autoridad y potes-

¹⁰⁹ Biopolítica es un concepto ideado por Michael Foucault para designar el interés del Estado moderno por la vida de sus ciudadanos. Este interés se refiere en último término al poder sobre la vida y la muerte. Entre otros libros de su autoría, se puede consultar: *Defendamos a la sociedad*. Trad. de Horacio Pons. México, FCE, 2006, pp. 217 y ss.

tad, que permite una libertad de acción anómica al soberano directamente sobre la vida de sus gobernados.

Llegados a este punto de la exposición, ya nos encontramos en posibilidad de intentar dar respuesta a la pregunta que formulamos al inicio. ¿No conculca la excepción los principios básicos del Estado constitucional de Derecho? Esta respuesta se tiene que dar, al menos, en tres niveles.

Primero. *En el nivel de la técnica legislativa, a)* cabe observar que legislar el estado de excepción es una paradoja irresoluble: la Constitución no puede prever su propia suspensión. Una norma que se autosuspende es, a nuestro modo ver, una contradicción en términos.

b) Por otra parte, pese a todas las restricciones que puedan ponerse a la declaratoria de suspensión de derechos, *nunca se puede prever cómo ha de actuarse en la situación concreta.* O dicho más claramente: tratándose de la excepción, la norma sólo puede mencionar las condiciones en las que ésta se puede dar, pero no puede —porque sería absurdo— legislar sobre qué ha de hacerse y cómo habrá que actuar en una situación de emergencia. A lo más, puede indicar los derechos que se pueden violar o los derechos que no se pueden violar, pero en el espacio y en los ámbitos en donde al soberano se le permite actuar fuera de la ley, no hay forma de constreñir su comportamiento —precisamente porque ya se encuentra más allá de la ley. Una última observación en este nivel. La norma que se refiere a la excepción no puede pretender mantener, una vez que se han cumplido los supuestos en que aquélla se puede dar, el equilibrio de los poderes soberanos (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Puede determinar, sí, quién es la autoridad competente, pero cualquier intento de contrapesar el poder del que, en el caso de emergencia, es el soberano (por ejemplo, el Ejecutivo), con restricciones de los otros poderes, resulta una ingenuidad o un simulacro de seguridad jurídica. En circunstancias que ponen en peligro a una nación, se tienen que tomar *necesariamente* decisiones rápidas que no tengan ningún impedimento (salvo los derechos humanos que no se pueden violar según la Constitución); de lo contrario la declaratoria de emergencia perdería su sentido. Así, la mayoría de los artículos que prevén la excepción otorgan poderes extraordinarios legislativos al Ejecutivo (o viceversa), quien determinará, por medio de decretos-ley, *las normas que regirán o dejarán de regir* en la emergencia.

Segundo. Este nivel se refiere a las premisas esenciales del Estado de Derecho constitucional.

a) Una vez que se ha declarado el estado de excepción, tanto el principio de distribución como el principio de organización se ven conculcados: en lo que respecta al primero, las premisas de la libertad se intercambian casi por completo; ahora el Estado es el que tiene, por principio, una libertad ilimitada; mientras que el ciudadano es el que tiene fuertes restricciones a sus libertades, sobre todo las civiles y políticas (propiedad, libertad de expresión, libertad de tránsito, etcétera). De forma consecuente, el principio de organización se flexibiliza, y ahora el soberano es el que limita, por medio de sus acciones anómicas y de sus decretos de emergencia, cómo han de comportarse los ciudadanos. O dicho de otra forma: ahora el que determina la ley que se ha de aplicar es el soberano (por medio de sus decretos).

b) Una vez que estos dos principios se han visto fuertemente afectados, los tres elementos torales que se desprenden de ellos se ven del todo cuestionados: los derechos humanos, la división de poderes y el principio de legalidad. Los primeros se ven suspendidos en parte; los poderes se hacen indiscernibles entre sí, pues el soberano en la excepción se arroga, en mayor o menor medida, facultades de los otros poderes, quedando la supuesta división suspendida. Si, como hemos sostenido, la declaratoria de excepción significa esencialmente la suspensión del orden jurídico en todo en parte, y además, en esta circunstancia se otorgan poderes legislativos amplios a quien en la situación normal no los tiene, hablar de principio de legalidad *en sentido estricto* es imposible.

Tercero. En este nivel la respuesta se refiere a los efectos imprevistos que puede acarrear un estado de excepción, el más radical de ellos, acabar con el propio Estado de Derecho constitucional que lo hizo posible.

Recordemos la cita de Friederich que arriba transcribimos: una vez que se han transgredido la mayoría de los límites que la propia Constitución consagra y protege, ¡amparado en la Constitución misma!, “no existe ninguna salvaguarda institucional capaz de garantizar que los poderes de emergencia sean efectivamente usados con el objeto de guardar la constitución... en consecuencia, todas estas instituciones corren el riesgo de ser transformadas en sistemas totalitarios, si se presentan condiciones favorables”.

El primer paso para que una situación excepcional dé paso a un sistema totalitario ocurra es no tomar conciencia de esta posibilidad, amparado en la endeblísima fuerza de algunas palabras de la Constitución. Ésta es una enseñanza de la historia, sobre todo de la del siglo XX.

A la vista de estas respuestas, es urgente preguntarse: ¿puede, como quería sensatamente Kelsen, prescindirse por completo del estado de excepción? En la coyuntura histórica mundial en la que nos encontramos, en la que las guerras internas y externas siguen siendo moneda corriente, en la que las tendencias racistas o xenóforas (que son, en el fondo, la misma cosa) están de nuevo floreciendo, en la que la guerra de civilizaciones vuelve a ser una amenaza *real* y las crisis económicas galopan bravías y sin escrúpulos por todo el orbe, parece que —lamentablemente— no.

En su octava tesis sobre el concepto de historia, Walter Benjamin constata “que el estado de emergencia en el que vivimos es la regla”.¹¹⁰ La tarea que se nos plantea no es erradicarlo, cosa por lo demás ingenua, sino crear un estado de emergencia en el que la violencia anómica no sea su fundamento. Esta tarea comienza, en primer lugar, denunciando el estado de excepción que genera una *violencia mítica*¹¹¹ (así lo llama el propio Benjamin), en el sentido de querer ampararse, a como dé lugar, en una supuesta “legitimidad” para actuar fuera de la ley, pero con fuerza de ley.

Es necesario que la legitimidad, autoridad o carisma con la que el soberano actúa en la emergencia *emane realmente de sus destinatarios y no de la anomia que representa una norma suspendida*. Es necesario que los medios jurídicos

¹¹⁰ Walter Benjamin, “Sobre el concepto de historia”, en *Conceptos de filosofía de la historia*. Trad de H. A. Murena. La Plata, Caronte Filosofía, 2007, p. 69.

¹¹¹ Walter Benjamin, “Para una crítica de la violencia”, en *Conceptos de filosofía...*, *op. cit.*, p. 138.

y políticos por medio de los cuales la ciudadanía manifieste el reconocimiento de legitimidad a las acciones estatales se fortifiquen. Sin este reconocimiento social, todas las restricciones constitucionales para la suspensión de derechos no son otra cosa más que una *manera falaz de legalizar algo que está fuera de la ley, de arrancar a la ciudadanía su derecho político más original: el de la soberanía*.

Entre los medios políticos, me parece que el más propicio para impedir que los Estados declaren fácilmente la excepción y que lo hagan, además, con la mera legitimidad de la ley, es la fuerza social organizada, el movimiento social. La participación democrática real (es decir, la que no se reduce al mero voto) es indispensable para hacer que estas situaciones *sean sólo excepcionales y jamás se conviertan en regla general*.

Una advertencia para concluir: nuestra actual preocupación no se ha de dirigir tan sólo a la excepción prevista en las constituciones, sino también, y de manera aún más apremiante, a ese otro *fenómeno global más oscuro y perverso de la proliferación de estados de excepción no declarados, éstos que, debido al costo político de su publicidad, surgen impunemente so pretexto de ser un medio ideal para remediar males sociales. Amparados en el miedo y la desesperación humanas, estas situaciones fácticas pueden dar cabida a las peores aberraciones*.