

En el siglo XX asistimos, según Giorgio Agamben, a un hecho paradójico y preocupante, en la medida en que pasa inadvertido para la mayoría de los ciudadanos: vivimos en el contexto de lo que se ha denominado una "guerra civil legal". El totalitarismo moderno se define como la instauración de una guerra civil legal a través del estado de excepción, y esto corre tanto para el régimen nazi como para la situación vivida en los EE.UU. durante la presidencia de George W. Bush.

Estado de excepción enfoca una de las nociones centrales de la obra de Agamben: ese momento del derecho en el que se suspende el derecho, precisamente para garantizar su continuidad e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión. Su tesis de base es que el "estado de excepción", ese lapso —que se supone provisorio— en el cual se suspende el orden jurídico, se ha convertido durante el siglo XX en forma permanente y paradigmática de gobierno. Una idea que Agamben retoma de Walter Benjamin, en especial de su octava tesis de filosofía de la historia, que Benjamin escribió poco antes de morir, y que dice: "La tradición de los oprimidos nos enseña que el 'estado de excepción' en el cual vivimos es la regla. Debemos adherir a un concepto de historia que se corresponda con este hecho".

En este nuevo libro Agamben hace una reconstrucción histórica de la noción misma de "estado de excepción", analiza su sentido en la política de Occidente y reflexiona sobre su vigencia en la actualidad, en especial a partir de la Primera Guerra Mundial.

TEORIA SOCIOLOGICA III

23

Material disponible
en la fotocopiadora
del Cecso

Nº de ficha

ISBN: 978-987-1155-15-3



9 789871 156153

Giorgio Agamben

Estado de excepción

3ª edición

AH

Adriana Hidalgo editora

1. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO PARADIGMA DE GOBIERNO

1.1 La contigüidad esencial entre estado de excepción y soberanía ha sido establecida por Carl Schmitt en su *Teología política* (1922). Si bien su célebre definición del soberano en tanto "aquel que decide sobre el estado de excepción" ha sido ampliamente comentada y discutida, falta todavía hasta hoy en el derecho público una teoría del estado de excepción, y los juristas y expertos en derecho público parecen considerar el problema más como una *questio facti* que como un genuino problema jurídico. No sólo la legitimidad de una teoría semejante es negada por aquellos autores que, remitiéndose a la antigua máxima según la cual *necessitas legem non habet*, afirman que el estado de necesidad, sobre el cual se funda la excepción, no puede tener forma jurídica, sino que la definición misma del término se hace difícil, ya que se sitúa en el límite entre la política y el derecho. Según una opinión difundida, de hecho el estado de excepción constituye un "punto de desequilibrio entre derecho público y hecho político" (Saint-Bonnet, 2001, p. 28), que —como la guerra civil, la insurrección y la resistencia— se sitúa en una "franja ambigua e incierta, en la intersección entre lo jurídico y lo político" (Fontana, 1999, p. 16). Tanto más urgente resulta así la cuestión

de los confines: si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal. Por otra parte, si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho.

Es esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida, aquello que la presente investigación se propone indagar. Sólo si el velo que cubre esta zona incierta es removido podremos comenzar a comprender lo que se pone en juego en la diferencia —o en la supuesta diferencia— entre lo político y lo jurídico y entre el derecho y lo viviente. Y quizá solamente entonces será posible responder a la pregunta que no cesa de resonar en la historia política de Occidente: ¿qué significa actuar políticamente?

1.2 Entre los elementos que hacen difícil una definición del estado de excepción está ciertamente la estrecha relación que éste mantiene con la guerra civil, la insurrección y la resistencia. En la medida en que la guerra civil es lo opuesto del estado normal, ella se sitúa en una zona de in-

decidibilidad respecto del estado de excepción, que es la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos. En el curso del siglo XX, se ha podido asistir así a un fenómeno paradójico, que ha sido eficazmente definido como una "guerra civil legal" (Schnur, 1983). Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el *Decreto para la protección del pueblo y del Estado*, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto no fue nunca revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años. El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos.

Frente a la imparable progresión de eso que ha sido definido como una "guerra civil mundial", el estado de excepción tiende cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Esta dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente —y de hecho ya ha

transformado de modo sensible— la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución. El estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.

La expresión “guerra civil mundial” aparece en el mismo año (1961) en los libros *Sobre la revolución*, de Hannah Arendt, y *Teoría del partisano*, de Carl Schmitt. La distinción entre un “estado de sitio real” (*état de siège effectif*) y un “estado de sitio ficticio” (*état de siège fictif*) proviene en cambio, como veremos, del derecho público francés y está ya claramente articulada en el libro de Theodor Reinach: *De l'état de siège. Étude historique et juridique* (1885), que está en el origen de la oposición schmittiana y benjaminiana entre estado de excepción real y estado de excepción ficticio. La jurisprudencia anglosajona prefiere hablar, en este sentido, de *fancied emergency*. Los juristas nazis, por su parte, hablaban sin reservas de un *gewollte Ausnahmezustand*, un estado de excepción deseado, “con el fin de instaurar el Estado nacionalsocialista” (Werner Spohr, en Dobrische y Wieland, 1993, p. 28).

1.3 El significado inmediatamente biopolítico del estado de excepción como estructura original en la cual el derecho incluye en sí al viviente a través de su propia suspensión emerge con claridad en el *military order* emanado del presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001, que autoriza la “*indefinite detention*” y el proceso por parte de “*military commissions*” (que no hay que confundir con los tribunales

militares previstos por el derecho de guerra) de los no-ciudadanos sospechados de estar implicados en actividades terroristas.

Ya el *USA Patriot Act*, emanado del Senado el 26 de octubre de 2001, permitía al *Attorney general* “poner bajo custodia” al extranjero (*alien*) que fuera sospechoso de actividades que pusieran en peligro “la seguridad nacional de los Estados Unidos”; pero dentro de los siete días el extranjero debía ser, o bien expulsado, o acusado de violación de la ley de inmigración o de algún otro delito. La novedad de la “orden” del presidente Bush es que cancela radicalmente todo estatuto jurídico de un individuo, produciendo así un ser jurídicamente innominable e inclasificable. Los talibanes capturados en Afganistán no sólo no gozan del estatuto de POW según la convención de Ginebra, sino que ni siquiera del de imputado por algún delito según las leyes norteamericanas. Ni prisioneros ni acusados, sino solamente *detainees*, ellos son objeto de una pura señoría de hecho, de una detención indefinida no sólo en sentido temporal, sino también en cuanto a su propia naturaleza, dado que ésta está del todo sustraída a la ley y al control jurídico. El único parangón posible es con la situación jurídica de los judíos en los Lager nazis, quienes habían perdido, junto con la ciudadanía, toda identidad jurídica, pero mantenían al menos la de ser judíos. Como ha señalado eficazmente Judith Butler, en el *detainee* de Guantánamo la nuda vida encuentra su máxima indeterminación.

1.4 A lo incierto del concepto corresponde puntualmente la incertidumbre terminológica. El presente estudio se ser-

virá del sintagma “estado de excepción” como término técnico para la totalidad coherente de fenómenos jurídicos que se propone definir. Este término, común en la doctrina alemana (*Ausnahmezustand*, pero también *Notstand*, estado de necesidad), es extraño a las doctrinas italiana y francesa, que prefieren hablar de decretos de urgencia y estado de sitio (político o ficticio, *état de siège fictif*). En la doctrina anglosajona prevalecen en cambio los términos *martial law* y *emergency powers*.

Si, como ha sido sugerido, la terminología es el momento propiamente poético del pensamiento, entonces las elecciones terminológicas no pueden nunca ser neutrales. En este sentido, la elección del término “estado de excepción” implica una toma de posición en cuanto a la naturaleza del fenómeno que nos proponemos investigar y a la lógica más adecuada a su comprensión. Si las nociones de “estado de sitio” y de “ley marcial” expresan una conexión con el estado de guerra que ha sido históricamente decisiva y que está todavía presente, se revelan sin embargo inadecuadas para definir la estructura propia del fenómeno, y necesitan para esto las calificaciones de “político” o “ficticio”, también imprecisas de algún modo. El estado de excepción no es un derecho especial (como el derecho de guerra), sino que, en cuanto suspensión del propio orden jurídico, define el umbral o el concepto límite.

✧ La historia del término “estado de sitio ficticio o político” es, en este sentido, instructiva. Se remonta a la doctrina francesa, en referencia al decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, que preveía la posibilidad de un estado de sitio que el emperador podía declarar, independientemente de

la situación efectiva de una ciudad atacada o amenazada en forma directa por las fuerzas enemigas, *lorsque les circonstances obligent de donner plus de forces et d'action à la police militaire, sans qu'il soit nécessaire de mettre la place en état de siège* (Reinach, 1885, p. 109). El origen de la institución del estado de sitio está 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 debía 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 ejerce bajo su exclusiva responsabilidad” (*ibid.*). El decreto se refería solamente a las plazas-fuertes y a los puertos militares; pero con la ley del 19 de fructidor del año V, el Directorio asimiló las comunas del interior a las plazas-fuertes, y con la ley del 18 de fructidor del mismo año, se arribuyó el derecho de poner una ciudad en estado de sitio. 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 o 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 idea de una suspensión de la constitución es introducida por primera vez en la constitución del 22 de frimario del año VIII, que en su artículo 92 expresa: “*Dans le cas de révolte*

à main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du gouvernement, le corps législatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article su même arrêté". La ciudad o la región en cuestión era declarada *hors la constitution*. Si bien por un lado (en el estado de sitio) el paradigma es la extensión en el ámbito civil de los poderes que competen a la autoridad militar en tiempo de guerra y, por el otro, una suspensión de la constitución (o de aquellas normas constitucionales que protegen las libertades individuales), los dos modelos terminan con el tiempo confluyendo en un único fenómeno jurídico, que llamamos estado de excepción.

✠ La expresión "plenos poderes" (*pleins pouvoirs*), con la cual se caracteriza a veces al estado de excepción, se refiere a la expansión de los poderes gubernamentales y, en particular, al hecho de que se le confiere al poder ejecutivo el poder de emanar decretos que tienen fuerza-de-ley. Esto deriva de la noción de *plenitudo potestatis*, elaborada en aquel verdadero y propio laboratorio de la terminología del derecho público moderno que ha sido el derecho canónico. El presupuesto aquí es que el estado de excepción implica un retorno a un estado original pleromático en el cual la distinción entre los diversos poderes (legislativo, ejecutivo, etcétera) no se ha producido todavía. Como veremos, el estado de excepción constituye antes bien un estado kenomático, un vacío de derecho; y la idea de una indistinción y plenitud originaria del poder debe ser conside-

rada como un mitologema jurídico, análogo a la idea de un estado de naturaleza (y no es casual que haya sido precisamente Schmitt quien recurrió a este mitologema). En todo caso, el término "plenos poderes" define una de las posibles modalidades de acción del poder ejecutivo durante el estado de excepción, pero no coincide con él.

1.5 Entre los años 1934 y 1948, frente al colapso de las democracias europeas, la teoría del estado de excepción —que había hecho una primera, aislada aparición en el año 1921 con el libro de Schmitt *La dictadura*— alcanzó un momento de particular fortuna; pero es significativo que esto haya sucedido bajo la forma pseudomórfica de un debate sobre la llamada "dictadura constitucional".

El término —que aparece ya en los juristas alemanes para indicar los poderes excepcionales del presidente del Reich, según el artículo 48 de la Constitución de Weimar (*Reichsverfassung-smäßige Diktatur*, Preuss)— fue retomado y desarrollado por Fredrick M. Watkins (*The Problem of Constitutional Dictatorship*, "Public Policy", 1940), por Carl J. Friedrich (*Constitutional Government and Democracy*, 1941), y finalmente por Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948). Anteriores a éstos, cabe al menos mencionar el libro del jurista sueco Herbert Tingsten: *Les Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre* (1934). Estos libros, harto diversos entre sí y, en conjunto, más dependientes de la teoría schmittiana

de cuanto pueda parecer en una primera lectura, son al mismo tiempo importantes porque registran por primera vez la transformación de los regímenes democráticos como consecuencia de la progresiva expansión de los poderes del ejecutivo durante las dos guerras mundiales y, más en general, del estado de excepción que las había acompañado y seguido. Ellos son, de alguna manera, los mensajeros que anuncian aquello que tenemos hoy con claridad ante nuestros ojos —y, por tanto, que, desde el momento en que “el estado de excepción [...] ha devenido la regla” (Benjamin, 1942, p. 697), no sólo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico.

El análisis de Tingsten se concentra en el problema técnico esencial, que signa profundamente la evolución de los regímenes parlamentarios modernos: la extensión de los poderes del ejecutivo en ámbito legislativo a través de la emanación de decretos y disposiciones, como consecuencia de la delegación contenida en las leyes denominadas de “plenos poderes”. “Entendemos por leyes de plenos poderes a aquellas leyes a través de las cuales se le otorga al ejecutivo un poder de reglamentación excepcionalmente amplio, en particular el poder de modificar y de derogar con decretos las leyes vigentes” (Tingsten, 1934, p. 13). Puesto que leyes de esta naturaleza, que deberían ser emanadas para hacer frente a circunstancias excepcionales de necesidad y de urgencia, contradicen la jerarquía entre leyes y reglamentaciones que está en la base de las constituciones democráticas y delegan al gobierno un poder

legislativo que debería ser competencia exclusiva del parlamento, Tingsten se propone examinar en una serie de países (Francia, Suiza, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, Austria y Alemania) la situación que resulta de la sistemática expansión de los poderes gubernamentales durante la Primera Guerra Mundial, cuando en muchos de los Estados beligerantes (o inclusive neutrales, como Suiza) fue declarado el estado de sitio o se emanaron leyes de plenos poderes. El libro no va más allá del registro de una amplia casuística; no obstante, en la conclusión, el autor parece darse cuenta de que, si bien un uso temporario y controlado de los plenos poderes es teóricamente compatible con las constituciones democráticas, “un ejercicio sistemático y regular de la institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia” (*ibid.*, p. 333). De hecho, la progresiva erosión de los poderes legislativos del parlamento, que se limita hoy a menudo a ratificar disposiciones emanadas del ejecutivo con decretos que tienen fuerza-de-ley, ha devenido desde entonces una praxis común. Los años de la Primera Guerra Mundial y subsiguientes aparecen desde esta perspectiva como el laboratorio en el cual han sido experimentados y puestos a punto los mecanismos y dispositivos funcionales del estado de excepción como paradigma de gobierno. Uno de los caracteres esenciales del estado de excepción —la provisoria abolición de la distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial— muestra aquí su tendencia a transformarse en duradera praxis de gobierno.

El libro de Friedrich utiliza mucho más de lo que da a entender la teoría schmittiana de la dictadura, que en cambio el autor liquida en una nota como “un tratadito de parte”

(Friedrich, 1941, p. 812). La distinción schmittiana entre dictadura comisarial y dictadura soberana se representa aquí como oposición entre dictadura constitucional, que se propone salvaguardar el orden constitucional, y dictadura inconstitucional, que conduce a derribarlo. La imposibilidad de definir y neutralizar las fuerzas que determinan la transición de la primera a la segunda forma de dictadura (cabalmente, aquello que había sucedido por ejemplo en Alemania) es la aporía fundamental del libro de Friedrich, como en general de toda la teoría de la dictadura constitucional. Ella permanece prisionera en el círculo vicioso por el cual las medidas excepcionales que se intenta justificar para la defensa de la constitución democrática son las mismas que conducen a su ruina: "No existe ninguna salvaguarda institucional capaz de garantizar que los poderes de emergencia sean efectivamente usados con el objeto de salvar 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 los poderes. En consecuencia, todas estas instituciones corren el riesgo de ser transformadas en sistemas totalitarios, si se presentan condiciones favorables" (*ibid.*, pp. 828 y ss.).

Es en el libro de Rossiter que estas aporías explotan en abiertas contradicciones. A diferencia de Tingsten y de Friedrich, él se propone explícitamente justificar, a través de un amplio examen histórico, la dictadura constitucional. La

hipótesis aquí es que, desde el momento en que el régimen democrático, con su complejo equilibrio de poderes, es concebido para funcionar en circunstancias normales, "en tiempos de crisis, el gobierno constitucional debe ser alterado en la medida en que sea necesario para neutralizar el peligro y restaurar la situación normal. Esta alteración implica inevitablemente un gobierno más fuerte: es decir, el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos" (Rossiter, 1948, p. 5). Rossiter es consciente de que la dictadura constitucional (esto es, el estado de excepción) ha devenido, de hecho, un paradigma de gobierno (*a well established principle of constitutional government* [*ibid.* p. 4]) y que, en tanto tal, está llena de peligros: aun así, lo que el autor intenta demostrar es, precisamente, su necesidad inmanente. Pero en este intento se ve envuelto en contradicciones insalvables. El dispositivo schmittiano (que él juzga *trail-blazing, if somewhat occasional*, y que se propone corregir [*ibid.*, p. 14]), en el cual la distinción entre dictadura comisarial y dictadura soberana no es una diferencia de naturaleza, sino de grado, y en el cual la figura decisiva es indudablemente la segunda, no se deja, de hecho, neutralizar así como así. Si bien Rossiter provee once buenos criterios para distinguir entre la dictadura constitucional y la inconstitucional, ninguno de esos criterios está en condiciones de definir una diferencia sustancial ni de excluir el pasaje de una forma de dictadura a la otra. El hecho es que los dos criterios esenciales de absoluta necesidad y de provisoriedad temporal, a los cuales todos los otros en última instancia se reducen, contradicen lo que Rossiter sabe perfectamente, y es que el estado de excepción

ya ha devenido la regla: "En la era atómica, en la cual el mundo está entrando ahora, es probable que el uso de los poderes de emergencia constitucional se vuelva la regla y no la excepción" (*ibid.* p. 297); o incluso más claramente al final del libro: "Al describir los gobiernos de emergencia en las democracias occidentales, este libro pudo haber dado la impresión de que las técnicas de gobierno tales como la dictadura del ejecutivo, la delegación de los poderes legislativos y la legislación a través de decretos administrativos son por naturaleza puramente transitorias y temporarias. Una impresión tal sería ciertamente equívoca [...]. Los instrumentos de gobierno aquí descritos como dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en todos, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz" (*ibid.* p. 313). Esta previsión —que se realiza ocho años después de que fuera formulada por primera vez por Walter Benjamin en su octava tesis sobre el concepto de historia— era indudablemente exacta; mucho más grotescas, en cambio, suenan las palabras con que concluye el libro: "Ningún sacrificio es demasiado grande para nuestra democracia, y menos que menos el sacrificio temporario de la propia democracia" (*ibid.* p. 314).

1.6 Un examen de la situación del estado de excepción en las tradiciones jurídicas de los Estados occidentales muestra una división —neta en un principio, pero de hecho bastante más diluida— entre ordenamientos que regulan el estado de excepción en el texto de la constitución o a través de una ley, y

ordenamientos que prefieren no regular explícitamente el problema. Al primer grupo pertenecen Francia (donde ha nacido el estado de excepción moderno, hacia la época de la Revolución) y Alemania; al segundo, Italia, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos. También la doctrina está correspondientemente dividida entre autores que sostienen la oportunidad de una previsión constitucional o legislativa del estado de excepción y otros (entre los cuales figura primero en la fila Carl Schmitt) que critican sin reservas la pretensión de regular mediante leyes aquello que por definición no puede ser sujeto a norma. Si bien, desde el punto de vista de la constitución formal, la distinción es indudablemente importante (en cuanto presupone que, en el segundo caso, los actos realizados por el gobierno por fuera o en contraste con la ley puedan ser teóricamente considerados como ilegales y deban por lo tanto ser salvados por una adecuada *bill of indemnity*), desde el punto de vista de la Constitución material, algo así como un estado de excepción existe en todos los ordenamientos mencionados, y la historia de la institución al menos a partir de la Primera Guerra Mundial muestra que su desarrollo es independiente de su formalización constitucional o legislativa. Así, en la República de Weimar, cuya Constitución regulaba en el art. 48 poderes del presidente del Reich en situaciones en las cuales "la seguridad pública y el orden" (*die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) estuvieran amenazados, el estado de excepción desarrolló una función ciertamente más determinante que en Italia, donde la institución no estaba explícitamente prevista, o que en Francia, que la regulaba a través de una ley y que a menudo recurrió también en forma pareja al *état de siège* y a la legislación por decreto.

1.7 El problema del estado de excepción presenta evidentes analogías con el del derecho de resistencia. Se ha discutido mucho, particularmente en el seno de asambleas constituyentes, acerca de la oportunidad de incluir el derecho de resistencia en el texto de la constitución. En el proyecto de la actual Constitución italiana, estaba incluido un artículo que afirmaba: "Cuando los poderes públicos violan las libertades fundamentales y los derechos garantizados por la Constitución, la resistencia a la opresión es un derecho y un deber del ciudadano". La propuesta, que retomaba una sugerencia de Giuseppe Dossetti, uno de los exponentes más prestigiosos del área católica, encontró vivas oposiciones. En el curso del debate prevaleció la opinión de que era imposible regular jurídicamente algo que, por su naturaleza, se sustraía al ámbito del derecho positivo, y el artículo no fue aprobado. Pero en la Constitución de la República Federal Alemana figura en cambio un artículo (el 20) que legaliza sin reservas el derecho de resistencia, afirmando que "contra cualquier intento de abolir aquel orden [la constitución democrática], todos los alemanes tienen un derecho de resistencia, si otros remedios no son posibles".

Las argumentaciones son aquí exactamente simétricas a las que oponen los autores de la legalización del estado de excepción en el texto constitucional o en una ley expresa frente a aquellos juristas que consideran del todo inoportuna su reglamentación normativa. Es cierto, en todo caso, que si la resistencia se volviera un derecho o, aun más, un deber (cuya omisión podría ser castigada), no sólo la constitución terminaría por colocarse como un valor absoluto in-

tangible y omnicompreensivo, sino que también las elecciones políticas de los ciudadanos terminarían por ser jurídicamente normatizadas. El hecho es que ya en el derecho de resistencia, ya en el estado de excepción, lo que está en cuestión, en suma, es el problema del significado jurídico de una esfera de acción en sí misma extrajurídica. Aquí están en contraste la tesis que afirma que el derecho debe coincidir con la norma y la que sostiene en cambio que el ámbito del derecho excede la norma. Pero las dos posiciones son en última instancia solidarias en el hecho de excluir la existencia de una esfera de la acción humana sustraída por completo al derecho.

Σ *Breve historia del estado de excepción.* Hemos visto ya cómo el estado de sitio tiene su origen en Francia durante la Revolución. Después de su institución con el decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791, adquiere su fisonomía propia de *état de siège fictif o politique* con la ley del Directorio del 27 de agosto de 1797 y, al fin, con el decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811 (cfr. *supra*, p. 28). La idea de una suspensión de la constitución (de *l'empire de la constitution*) fue en cambio introducida, como hemos visto también, por la Constitución del 22 de frimario del año VIII. El art. 14 de la *Charte* de 1814 atribuía al soberano el poder de "hacer los reglamentos y las ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado"; a causa de la vaguedad de la fórmula, Chateaubriand observaba *qu'il est possible qu'un beau matin toute la Charte soit confisqué au profit de l'art. 14*. El estado de sitio fue expresamente mencionado en el *Acte additionnel* a la Constitución del 22 de abril de 1815, que

reservaba la declaración a una ley. Desde entonces, la legislación sobre el estado de sitio señala en Francia los momentos de crisis constitucional en el curso de los siglos XIX y XX. Después de la caída de la Monarquía de Julio, el 24 de junio de 1848 un decreto de la Asamblea constituyente ponía a París en estado de sitio y encargaba al general Cavaignac la tarea de restaurar el orden en la ciudad. En la nueva constitución del 4 de noviembre de 1848, fue en tanto incluido un artículo que establecía que una ley debería fijar las ocasiones, las formas y los efectos del estado de sitio. A partir de este momento, el principio dominante (como veremos, no sin excepciones) en la tradición francesa es que el poder de suspender las leyes puede pertenecer sólo al propio poder que las produce, es decir, al parlamento (esto, a diferencia de la tradición alemana, que delega y confía ese poder en el jefe de Estado). La ley del 9 de agosto de 1849 (parcialmente modificada en sentido más restrictivo por la ley del 4 de abril de 1878) establecía consecuentemente que el estado de sitio político podía ser declarado por el parlamento (o, en su reemplazo, por el jefe de Estado) en caso de peligro inminente para la seguridad interna o externa. Napoleón III recurrió muchas veces a esta ley y, una vez establecido en el poder, en la Constitución de enero de 1852, adjudicó al jefe de Estado el poder exclusivo de decretar el estado de sitio. La guerra franco-prusiana y la insurrección de la Comuna coincidieron con una generalización sin precedentes del estado de excepción, que fue proclamado en cuarenta departamentos y se prolongó en algunos hasta 1876. Sobre la base de estas experiencias y después del fallido golpe de Estado por parte de Macmahon en mayo de 1877, la ley de 1849 fue modi-

ficada, estableciendo que el estado de sitio podía ser declarado sólo con una ley (o, en el caso en el cual la cámara de Diputados no estuviese reunida, del jefe de Estado, con la obligación de convocar a la Cámara dentro de los siguientes dos días) en la eventualidad de "peligro inminente de una guerra externa o una insurrección armada" (ley del 4 de abril de 1878, art. I).

La Primera Guerra Mundial coincidió en la mayoría de los países beligerantes con un estado de excepción permanente. El 2 de agosto de 1914, el presidente Poincaré emitió un decreto que ponía al país entero en estado de sitio y que fue convertido en ley del parlamento dos días después. El estado de sitio permaneció en vigencia hasta el 12 de octubre de 1919. Si bien la actividad del parlamento, suspendida durante los primeros seis meses de la guerra, se retomó en enero de 1915, muchas de las leyes votadas eran, en verdad, puras y simples delegaciones legislativas al ejecutivo, como aquella del 10 de febrero de 1918, que otorgaba al gobierno un poder prácticamente absoluto de regular con decretos la producción y el comercio de los productos alimenticios. Tingsten ha observado que, de este modo, el poder ejecutivo se transformaba, en sentido material, en órgano legislativo (Tingsten, 1934, p. 18). En todo caso, es en este período en el cual la legislación excepcional por vía del decreto gubernamental (que hoy nos es perfectamente familiar) se vuelve una práctica corriente en las democracias europeas.

Como era previsible, la ampliación de los poderes del ejecutivo en el ámbito legislativo prosiguió después del fin de las hostilidades, y es significativo que la emergencia militar cediese ahora el puesto a la emergencia económica, con una implícita asimilación entre guerra y economía. En enero de 1924,

en un momento de grave crisis que amenazaba la estabilidad del franco, el gobierno Poincaré pidió los plenos poderes en materia financiera. Después de un áspero debate, en el cual la oposición hizo observar que esto equivalía para el parlamento a renunciar a los propios poderes constitucionales, la ley fue votada el 22 de marzo, limitando a cuatro meses los poderes especiales del gobierno. Medidas análogas fueron impulsadas y votadas en 1935 por el gobierno Laval, que emitió más de quinientos decretos "con fuerza de ley" para evitar la devaluación del franco. La oposición de izquierda, guiada por Léon Blum, se opuso con fuerza a esta práctica "fascista"; pero es significativo que, una vez en el poder con el Frente Popular, en junio de 1937, ella pidió al parlamento los plenos poderes para devaluar el franco, establecer el control de cambio e imponer nuevas tasas. Como ya ha sido observado (Rossiter, 1948, p. 123), esto significaba que la nueva práctica de legislación por vía del decreto gubernamental, inaugurada durante la guerra, era ya aceptada por todas las fuerzas políticas. El 30 de junio de 1937, los poderes que habían sido rechazados a Léon Blum fueron acordados al gobierno de Chautemps, en el cual algunos ministerios clave les habían sido confiados a no socialistas. Y el 10 de abril de 1938, Édouard Daladier pidió y obtuvo del parlamento poderes excepcionales para legislar por decreto para afrontar tanto la amenaza de la Alemania nazi como la crisis económica, de modo que se puede decir que hasta el final de la Tercera República "los procedimientos normales de la democracia parlamentaria permanecieron en suspenso" (*ibid.* p. 124). Es importante no olvidar este proceso contemporáneo de transformación de las constituciones de-

mocráticas entre las dos guerras mundiales cuando se estudia el nacimiento de los así llamados regímenes dictatoriales en Italia y en Alemania. Bajo la presión del paradigma del estado de excepción, es la totalidad de la vida político-constitucional de las sociedades occidentales la que comienza progresivamente a asumir una nueva forma, que quizá sólo hoy ha alcanzado su pleno desarrollo. En diciembre de 1939, después del estallido de la guerra, el gobierno obtuvo la facultad de tomar por la vía del decreto todas las medidas necesarias para asegurar la defensa de la nación. El parlamento permaneció reunido (salvo cuando fue suspendido por un mes para privar a los parlamentarios comunistas de su inmunidad), pero toda la actividad legislativa estaba firmemente en manos del ejecutivo. Cuando el mariscal Pétain asumió el poder, el parlamento francés era ya la sombra de sí mismo. El acta constitucional del 11 de julio de 1940 confería de cualquier modo al jefe de Estado la facultad de proclamar el estado de sitio sobre todo el territorio nacional (en parte ya ocupado por el ejército alemán).

En la constitución actual, el estado de excepción está regulado por el art. 16, deseado por De Gaulle, que establece que el presidente de la República tome las medidas necesarias "cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus obligaciones internacionales sean amenazadas en modo grave e inmediato y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se vea interrumpido". En abril de 1961, durante la crisis argelina, De Gaulle recurrió al artículo 16, si bien el funcionamiento de los poderes públicos no había sido interrumpido. Desde entonces, el artí-

culo 16 no ha sido invocado nunca más, pero, conforme a una tendencia activa en todas las democracias occidentales, la declaración del estado de excepción está siendo progresivamente sustituida por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica normal de gobierno.

La historia del artículo 48 de la Constitución de Weimar está tan estrechamente ligada a la historia de Alemania entre las dos guerras que no es posible comprender el acceso de Hitler al poder sin un análisis preliminar de los usos y abusos de este artículo en los años que van desde 1919 hasta 1933. Su precedente inmediato era el artículo 68 de la Constitución de Bismarck, que, en el caso en que "la seguridad pública fuese amenazada en el territorio del Reich" atribuía al emperador la facultad de declarar una parte del territorio en estado de guerra (*Kriegszustand*) y reenviaba, para determinar la modalidad, a la ley prusiana sobre el estado de sitio del 4 de junio de 1851. En la situación de desorden y de agitación que siguió al fin de la guerra, los diputados de la Asamblea nacional que debían votar la nueva constitución, asistidos por juristas entre los cuales destaca el nombre de Hugo Preuss, incluyeron en ella un artículo que confería al presidente del Reich poderes excepcionales extremadamente amplios. El texto del artículo 48 rezaba, de hecho: "Si en el Reich alemán la seguridad y el orden público son seriamente [*erheblich*] perturbados o amenazados, el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y del orden público, eventualmente con la ayuda de las fuerzas armadas. En pos de este objetivo, puede suspender en su totalidad o en

parte los derechos fundamentales [*Grundrechte*] establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153". El artículo agregaba que una ley vendría a precisar en los particulares las modalidades del ejercicio de este poder presidencial. Como la ley no fue votada jamás, los poderes excepcionales del presidente permanecieron hasta tal punto indeterminados que no sólo la expresión "dictadura presidencial" fue usada corrientemente en la doctrina en referencia al artículo 48, sino que Schmitt pudo escribir en 1925 que "ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado" (Schmitt, 1995, p. 25).

Los gobiernos de la República, comenzando por aquel de Brüning, hicieron uso continuamente —con una relativa pausa entre 1925 y 1929— del artículo 48, proclamando el estado de excepción y emanando decretos de urgencia en más de 250 ocasiones; ellos sirvieron, entre otras cosas, para poner en prisión a millares de militantes comunistas y para instituir tribunales especiales habilitados para dictar condenas a la pena capital. En más ocasiones y, en particular en octubre de 1923, el gobierno recurrió al artículo 48 para afrontar la caída del marco, confirmando la tendencia moderna a hacer coincidir la emergencia político-militar y la crisis económica.

Es notorio que los últimos años de la República de Weimar se desarrollaron enteramente en un régimen de estado de excepción; menos obvia es la constatación de que Hitler probablemente no habría podido tomar el poder si el país no se hubiese encontrado desde hacía casi tres años en régimen de dictadura presidencial y si el parlamento hubiese estado en funciones. En julio de 1930, el gobierno Brüning quedó en

minoría. En lugar de revistar las dimisiones, Brüning obtuvo del presidente Hindenburg el recurso al art. 48 y la disolución del *Reichstag*. Desde ese momento, Alemania dejó de hecho de ser una república parlamentaria. El Parlamento se reunió solamente siete veces en un total de no más de doce semanas, mientras una coalición fluctuante de socialdemócratas y centristas permanecía expectante, observando un gobierno que dependía ya solamente del Reich. En 1932 Hindenburg, reelecto presidente contra Hitler y Thälmann, obligó a Brüning a renunciar y nombró en su lugar al centrista Von Papen. El 4 de junio el *Reichstag* fue disuelto y ya no fue convocado nuevamente hasta la llegada del nazismo. El 20 de julio, el estado de excepción fue proclamado en el territorio prusiano y Von Papen fue nombrado comisario del Reich para Prusia, excluyendo al gobierno socialdemócrata de Otto Braun.

El estado de excepción en el cual se encontraba Alemania bajo la presidencia de Hindenburg fue justificado por Schmitt en el plano constitucional a través de la idea de que el presidente actuaba como "custodio de la constitución" (Schmitt, 1931); pero el fin de la República de Weimar muestra por el contrario con claridad que una "democracia protegida" no es una democracia, y que el paradigma de la dictadura constitucional funciona sobre todo como una fase de transición que conduce fatalmente a la instauración de un régimen totalitario.

Dados estos precedentes, es comprensible que la Constitución de la República Federal no mencionase el estado de excepción; aun así, el 24 de junio de 1968 la "gran coalición" entre demócratas cristianos y socialdemócratas votó una ley de integración de la constitución (*Gesetz zur Ergänzung des*

Grundgesetzes) que reintroducía el estado de excepción (definido "estado de necesidad interna", *innere Notstand*). Con inconsciente ironía, por primera vez en la historia del instituto la proclamación del estado de excepción era prevista no simplemente para la salvaguardia de la seguridad y del orden público sino para la defensa de la "constitución democrático-liberal". La democracia protegida había devenido ya la regla.

El 3 de agosto de 1914 la Asamblea federal suiza confirió al Consejo federal "el poder ilimitado de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y la neutralidad de Suiza". Este acto inusitado, en virtud del cual un Estado no beligerante atribuía al ejecutivo poderes todavía más vastos e indeterminados que aquellos que habían recibido los gobiernos de países directamente involucrados en la guerra, es interesante por la discusión a la cual dio lugar, tanto en la propia asamblea como en ocasión de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos frente a la Corte federal suiza. La tenacidad con la que los juristas suizos, con casi treinta años de anticipación respecto de los teóricos de la dictadura constitucional, han buscado en esta ocasión deducir (como Walldkirch y Burckhardt) la legitimidad del estado de excepción del propio texto de la constitución (el artículo 2, en el cual se leía que "la Confederación tiene el objetivo de asegurar la independencia de la patria contra el extranjero y de mantener el orden y la tranquilidad en el interior") o (como Hoerni y Fleiner) de fundarlo sobre un derecho de necesidad "inherente a la existencia misma del Estado" o (como His) sobre una laguna en el derecho que las disposicio-

nes excepcionales debían colmar, muestra que la teoría del estado de excepción no es de ningún modo patrimonio exclusivo de la tradición antidemocrática.

La historia y la situación jurídica del estado de excepción en Italia presenta un particular interés bajo el perfil de la legislación por medio de decretos gubernamentales de urgencia (los así llamados "decretos-ley"). Se puede decir, de hecho, que bajo este perfil Italia ha funcionado como un verdadero y propio laboratorio político-jurídico, donde se ha ido organizando el proceso —presente, en medida diversa, también en otros Estados europeos— a través del cual el decreto-ley "de instrumento derogatorio y excepcional de producción normativa ha devenido una fuente ordinaria de producción del derecho" (Fresa, 1981, p. 156). Pero esto significa también que precisamente un Estado con gobiernos a menudo inestables ha elaborado uno de los paradigmas esenciales a través del cual la democracia se transforma de parlamentaria en gubernamental. En todo caso, es en este contexto que aparece con claridad la pertinencia de los decretos de urgencia en el ámbito problemático del estado de excepción. El Estatuto albertino (como, por otro lado, la vigente Constitución republicana) no mencionaba el estado de excepción. Los gobiernos del reino recurrieron, no obstante, numerosas veces, a proclamar el estado de sitio: en Palermo y en las provincias sicilianas en 1862 y en 1866; en Nápoles en 1862; en Sicilia y Lunigiana en 1894 y, en 1898, en Nápoles y en Milán, donde la represión de los desórdenes fue particularmente sangrienta y dio lugar a ásperos debates en el parlamento. La declaración del estado de sitio en ocasión del terre-

moto de Messina y Reggio Calabria el 28 de diciembre de 1908 es sólo en apariencia un caso aparte. No solamente las razones últimas de la proclama eran, en realidad, de orden público (se trataba de reprimir los saqueos y los actos de vandalismo provocados por la catástrofe), sino que hasta incluso desde un punto de vista teórico es significativo que ellas brindaron la oportunidad que permitió a Santi Romano y a otros juristas italianos elaborar la tesis —en la cual enseguida nos detendremos— de la necesidad como fuente primaria del derecho.

En todos estos casos, la declaración del estado de sitio se realizó por medio de un decreto real que, aun cuando no contuviera necesariamente una cláusula de ratificación parlamentaria, fue siempre aprobado por el parlamento como los otros decretos de urgencia no concernientes al estado de sitio (en 1923 y en 1924 fueron así convertidos en ley en bloque unos miles de decretos-ley emanados en los años precedentes y que permanecían sin despacho). En 1926, el régimen fascista hizo emanar una ley que regulaba expresamente en materia de los decretos-ley. El art. 3 establecía que podían ser emanadas con decreto real, previa deliberación del consejo de ministros, "normas que tienen fuerza de ley (1) cuando el gobierno sea delegado a esto por una ley dentro de los límites de la delegación; (2) en casos extraordinarios, en los cuales las razones de urgente y absoluta necesidad así lo requirieran. El juicio sobre la necesidad y sobre la urgencia no está sujeto a otro control más que al control político del parlamento". Los decretos previstos en el segundo apartado debían contener una cláusula de presentación al parlamento para su conversión en ley; pero la pérdida de toda autonomía por parte de las Cámaras durante el régimen fascista hizo que la cláusula se volviera superflua.

A pesar de que el abuso de los decretos de urgencia por parte de los gobiernos fascistas fue tal que el propio régimen sintió la necesidad de limitar en 1939 su alcance, la constitución republicana estableció con continuidad en el artículo 77 que "en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia" el gobierno podía adoptar "disposiciones provisionales con fuerza de ley" que debían ser presentadas el mismo día a las Cámaras y que perdían eficacia si no se convertían en ley dentro de los sesenta días de su publicación.

Es notorio que desde entonces la praxis de la legislación gubernamental a través de decretos-ley ha devenido en Italia la regla. No solamente se ha recurrido a emitir decretos de urgencia en momentos de crisis política, eludiendo así el principio constitucional según el cual los derechos de los ciudadanos sólo pueden ser limitados por una ley (cfr., para la represión del terrorismo, el decreto-ley 28 de marzo de 1978, n. 59, convertido en la ley 21 de mayo de 1978, n. 191, la así llamada Ley Moro; y el decreto-ley 15 de diciembre de 1979, n. 625, convertido en la ley 6 de febrero de 1980, n. 15), sino que los decretos-ley constituyen a tal punto la forma normal de legislación que han llegado a ser definidos como "esbozos de ley reforzados por urgencia garantizada" (Fresa, 1981, p. 152). Esto significa que el principio democrático de la división de los poderes hoy se ha devaluado, y que el poder ejecutivo ha de hecho absorbido, al menos en parte, al poder legislativo. El parlamento no es más el órgano soberano al que corresponde el derecho exclusivo de obligar a los ciudadanos a través de la ley: se limita a ratificar los decretos emanados del poder ejecutivo. En sentido técnico, la República ya no es más parlamen-

taria, sino gubernamental. Y es significativo que una transformación similar del orden constitucional que hoy se da en medida diversa en todas las democracias occidentales, si bien es percibida perfectamente por juristas y políticos, permanezca totalmente inobservada por parte de los ciudadanos. Precisamente en el momento en que pretende dar lecciones de democracia a culturas y tradiciones diferentes, la cultura política de Occidente no se da cuenta de que ha perdido por completo el canon.

El único dispositivo jurídico que, en Inglaterra, podría ser comparado con el *état de siège* francés aparece bajo el nombre de *martial law*; pero se trata de un concepto tan vago que se lo puede definir con razón como "un término poco feliz para justificar, a través del *common law*, los actos llevados a cabo por necesidad con el objeto de defender el *commonwealth* cuando se va a la guerra" (Rossiter, 1948, p. 142). Pero esto no significa que no pueda existir algo así como un estado de excepción. La facultad de la corona de declarar la *martial law* estaba en general limitada en los *Mutiny Acts* durante los tiempos de guerra, pero aun así implicaba necesariamente consecuencias incluso graves para los civiles extraños que fueran encontrados involucrados de hecho en la represión armada. Así, Schmitt ha intentado distinguir *martial law* de los tribunales militares y de los procedimientos sumarios que en un primer momento eran aplicados solamente a los soldados, ya que consideraba que era un procedimiento puramente factual, lo que la acercaba al estado de excepción: "A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es, en este sentido, un derecho o una ley, sino sobre todo un procedimiento guiado

esencialmente por la necesidad de conseguir un determinado objetivo" (Schmitt, 1921, p. 183. [trad. cast. p. 223]).

También en Inglaterra la Primera Guerra Mundial ha jugado un papel decisivo en la generalización de los dispositivos gubernamentales de excepción. Inmediatamente después de la declaración de guerra, el gobierno pidió al Parlamento la aprobación de una serie de disposiciones de emergencia, que habían sido preparadas por los ministros competentes y que fueron votadas prácticamente sin discusión. La más importante de estas disposiciones es el *Defence of Realm Act* del 4 de agosto de 1914, conocido como DORA, que no sólo confería al gobierno poderes muy vastos para regular la economía de guerra, sino que preveía también graves limitaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en particular, la competencia de los tribunales militares para juzgar a los civiles). Como en Francia, la actividad del parlamento conoció un eclipse significativo por todo el tiempo que duró la guerra. Que se trataba, sin embargo, incluso para Inglaterra, de un proceso que ocurría más allá de la emergencia bélica, lo atestigua la aprobación —el 29 de octubre de 1920, en una situación de huelgas y tensiones sociales— del *Emergency Powers Act*. El artículo I afirma, de hecho: "Toda vez que parezca a Su Majestad que haya sido emprendida, o esté a punto de serlo, una acción por parte de una persona o grupo de personas de tal naturaleza y en escala tal que pueda presumirse que, interfiriendo con la provisión de alimento, agua, combustible o luz o bien con 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 (de

aquí en más mencionada como proclamación de emergencia) declarar que existe un estado de emergencia". El artículo 2 de la ley atribuía a *His Majesty in Council* el poder de emanar reglamentos y de conferir al ejecutivo "todo poder necesario para el mantenimiento del orden", introduciendo tribunales especiales (*courts of summary jurisdiction*) para los transgresores. Aun si las penas que estos tribunales aplicaban no podían exceder los tres meses de cárcel ("con o sin trabajos forzados"), el principio del estado de excepción había sido introducido sólidamente en el derecho inglés.

El lugar —a la vez lógico y pragmático— de una teoría del estado de excepción en la construcción norteamericana está en la dialéctica entre los poderes del presidente y los del Congreso. Esta dialéctica ha estado determinada históricamente —y en un modo ejemplar ya a partir de la guerra civil— como conflicto en torno a la autoridad suprema en una situación de emergencia; en términos schmittianos (y esto es ciertamente significativo en un país que está considerado como la cuna de la democracia), como conflicto sobre la decisión soberana.

La base textual del conflicto está, ante todo, en el artículo I de la Constitución, que establece que "el privilegio del *writ* de *habeas corpus* no será suspendido, excepto que, en caso de rebelión o de invasión, la seguridad pública [*public safety*] lo requiera", pero no precisa cuál es la autoridad competente para decidir la suspensión (aun cuando la opinión prevaleciente y el contexto mismo del pasaje permiten suponer que la cláusula se refiere al Congreso y no al presidente). El segundo punto conflictivo está en la relación entre un pasaje y otro del mismo

artículo I (que sanciona que al Congreso le corresponde el poder de declarar la guerra y de enrolar y mantener el ejército y la marina) y el artículo 2, que afirma que "el presidente será comandante en jefe [*commander in chief*] del ejército y de la marina de los Estados Unidos".

Estos dos problemas entran en su umbral crítico con la guerra civil (1861-65). El 15 de abril de 1861, conradiciendo el dictado del artículo I, Lincoln decretó el enrolamiento de un ejército de 75.000 hombres y convocó al Congreso en sesión especial para el 4 de julio. En las diez semanas que transcurrieron entre el 15 de abril y el 4 de julio, Lincoln actuó de hecho como un dictador absoluto (en su libro *La dictadura*, Schmitz puede por lo tanto mencionarlo como ejemplo perfecto de dictadura comisarial: cfr. 1921, p. 136 [trad. cast. p. 181]). El 27 de abril, en una decisión técnicamente aún más significativa, él autorizó al jefe de Estado mayor del ejército a suspender el *writ* de *habeas corpus* cada vez que lo considerara necesario todo a lo largo de las vías de comunicación entre Washington y Filadelfia, donde se habían verificado desórdenes. La decisión presidencial autónoma de medidas extraordinarias continuó incluso después de la convocatoria al Congreso (así, el 14 de febrero de 1862, Lincoln impuso una censura sobre el correo y autorizó el arresto y la detención en cárceles militares de las personas sospechosas de "prácticas desleales y traicioneras").

En el discurso dirigido al Congreso finalmente reunido el 4 de julio, el presidente justificó abiertamente el haber operado como quien detentaba un poder supremo de violar la constitución en una situación de necesidad. Las medidas que había adoptado —declaró— "fueran o no legales en sentido estricto",

habían estado decididas "bajo la presión de un reclamo popular y de un estado de pública necesidad" en la certeza de que el Congreso la habría ratificado. En la base de esas decisiones estaba la convicción de que inclusive la ley fundamental podía ser violada, si estuviera en juego la existencia misma de la unión y del orden jurídico ("todas las leyes excepto una podrían ser transgredidas, pero ¿el gobierno mismo debería caer en la ruina con tal de no violar aquella ley?") (Rossiter, 1948, p. 229).

Se da por desconrado que, en una situación de guerra, el conflicto entre el presidente y el Congreso es esencialmente teórico: de hecho, el Congreso, si bien era perfectamente consciente de que las competencias constitucionales estaban siendo transgredidas, no podía más que ratificar —como hizo el 6 de agosto de 1861— lo realizado por el presidente. Fortalecido por esta aprobación, el 22 de septiembre de 1862 el presidente proclamó sobre su sola autoridad la emancipación de los esclavos, y dos días después generalizó el estado de excepción en todo el territorio de los Estados Unidos, autorizando el arresto y el proceso frente a cortes marciales de "todo rebelde e insurrecto, de sus cómplices y sostenedores en todo el país y de cualquier persona que desalentare el enrolamiento voluntario, se resistiere a la leva o fuere encontrada culpable de prácticas desleales que pudiesen brindar ayuda a los insurrectos". El presidente de los Estados Unidos era ya quien detentaba la decisión soberana sobre el estado de excepción.

Según los historiadores norteamericanos, el presidente Woodrow Wilson concentró en su persona durante la Primera Guerra Mundial poderes incluso más amplios que aquellos que se había arrogado Abraham Lincoln. Cabe precisar no obstante que, en lugar

de ignorar, como Lincoln, al Congreso, prefirió hacer que éste le delegara de vez en cuando los poderes en cuestión. En este sentido, su praxis de gobierno está mucho más cerca de la que debía prevalecer en esos años en Europa, o de aquella praxis actual que, antes que declarar el estado de excepción, prefiere la emanación de leyes excepcionales. En todo caso, desde 1917 hasta 1918 el Congreso aprobó una serie de *Acts* (desde el *Espionage Act* de junio de 1917 hasta el *Overman Act* de mayo de 1918) que atribúan al presidente el completo control de la administración del país y prohibían no sólo las actividades desleales (como la colaboración con el enemigo y la difusión de noticias falsas), sino que también vetaban el "proferir voluntariamente, imprimir o publicar cualquier discurso desleal, impío, procaz o engañoso".

Desde el momento en que el poder soberano del presidente se fundaba esencialmente sobre la emergencia ligada a un estado de guerra, la metáfora bélica se convirtió en el curso del siglo XX en parte integrante del vocabulario político presidencial cada vez que se trataba de imponer decisiones consideradas de vital importancia. Franklin D. Roosevelt llegó así a asumir en 1933 poderes extraordinarios para afrontar la gran depresión, presentando su acción como la de un comandante durante una campaña militar: "Asumo sin dudas la guía del gran ejército de nuestro pueblo para conducir un ataque disciplinado a nuestros problemas comunes (...). Estoy dispuesto a comandar según mis deberes constitucionales todas las medidas que requiere una nación golpeada en un mundo golpeado (...). En el caso de que el Congreso falle en adoptar las medidas necesarias y si la emergencia nacional continuara, no me sustraeré a la clara exigencia de los deberes a los cuales me enfrento. Pediré al

Congreso el único instrumento que queda para enfrentar la crisis: amplios poderes ejecutivos para emprender una guerra contra la emergencia [*to wage war against the emergency*], tan amplios como los poderes que me serían atribuidos si fuésemos invadidos por un enemigo externo" (Roosevelt, 1938, p. 16).

Conviene no olvidar que —según el paralelismo ya mencionado entre emergencia militar y emergencia económica que caracteriza a la política del siglo XX— el New Deal se realizó desde el punto de vista constitucional a través de la delegación (contenida en una serie de *Statutes* que culminan en el *National Recovery Act* del 16 de junio de 1933) al presidente de un poder ilimitado de reglamentación y de control sobre cada aspecto de la vida económica del país.

El estallido de la Segunda Guerra Mundial extendió estos poderes con la proclamación de una emergencia nacional "limitada" el 8 de septiembre de 1939, que devino ilimitada el 27 de mayo de 1941 después de Pearl Harbor. El 7 de septiembre de 1941, pidiendo al Congreso la derogación de una ley en materia económica, el presidente Roosevelt renovó su pretensión de poderes soberanos ante la emergencia: "En el caso de que el Congreso no actúe, o no actúe adecuadamente, asumiré yo mismo la responsabilidad de la acción (...). El pueblo norteamericano puede estar seguro de que no dudaré en usar cada uno de los poderes con los que he sido investido para vencer a nuestros enemigos en toda parte del mundo en la cual nuestra seguridad lo requiera" (Rossiter, 1948, p. 269). La más espectacular violación de los derechos civiles (y tanto más grave, porque estaba motivada únicamente por motivos raciales) se verificó el 19 de febrero de 1942 con la deportación de 70.000 ciudadanos norteamericanos de origen japonés que vivían en la costa occidental

(junto a 40.000 ciudadanos japoneses que allí vivían y trabajaban).

Es en la perspectiva de esta reivindicación de los poderes soberanos del presidente en una situación de emergencia como debemos considerar la decisión del presidente George Bush de referirse constantemente a sí mismo, después del 11 de septiembre de 2001, como el *Commander in chief of the army*. Si, como hemos visto, la asunción de este título implica una referencia inmediata al estado de excepción, Bush está buscando producir una situación en la cual la emergencia devenga la regla y la distinción misma entre paz y guerra (y entre guerra externa y guerra civil mundial) resulte imposible.

1.8 A la diversidad de las tradiciones jurídicas corresponde, en la doctrina, la división entre aquellos que buscan incluir el estado de excepción en el ámbito del ordenamiento jurídico y aquellos que lo consideran externo a éste, es decir, como un fenómeno esencialmente político o, en todo caso, extrajurídico. Entre los primeros, algunos, como Santi Romano, Hauriou, Mortati, conciben el estado de excepción como parte integrante del derecho positivo, porque la necesidad que lo funda actúa como fuente autónoma del derecho; otros, como Hoerni, Ranelletti, Rossiter, lo entienden como un derecho subjetivo (natural o constitucional) del Estado a la propia conservación. Los segundos —Biscaretti, Balladore-Pallieri, Carré de Malberg— consideran en cambio el estado de excepción y la necesidad que lo funda como elementos de hecho sustancialmente extrajurídicos, aun si pueden, eventualmente, tener consecuencias en el ámbito

del derecho. Julius Hatschek ha resumido las diversas posiciones en la contraposición entre una *objektive Notstandstheorie*, según la cual cada acto realizado en estado de necesidad por fuera o en contraste con la ley es contrario al derecho y, como tal, jurídicamente imputable, y una *subjektive Notstandstheorie*, según la cual el poder excepcional se funda “sobre un derecho constitucional o preconstitucional (natural)” del Estado (Hatschek, 1923, pp. 158 y ss.), respecto del cual la buena fe es suficiente para garantizar la inmunidad.

La simple oposición topográfica (dentro/ fuera) implícita en estas teorías parece insuficiente para dar razón al fenómeno que debería explicar. Si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomía estar inscripta en el orden jurídico? Y si el estado de excepción es, en cambio, solamente una situación de facto, y como tal extraña o contraria a la ley, ¿cómo es posible que el ordenamiento contenga una laguna precisamente en lo que concierne a la situación decisiva? ¿Y cuál es el sentido de esta laguna?

En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomía que ella instaaura no está (o al menos pretende no estar) totalmente escindida del orden jurídico. De aquí el interés de aquellas teorías que, como la de Schmitt, complican la oposición topográfica en una más compleja relación topológica, en donde está en cuestión el límite

mismo del ordenamiento jurídico. En todo caso, la comprensión del problema del estado de excepción presupone una correcta determinación de su localización (o ilocalización). Como veremos, el conflicto sobre el estado de excepción se presenta esencialmente como una disputa sobre el *locus* que le compete.

1.9 Una opinión recurrente ubica en el fundamento del estado de excepción el concepto de necesidad. Un adagio latino tenazmente repetido —está todavía por escribirse una historia de la función estratégica de los *adagia* en la literatura jurídica—, *necessitas legem non habet*, “la necesidad no tiene ley”, suele ser entendido en sus dos sentidos opuestos: “la necesidad no reconoce ley alguna” y “la necesidad crea su propia ley” (*nécessité fait loi*). En ambos casos, la teoría del estado de excepción se disuelve integralmente en la teoría del *status necessitatis*, de modo que el juicio sobre la subsistencia de éste agota el problema de la legitimidad de aquél. Un estudio acerca de la estructura y del significado del estado de excepción presupone, de hecho, un análisis del concepto jurídico de necesidad.

El principio según el cual *necessitas legem non habet* ha encontrado su formulación en el *Decretum* de Graciano, donde aparece dos veces: una primera vez en la glosa, y una segunda en el texto. La glosa (que se refiere a un pasaje en el cual Graciano se limita genéricamente a afirmar que “muchas cosas por necesidad o por cualquier otra causa son cumplidas contra la regla”, *pars I, dist. 48*) parece atribuir a la necesidad el poder de volver lícito lo ilícito (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem*

non habet). Pero en qué sentido debe entenderse esto se comprende mejor en el siguiente texto de Graciano (*pars III, dist. I, cap. II*), referido a la celebración de la misa. Después de precisar que el sacrificio debe ser ofrecido sobre un altar o sobre un lugar consagrado, añade: “Es preferible no cantar ni escuchar la misa a celebrarla en los lugares donde no debe celebrársela; a menos que esto sea así por una necesidad suprema, porque la necesidad no tiene ley” (*nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet*). Más que volver lícito lo ilícito, la necesidad actúa aquí como justificación de una transgresión en un caso singular y específico a través de una excepción.

Esto es evidente en el modo en el cual Santo Tomás despliega y complementa este principio en la *Summa theologiae*, precisamente en relación al poder del príncipe de dispensar la ley: (*Prima secunda, q. 96, art. 6: utrum ei qui subditur legi, liceat praeter verba legis agere*): “Si la observancia de la ley según las palabras no implica un peligro inmediato, al cual sea necesario poner rápido remedio, no está en el poder de un hombre cualquiera interpretar qué cosa es útil o nociva para la ciudad; esto es competencia exclusiva del príncipe, que en un caso así tiene la autoridad de dispensar la ley. Si se trata, sin embargo, de un peligro imprevisto, con respecto al cual no existe tiempo de recurrir a un superior, la misma necesidad lleva consigo una dispensa, en tanto la necesidad no se somete a la ley [*ipsa necessitas dispensationem habet annexam, quia necessitas non subditur legi*]”.

La teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*), en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley. La necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido propio, la ley; se

limita a sustraer un caso singular a la aplicación literal de la norma: "Aquel que en el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no emite juicio desde la ley, sino desde el caso singular en el cual ve que las palabras de la ley no deben ser observadas [*non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*]". El fundamento último de la excepción no es aquí la necesidad, sino el principio según el cual "toda ley está ordenada para la salvación común de los hombres, y sólo por esto tiene fuerza y razón de ley [*vim et rationem legis*]; si no sirve a este fin, no tiene eficacia obligatoria [*virtutem obligandi non habet*]". En el caso de necesidad, la *vis obligandi* de la ley decae, porque el fin de la *salus hominum* resulta faltar. Es evidente que no se trata aquí de un *status*, de una situación del orden jurídico en tanto tal (el estado de excepción o de necesidad), sino siempre de un caso único, en el cual *vis* y *ratio* de la ley no encuentran aplicación.

✧ Un caso de desaplicación de la ley *ex dispensatione misericordiae* se encuentra en Graciano en un pasaje singular en el cual se afirma que la Iglesia puede omitir la sanción de una transgresión en caso de que el hecho transgresivo haya ya ocurrido (*pro eventu rei*: por ejemplo, en el caso de que una persona que no podía acceder al episcopado haya sido ya de hecho consagrada obispo). Aquí, paradójicamente, la ley no se aplica porque el acto transgresor ha sido en efecto ya cumplido y su sanción implicaría consecuencias negativas para la Iglesia. Analizando este texto, Anton Schütz ha observado con razón que "en conditionnant la validité par la facticité, en cherchant le contact avec un réel extrajuridique, il [Gratien] empêche le droit de ne se référer qu'au droit, et prévient ainsi la clôture du système juridique" (Schütz, 1995, p. 120).

La excepción medieval representa en este sentido una apertura del sistema jurídico a un hecho externo, una suerte de *fictio legis* según la cual, ante el caso específico, se hace como si la elección del obispo hubiese sido legítima. El estado de excepción moderno es, en cambio, un intento de incluir la propia excepción en el orden jurídico, creando una zona de indistinción en la cual coinciden hecho y derecho.

✧ Una crítica implícita al estado de excepción se encuentra en *De Monarchia*, de Dante. Intentando probar que Roma obtiene el dominio sobre el mundo no a través de la violencia, sino *iure*, Dante afirma de hecho que es imposible obtener el fin del derecho (esto es, el bien común) sin el derecho y que, por lo tanto, "todo aquel que se propone alcanzar el fin del derecho, debe proceder con el derecho [*quicumque finem iuris intendit cum iure graditur*]" (II, 5, 22). La idea de que una suspensión del derecho pueda ser necesaria al bien común es extraña al mundo medieval.

1.10 Es recién con los modernos que el estado de necesidad tiende a ser incluido en el orden jurídico y a presentarse como un verdadero y propio "estado" de la ley. El principio según el cual la necesidad define una situación singular en la que la ley pierde su *vis obligandi* (éste es el sentido del adagio *necessitas legem non habet*) se revierte en aquél según el cual la necesidad constituye, por así decir, el fundamento último y la surgente misma de la ley. Esto es verdadero no sólo para aquellos autores que se proponían justificar de este modo los intereses nacionales de un Estado contra otro (como en la fórmula *Non kennt kein Gebot*

usada por el canciller prusiano Bethmann-Hollweg y retomada en el libro homónimo de Josef Kohler [1915]), sino también por aquellos juristas, desde Jellinek hasta Duguit, que ven en la necesidad el fundamento de la validez de los decretos con fuerza de ley emanados por el ejecutivo en el estado de excepción.

Es interesante analizar desde esta perspectiva la posición extrema de Santi Romano, un jurista que ha ejercido una notable influencia sobre el pensamiento jurídico europeo de entreguerras, y que concibe la necesidad no solamente como no extraña al ordenamiento jurídico, sino como fuente primera y originaria de la ley. Romano comienza distinguiendo entre aquellos que ven en la necesidad un hecho jurídico o, inclusive, un derecho subjetivo del Estado que, como tal, se funda en último análisis en la legislación vigente y en los principios generales del derecho, y aquellos que piensan que es un mero hecho y que, por lo tanto, los poderes excepcionales que sobre ella se fundan no tienen base alguna en el sistema legislativo. Ambas posiciones, que coinciden en identificar el derecho con la ley, están, según Romano, erradas en la medida en que desconocen la existencia de una verdadera y propia fuente del derecho más allá de la legislación. "La necesidad de la cual nos ocupamos debe concebirse como una condición de cosas que, al menos en regla y de un modo completo y prácticamente eficaz, no puede ser disciplinada por normas precedentemente establecidas. Pero si ella no tiene ley, hace la ley, como dice otra expresión usual; lo cual significa que constituye por sí misma una verdadera y propia fuente de derecho [...]. La necesidad se puede decir que es la fuente primera y originaria de todo el derecho, de modo que a su respecto las otras deben considerarse en cierto

modo derivadas [...]. Y en la necesidad debe rastrearse el origen y la legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir el Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando éste es instaurado como un procedimiento de facto, por ejemplo por la vía de una revolución. Y aquello que se verifica en el momento inicial de un determinado régimen puede incluso repetirse, si bien de modo excepcional y con características más atenuadas, aunque éste haya ya formado y regulado sus instituciones fundamentales" (Romano, 1909; ed. 1990, p. 362).

El estado de excepción, en cuanto figura de la necesidad, se presenta así —junto con la revolución y la instauración de facto de un ordenamiento constitucional— como una disposición "ilegal" pero perfectamente "jurídica y constitucional", que se concreta en la producción de nuevas normas (o de un nuevo orden jurídico): "La fórmula [...] según la cual el estado de sitio sería, en el derecho italiano, una disposición contraria a la ley, digamos bien ilegal, pero al mismo tiempo conforme al derecho positivo no escrito, y por eso jurídica y constitucional, parecería ser la fórmula más exacta y conveniente. Que la necesidad pueda vencer la ley deriva de su propia naturaleza, y de su carácter originario, ya sea desde el punto de vista lógico como histórico. Ciertamente la ley ha devenido ya la manifestación más culminante y general de la norma jurídica, pero se exagera cuando se quiere extender su dominio más allá del campo que le es propio. Hay normas que no pueden escribirse o no es oportuno que sean escritas; hay otras que no pueden determinarse sino cuando se verifica la eventualidad en la cual deben servir" (*ibid.* p. 364).

El gesto de Antígona, que oponía al derecho escrito los *ágrapha nómina*, es aquí invertido y se lo hace valer en defensa

del orden constituido. Pero en el año 1944, cuando en su país estaba ya en curso una guerra civil, el viejo jurista (que antes se había ocupado de la instauración de facto de ordenamientos constitucionales) vuelve a pensar el problema de la necesidad, esta vez en relación con la revolución. Si la revolución es ciertamente un estado de facto, que "no puede ser regulado en su procedimiento por aquellos poderes estatales que ella tiende a subvertir y a destruir", y es, en este sentido, por definición, "antijurídico, inclusive cuando es justo" (Romano, 1983, p. 222), ella puede sin embargo aparecer como tal sólo "en relación al derecho positivo del Estado contra el cual se alza, pero esto no quita que, desde el punto de vista bien diferente desde el cual ella se califica a sí misma, es un movimiento ordenado y regulado por su propio derecho. Lo que también quiere decir que es un ordenamiento que debe clasificarse en la categoría de los ordenamientos jurídicos originarios, en el sentido ya mencionado que se atribuye a esta expresión. En tal sentido, y limitadamente a la esfera que se ha indicado, se puede por lo tanto hablar de un derecho a la revolución. Un examen de los desarrollos que han tenido las revoluciones más importantes, comprendidas las recientes y recientes, sería de gran interés para la demostración de la tesis que hemos propuesto y que a primera vista podría parecer paradójica: la revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada" (*ibid.* p. 224).

El *status necessitatis* se presenta así, tanto en la forma del estado de excepción como en la de la revolución, como una zona ambigua e incierta en la cual los procedimientos de facto, en sí mismos extra o antijurídicos, pasan a ser derecho, y las normas jurídicas se indeterminan en mero facto; un umbral,

por lo tanto, en el cual hecho y derecho se vuelven indecibles. Si se ha dicho con eficacia que, en el estado de excepción, el hecho se convierte en derecho ("la urgencia es un estado de facto, pero aquí se presenta la cuestión: *e facto oritur ius*" [Arangio-Ruiz, 1913; ed. 1972, p. 582]), también es verdad lo contrario, y por lo tanto, que actúa en él un movimiento inverso, por el que el derecho es suspendido y obliterado en hecho. Lo esencial es, en todo caso, la producción de un umbral de indecibilidad en el cual *ius* y *factum* se confunden el uno con el otro.

De aquí las aporías por las cuales cualquier intento de definir la necesidad no termina de alcanzar su objetivo. Si la disposición de necesidad es ya norma jurídica y no simple hecho, ¿por qué debe ser ratificada y aprobada a través de la ley, como Santi Romano (y la mayoría de los autores con él) considera indispensable? Si es ya derecho, ¿por qué caduca si no es aprobada por los órganos legislativos? Y si en cambio no es tal, sino simple hecho, ¿cómo puede ser que los efectos jurídicos de la ratificación corran no desde el momento de la conversión en ley sino *ex tunc* (Duguit hace notar con razón que la retroactividad es una ficción y que la ratificación puede producir sus efectos sólo desde el momento en que adviene [Duguit, 1930, p. 754])?

Pero la aporía extrema, donde naufraga en última instancia toda la teoría del estado de necesidad, concierne a la naturaleza misma de la necesidad, que los autores continúan pensando más o menos inconscientemente como una situación objetiva. Contra esta concesión ingenua, que presupone una pura factualidad que ella misma ha puesto en cuestión, cabe rever las críticas de aquellos juristas que muestran cómo la necesidad, lejos de presentarse como un dato objetivo, implica con toda evidencia un

juicio subjetivo; y que obviamente sólo son necesarias y excepcionales aquellas circunstancias que son declaradas como tales. "El de necesidad es un concepto totalmente subjetivo, relativo al objetivo que se quiere alcanzar. Podrá decirse que la necesidad dicta la emanación de una determinada norma, porque de otro modo el orden jurídico existente se ve amenazado; pero para decir esto es preciso acordar en que el orden existente debe ser conservado. Podrá de un modo revolucionario proclamarse la necesidad de una norma nueva que anule instituciones vigentes contrarias a las nuevas exigencias; pero es preciso estar de acuerdo en que el orden vigente va a ser perturbado en vistas a nuevas exigencias. En un caso y en el otro [...] el recurso a la necesidad implica una valoración moral o política (o, como sea, extrajurídica) por la cual se juzga el orden jurídico y se lo considera digno de conservación o de potenciamiento aun al precio de su eventual violación. El principio de la necesidad es, por lo tanto, siempre, en todos los casos, un principio revolucionario" (Balladore-Pallieri, 1970, p. 168).

El intento de resolver el estado de excepción en el estado de necesidad se encuentra de este modo con tantas y aun más graves aporías que las que presentaba el fenómeno que habría debido explicar. No sólo la necesidad se reduce en última instancia a una decisión, sino que aquello sobre lo cual ella decide es, en verdad, un indecible de hecho y de derecho.

✕ Con toda probabilidad, Schmitt, que se refiere otras veces a Santi Romano en sus propios escritos, conocía su intento de fundar el estado de excepción en la necesidad como fuente originaria del derecho. Su teoría de la soberanía como decisión sobre la excepción otorga al *Notstand* un rango verdaderamen-

te fundamental, sin duda comparable con aquel que le otorgaba Romano, que hacía de ella la figura originaria del orden jurídico. Schmitt comparte también con Romano la idea de que el derecho no se agota en la ley (no es casual que cite a Romano precisamente en el contexto de su crítica al *Rechtsstaat* liberal); pero mientras el jurista italiano identifica sin residuos Estado y derecho y niega, por ende, toda relevancia jurídica al concepto de poder constituyente, Schmitt ve en el estado de excepción precisamente el movimiento por el cual Estado y derecho muestran su irreductible diferencia (en el estado de excepción, "el Estado continúa existiendo, mientras que el derecho pasa a un segundo término", Schmitt, 1922, p. 39 [trad. cast. p. 27]) y puede así fundar en el *pouvoir constituant* la figura extrema del estado de excepción: la dictadura soberana.

1.11 Según algunos autores, en el estado de necesidad "el juez elabora un derecho positivo de crisis, así como en tiempos normales, colma las lagunas del derecho" (Mathiot, 1956, p. 424). De este modo, el problema del estado de excepción es puesto en relación con un problema de particular interés en la teoría jurídica, el de las lagunas en el derecho. Al menos a partir del artículo 4 del Código Napoleónico ("El juez que rechace juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido en tanto culpable de negación de justicia"), en la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos el juez tiene la obligación de pronunciar el juicio incluso en presencia de una laguna de la ley. En analogía con el principio según el cual la ley puede tener lagunas, pero el derecho no las

admite, el estado de necesidad es así interpretado como una laguna del derecho público a la cual el poder ejecutivo tiene la obligación de poner remedio. Un principio que corresponde al poder judicial es extendido de este modo al poder ejecutivo.

¿Pero en qué consiste, mirándolo bien, la laguna que está en cuestión aquí? ¿Existe realmente algo así como una laguna en sentido propio? La laguna no concierne aquí a una carencia en el texto legislativo, que debe ser completada por el juez; concierne sobre todo a una *suspensión* del ordenamiento vigente para garantizar su existencia. Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación normal. La laguna no es interna a la ley, sino que tiene que ver con su relación con la realidad, la posibilidad misma de su aplicación. Es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa entre la posición de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, puede ser colmada solamente a través del estado de excepción, esto es, creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor.