

# CONSTITUCIONALISMO DE LOS ANTIGUOS Y DE LOS MODERNOS. CONSTITUCIÓN Y “ESTADO DE EXCEPCIÓN”\*

## ANCIENT AND MODERN CONSTITUTIONALISM. CONSTITUTION AND “STATE OF EMERGENCY”

MASSIMO LA TORRE

*Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro*

Fecha de recepción: 09-02-10

Fecha de aceptación: 19-08-10

**Resumen:** *La Constitución de los Antiguos puede considerarse básicamente una situación institucional en la cual a un centro de poder soberano que tiene su propia ontología y dinámica, y en cierta medida su propia justificación, se acompaña un cuerpo de reglas dirigidas a limitar, a controlar y a racionalizar las actuaciones de aquel poder soberano. Éste preexiste a la constitución, y es además su garante fáctico. El constitucionalismo de los Modernos hace que el contraste tradicional entre constitucionalismo y democracia resulte en gran medida obsoleto ya que la comunidad política y con ella el Estado y el Derecho son el producto de una acción de los ciudadanos. El constitucionalismo es el proceso de tal iniciativa “desde abajo”. En este artículo se distinguen estas dos visiones del constitucionalismo y su posición respecto al estado de excepción.*

**Abstract:** *Ancient constitution could be considered basically an institutional situation where a center of sovereign power, with its own ontology and dynamics, and in certain extent its own justification, is enclosed in a body of rules addressed to limiting, controlling and rationalizing the actions of that sovereign power.*

---

\* Este artículo es una versión revisada y desarrollada de mi ponencia a las Jornadas internacionales sobre “Nuevas perspectivas del Estado Constitucional” (Universidad de Sevilla, 9-10 enero 2009). Además es un primer resultado de mi estancia en la Universidad Carlos III como titular de una “Cátedra de excelencia” para el año académico 2008-2009. Hacia los colegas del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad madrileña tengo una deuda de gratitud difícilmente cancelable.



*This one pre-exists to the constitution and it is also its factual guarantor. Modern constitutionalism makes the traditional contrast between constitutionalism and democracy obsolete to a great extent because the political community and with that also the State and the Law are the output of citizens' participation. Constitutionalism is the process of that initiative "from the bottom". This is the view defended by neoconstitutionalism. This article antlines and discusses that stance in relation to the state of emergency.*

**Palabras clave:** Constitución, democracia, neoconstitucionalismo, estado de excepción

**Keywords:** Constitution, democracy, neoconstitutionalism, state of emergency

## 1. CONSTITUCIÓN DE LOS ANTIGUOS Y DE LOS MODERNOS

En primer lugar merece ser subrayado que esta contraposición, la que existe entre una constitución de los Antiguos y de los Modernos, no es puramente de carácter histórico o diacrónico. Más que cronológica ésta quiere ser ideal-típica, ya que el contraste y la dialéctica entre las dos formas se pueden dar y se dan también sincrónicamente y son un hecho de la actualidad. Sin embargo, una de las dos formas se puede definir "moderna", porque es parte y producto de lo que es y representa la modernidad, y más específicamente de la modernidad del Derecho.

Constitución de los Antiguos puede considerarse básicamente una situación institucional en la cual a un centro de poder soberano que tiene su propia ontología y dinámica, y en cierta medida su propia justificación, se acompaña un cuerpo de reglas dirigidas a limitar, a controlar y a racionalizar las actuaciones de aquel poder soberano. Éste preexiste a la constitución, y es además su garante fáctico.

Por otro lado, la constitución le ofrece a aquel poder plena legitimidad frente a la sociedad en su conjunto. En cierta medida el modelo de referencia aquí es aquel de la tradición bíblica de la "alianza" entre un poder todopoderoso y otro centro de relaciones, el pueblo, que reconoce formalmente aquel poder bajo la condición de que dicho poder se someta a unos controles o por lo menos a unas promesas, y acepte ser previsible y racional en sus actuaciones según una tabla de reglas que asume así un valor fundador de la sociedad en su conjunto. Esta tabla de normas frente a un poder que decide someterse a ella es lo que llamo constitucionalismo de los Antiguos.

Este modelo se halla muy presente en el constitucionalismo premoderno, especialmente en el constitucionalismo medieval, el cual, como es cono-



cido, se expresa en la dialéctica entre *iurisdictio* y *gubernaculum*. La *iurisdictio* es el ámbito de las relaciones entre individuos, allí donde el soberano promete abstenerse de entrar e intervenir, mientras el *gubernaculum* representa el área de las prerrogativas soberanas que no tienen que ser justificadas y limitadas, y donde incluso se pueden hacer valer los *arcana imperii*, y la *ratio regni* prevalece sobre cualquier otra consideración y argumentación<sup>1</sup>. La constitución de los “Antiguos” registra esta distinción y separación de áreas, y al mismo tiempo las hace compatibles y coherentes. Es verdad que el soberano medieval no es todavía concebido en los términos del monarca absoluto; pero es cierto que tiene una ontología política originaria y que cualquiera dinámica convencionalista o contractual le ve como un actor independiente.

Ahora bien, este modelo no es temporalmente o cronológicamente delimitado y circunscrito al espacio del constitucionalismo medieval o premoderno. Se reproduce también en la modernidad jurídica, allí donde se supone sobre todo que el Estado, como estructura política, tiene una ontología propia que la constitución no llega a tocar o a alterar. Este modelo estatalista es propio fundamentalmente de la dogmática europea continental del Derecho público<sup>2</sup>. El constitucionalismo, la vigencia de la constitución, no altera aquí los rasgos del Estado de Derecho tal y como los presenta por ejemplo la doctrina alemana del siglo XIX. La idea central es que primero hay el Estado, una estructura organizada del monopolio de la violencia y de la fuerza social, reflejo a menudo de una entidad más profunda, la *nación*, y que luego, en segundo lugar, con el Derecho logramos que esta estructura prometa respetar su organización misma y ciertos límites que de tal organización básicamente derivan. La constitución hace explícito el movimiento de autolimitación del Estado y funciona según el esquema de un horario de trenes. El Estado me dice cómo va a proceder y actuando así produce en sus súbditos unas expectativas, y éstas pueden en algún caso ser incluso título jurídico. Si el horario de trenes me asegura que podré salir de Berlín para Maguncia a las 10.30, esto me da el derecho de presentarme en la estación y de tomar el tren a la hora indicada. Si el tren tuviese que salir con retraso, o no salir, ten-

---

<sup>1</sup> Cfr. Ch. H. McILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, rev. ed., Ithaca, Nueva York, 1966. Mi conceptualización de la distinción entre constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos, aunque inspirándose y en cierta medida apoyándose en la obra de McIlwain, sin embargo no coincide con ella.

<sup>2</sup> Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, Bologna, 1999, pp. 130 ss.



dría derecho a interponer una queja formal y quizás incluso a pedir una compensación por el daño eventualmente sufrido. Es este, dicho de manera un poco superficial, el sistema de la justicia administrativa, que es el verdadero fulcro del *Rechtsstaat* alemán.

En tal forma de Estado, sin embargo, la constitución no actúa como elemento productor del Estado; el Estado preexiste a la constitución, y tiene un rango (por lo menos ontológico) superior a ella. Es ésta –sea dicho de paso– una postura todavía viva en la doctrina jurídica alemana, defendida por ejemplo por iuspublicistas como Joseph Isensee y Winfried Brugger<sup>3</sup>. Para Brugger el contrato constitucional que produce los derechos fundamentales es un acuerdo no entre ciudadanos, sino entre individuos y el Estado<sup>4</sup>, el cual siendo una de las partes del contrato tiene obviamente una justificación y una existencia anterior al acuerdo mismo. Por consiguiente, la naturaleza del Estado resulta aquí en nada condicionada por el contrato constitucional, y sobre todo el Estado, allí donde considere que sea necesario, puede rescindir el contrato mismo sin poner en discusión su estructura fundamental e incluso con el argumento de preservarla.

Pero la gran ambición de la modernidad jurídica es que la comunidad política y con ella el Estado y el Derecho sean el producto de una acción de los ciudadanos. El constitucionalismo es el proceso de tal iniciativa “desde abajo”. Una formulación clásica de esta tesis es la del gran constitucionalista suizo Werner Kägi: “*Die Idee der Verfassung beinhaltet, unverlierbar und unabdingbar, die Bestimmung der Staatsordnung ‘von unten’*”<sup>5</sup>. Además, la acción de los ciudadanos que resulta en la constitución es consciente, creativa, y es ella misma productiva del orden político, es su “inicio”: “*A constitution –dice Louis Elkin, un constitucionalista norteamericano– is that which results from an effort to constitute*”<sup>6</sup>. Ulrich Preuss –constitucionalista alemán– reafirma la

<sup>3</sup> Léase por ejemplo de J. ISENSEE, “*Staat und Verfassung*”, en J. ISENSEE y P. KIRCHHOFF (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 1, Heidelberg, 1987, pp. 591-661. Se trata aquí –como subraya Ulrich K. Preuss– de “*eine theoretische Grundströmung, nach der die Verfassung bestenfalls der unbegreiflichen Kraft des Politischen von aussen Fesseln auferlegen, niemals jedoch seine inhärente Wildheit im Kern bezähmen und umformen könne*” (U. K. PREUSS, *Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik*, en U. K. Preuss (editor), *Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen*, Frankfurt am Main, 1994, p. 10).

<sup>4</sup> Véase W. BRUGGER, *Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter?*, en “*Aus Politik und Zeitgeschichte*”, vol. 36, 2006, 4 septiembre 2006, p. 13.

<sup>5</sup> W. KÄGI, *Die Verfassung als Grundordnung des Staates*, Zürich, 1945, p. 49.

<sup>6</sup> S. L. ELKIN, *Constitutionalism: Old and New*, en S. L. ELKIN y K. E. SOLTAN (editores), *A New Constitutionalism. Designing Political Institutions for a Good Society*, Chicago, 1993, p. 32.

misma idea: “*Eine Verfassung konstituiert ein politisches Gemeinwesen*”<sup>7</sup>. En este sentido el constitucionalismo es una práctica colectiva reflexiva. Aquí la ciudadanía es la otra cara de la soberanía; no hay soberanía sin ciudadanía, y esta última es “autopoiética”, en el sentido que define ella misma sus rasgos y competencias.

La noción de *Kompetenz-Kompetenz* se aplica tanto a la soberanía como a la ciudadanía. (Una ciudadanía que no comprendiese derechos políticos y electorales propios no podría decirse operativa ni conceptualmente identificable<sup>8</sup>). La noción tan popular y ambigua de “poder constituyente” revela en cualquier caso cómo y cuanto la constitución es considerada un momento especial de reformulación de los términos de la vida política. Es justo ese proceso de auto-fundación de la ciudadanía –que reencontramos en la fórmula del “poder constituyente– lo que yo llamo la Constitución de los Modernos.

La afirmación de Niklas Luhmann que mediante la constitución el sistema político resuelve los problemas relacionados a su auto-referencialidad<sup>9</sup> apunta hacia la misma idea. Si a la terminología de Luhmann le quitamos el trasfondo de la teoría de sistemas, lo que nos queda es la consideración que la constitución señala y tiene que ver con la autodefinición y la autoproducción de una comunidad política. Es algo que indica una dinámica activa de convivencia; alguna forma de deliberación colectiva difusa sobre los criterios y los contenidos del orden político.

No es una casualidad o un mero punto de estilo el hecho de que los autores clásicos del Derecho público alemán hablen más de súbditos que de ciudadanos. Para el mismo Hans Kelsen, como es conocido, la figura del ciudadano tiene poco sentido; y siendo él bastante más liberal de Paul Laband o Georg Jellinek no hablará ya tanto de “súbditos”, *Untertanen*, como de “sujetos jurídicos”, *Rechtssubjekte*. Cualquiera que tenga que obedecer o acatar las normas del ordenamiento será un “sujeto jurídico”. Ciudadanía o nacionalidad no relevan a este fin. Hay aquí incluso un tono o una implicación cosmopolita; pero no encontramos ningún rasgo auténticamente democrático. Para Kelsen la constitución es una norma de grado jerárquico superior a

<sup>7</sup> U. K. PREUSS, *op. cit.*, p. 11, cursiva en original.

<sup>8</sup> Cfr. M. LA TORRE, “Ciudadanía y *gubernaculum* en el Tratado sobre la Constitución europea”, *Derechos y libertades*, núm. 16, enero 2007, pp. 41 ss.

<sup>9</sup> Véase N. LUHMANN, “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”, en *Rechtshistorisches Journal*, núm. 9, 1990, pp. 176 ss.

la ley. Esta postura por supuesto representa un progreso respecto al Derecho público alemán tradicional que al contrario equipara ley y constitución. Pero según Kelsen siempre hay tal constitución, su vigencia es analítica, no política. No hay principios y derechos fundamentales, además de las normas de distinto grado jerárquico. Todo esto es muy conocido y no hace falta detenerse aquí sobre la “teoría pura” del jurista vienés.

Sin embargo, las constituciones democráticas de nuestros tiempos, la española, la alemana, la italiana (o lo que queda de esta después de quince años de “berlusconismo”), son cuerpos normativos que incluyen “principios” substantivos y derechos fundamentales exigentes, y se presentan como el momento especial que fundamenta y proyecta el entero sistema estatal. Este nuevo tipo de constitución, que tiene su primer documento en la Constitución del 11 de agosto 1919 de la Republica de Weimar, como subraya Maurizio Fioravanti, “*non intende più [...] limitarsi all’ordinamento dei poteri, e al rinvio alla legge in funzione di garanzia dei diritti, e vuole piuttosto anche, e forse soprattutto, significare l’esistenza di alcuni principi fondamentali generalmente condivisi*”<sup>10</sup>. Si hay “principios” y derechos fundamentales que sirven como fines u objetivos de la actuación de los poderes públicos, estos últimos no tienen una esencia predeterminada anterior a aquellos principios y derechos. Además, la constitución en este caso tiene una fuerza normativa expansiva. Los principios y los derechos condicionan incluso las relaciones entre sujetos privados: es la *Drittwirkung* de la doctrina alemana, que radicaliza la eficacia de las normas constitucionales, haciendo de estas no sólo límites o pautas para los poderes públicos (como es el caso de la constitución según Laband, por ejemplo), sino también reglas para su formación y legitimidad, y no sólo vínculos que conciernen la esfera pública o estatal, sino también directivas fundamentales para la articulación de las relaciones de Derecho privado.

El constitucionalismo de los Modernos hace que el contraste tradicional entre constitucionalismo y democracia resulte en gran medida obsoleto. De hecho, el neo-constitucionalismo puede ser teoría y práctica del gobierno limitado en tanto en cuanto es al mismo tiempo teoría y práctica de un “gobierno absoluto”, en tanto en cuanto el gobierno y el Derecho positivo estén “absolutamente” penetrados por las normas constitucionales y éstas sean validas de manera “absoluta”, en el sentido que mantienen un contenido

<sup>10</sup> M. FIORAVANTI, *Costituzione*, cit., p. 147.



“esencial” inderogable” e imbuyen todas las relaciones jurídicas. La alternativa evocada por autores como Nicola Matteucci o Antonio Negri<sup>11</sup>, aunque desde bandos opuestos, *aut* democracia *aut* constitucionalismo, en este contexto por lo tanto pierde todo su dramatismo.

## 2.. NEO-CONSTITUCIONALISMO Y CONTRACTUALISMO

Permítanme, por favor, repetirme. La diferencia entre constitucionalismo de los Antiguos y de los Modernos es que el primero no llega a reformar o mejor dicho a producir la autoridad política o la soberanía, mientras que el constitucionalismo de los Modernos se da allí donde la constitución forma o crea los poderes públicos. El primer tipo de constitucionalismo es fundamentalmente defensivo, y es parcial, en el sentido que no penetra todo el ámbito de las funciones estatales. El neo-constitucionalismo por el contrario en principio no puede aceptar que algún ámbito del poder público le resulte extraño. Tiene que hacer paso a todas las tareas del Estado e incluso en cierta medida al contexto general de la sociedad. La *Drittwirkung* de los derechos fundamentales en esta perspectiva resulta muy sugerente: para el neo-constitucionalismo –como se ha dicho– los derechos fundamentales son vigentes y eficaces no sólo entre ciudadanos y poder público, sino también entre los ciudadanos en sus relaciones como sujetos de Derecho privado. Como es sabido, en la doctrina alemana se conceptualiza la *Drittwirkung* en general según la teoría del efecto mediato o indirecto a través de cláusulas generales y conceptos jurídicos que se llenarían de contenido a partir de los principios constitucionales.

Para el “constitucionalismo de los Antiguos”, además, los derechos sociales son pura retórica, no tienen relevancia jurídica. Por el contrario, dentro del paradigma neo-constitucionalista los derechos sociales son aquellos que revelan el programa constitucional como proyecto de convivencia y de comunidad. Son el complemento natural de los derechos civiles y políticos. El programa del neo-constitucionalismo así termina por coincidir *grosso modo* con el proyecto del Estado social. Como ha subrayado Klaus Günther, “*the State goes from being an opponent of freedom to its guarantor. This transforms the general experience of freedom, which concretely shapes how it is understood:*

<sup>11</sup> Cfr. A. NEGRI, *Il potere costituente*, II ed., Roma 2002. De Nicola Matteucci véase “Costituzionalismo e positivismo giuridico”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1963.

*from freedom one fights for oneself, protected by the State only at its outer limits by abstract, general, predictable, determinate laws to State-constituted freedoms*"<sup>12</sup>. Es cierto que este proceso y la constelación del Estado social están llenos de ambigüedades y corren el riesgo de favorecer una noción de ciudadanía demasiado centrada en el Estado y sus prácticas paternalistas. Es posible que en este terreno la figura del ciudadano se deslice hacia aquella del "cliente" o del "consumidor".

Hay también versiones de Estado social que resultan de algún tipo de constitucionalismo "antiguo" que no tematiza ni pone en duda la realidad del Estado como centro originario de poder. Sin embargo, las experiencias de las democracias alemana, italiana y española de la segunda mitad del siglo XX asumen que el Estado social tenga que ser estructurado en los términos de un orden constitucional en el cual la libertad positiva juegue un papel especial. Derechos fundamentales y soberanía aquí no se presentan como dos esferas distintas y separadas: los derechos dan legitimidad y forma a la soberanía, y la soberanía se manifiesta en primer lugar como un cuerpo de derechos y valores (como ha subrayado, por ejemplo, Gaetano Silvestri, juez del Tribunal constitucional italiano<sup>13</sup>). En este caso la constitución representa y coincide con el proceso general mediante el cual los ciudadanos hacen política y producen con su acción colectiva una esfera pública. Tal acción colectiva reenvía a algún principio de solidaridad y al correspondiente fundamento material: que es la homogeneidad social a la cual tanta atención le dedicaba Hermann Heller. Aquí los derechos sociales son parte del proceso de integración necesario para producir de manera democrática el orden jurídico.

Derechos civiles, políticos, y sociales son elementos analítica, pero no evolutivamente, distintos de una misma práctica social que es aquella de la ciudadanía moderna. En este sentido la tesis de Marshall según el cual los derechos sociales definen la ciudadanía asume rasgos más plausibles. Una constitución moderna es un proyecto de sociedad y esto implica un criterio de redistribución de la riqueza y de los recursos. Los derechos sociales hacen que con los derechos fundamentales se pueda asumir esta teoría fundamentadora relacionándolos con principios sustantivos de justicia. En este sentido también la exclusión que Hannah Arendt hace de las necesidades

<sup>12</sup> K. GÜNTHER, "World Citizens Between Freedom and Security", *Constellations*, núm. 12, 2005, p. 387.

<sup>13</sup> Véase G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, Torino, 2005.



básicas y de los intereses colectivos de la arena de la política<sup>14</sup> aparece contra-intuitiva y de todas maneras no corresponde a lo que es el Estado constitucional de los “Modernos”. El Estado social al fin y al cabo es posible a través de derechos constitucionales y estos son condición necesaria (aunque no suficiente) de la soberanía.

Ahora bien, se podría objetar que tal constelación, la fuerza constituyente de la constitución con respeto a la soberanía, no es algo peculiar sólo de la experiencia del Estado constitucional “moderno”. Aquella fuerza productiva del orden del proceso constitucional típico de los Estados constitucionales de la segunda mitad del siglo XX podría encontrarse ya al comienzo, en los orígenes de la forma Estado, por lo menos en tanto en cuanto éste y su inicio son conceptualizados mediante doctrinas contractualistas. Por ejemplo, Hobbes y Locke ya presentan el orden político como producto de pactos y acuerdos, de manera que según ellos la soberanía sólo es posible y realizada a través de un acuerdo primigenio con el cual los individuos deciden de hacerse ciudadanos, es decir, de crear un cuerpo político que sea dirigido por un centro soberano. La soberanía aquí no es el hecho primigenio: por el contrario resulta de un poder constituyente. El Estado no coincide con este poder constitutivo, sino que emerge de los esfuerzos que se dan en la situación pre-estatal del “estado de naturaleza” y de la decisión colectiva de producir una situación de convivencia de otro tipo y fundamentalmente nueva. En este sentido –continúa la objeción– de verdad no hay gran diferencia entre constitucionalismo de los “Antiguos” y de los “Modernos”. Detrás de la forma del Estado nacional, desde sus comienzos más remotos, hay un pacto, un contrato, un acuerdo, una producción de nuevo Derecho, en cierta medida incluso desde la nada, ex nihilo.

La primera impresión es que esta objeción está en lo correcto y que una réplica resulte muy difícil. Es evidente que hay una diferencia entre el constitucionalismo medieval y el constitucionalismo que se relaciona al Estado nacional. En el primero el orden constitucional resulta del acuerdo entre dos partes que ya tienen una fuerte dignidad ontológica y una legitimidad independiente. Hay un señor o rey, y hay un cuerpo social, pueblo y barones, y los dos actores suscriben un compromiso por el cual el señor o rey no puede

---

<sup>14</sup> Léase, especialmente, su diferenciación de las distintas actitudes de las revoluciones americana y francesa hacia la cuestión social y su crítica al constitucionalismo y a la práctica política de los revolucionarios franceses, en H. ARENDT, *On Revolution*, Harmondsworth, 1979.



actuar hacia el otro actor sin límites institucionales y sin consentimiento o aviso. El modelo aquí es grosso modo aquel de la “alianza” entre Dios, Nuestro Señor, y Su Pueblo. Nosotros vamos a obedecerTe y honrarTe, pero Tu, Señor, no nos pedirás actuar sino según una regla preestablecida y jamás más allá de ciertos límites. Son estos límites los que definen fundamentalmente la constitución medieval.

Este modelo resulta obsoleto después de la propuesta contractualista de Thomas Hobbes. El Leviatan no es un sujeto con el cual el pueblo intenta establecer un acuerdo o llegar a un compromiso. Leviatan es también el pueblo: lo comprende, lo engloba, de él surge, por él es creado. ¿Pero, donde está aquí la diferencia con lo que he llamado el constitucionalismo de los “Modernos” y que podríamos también etiquetar como “neo-constitucionalismo”? Ahora bien, no deberíamos olvidar que el contrato civil o político de Hobbes no resulta en ningún orden constitucional. El contrato o el acuerdo sí es la fuente o el origen de la comunidad política, pero no se reproduce en ésta. El acuerdo hobbesiano produce un poder, un soberano, que es todopoderoso, absoluto. No conoce límites. Aquí de manera explícita no hay leyes fundamentales, estructuras constitucionales, que el soberano no puede ignorar o violar o suprimir.

Dos momentos muy conocidos son suficientes –creo– para ilustrar el carácter nada constitucional del Leviatan y la desconfianza de su mentor, el gran Hobbes, hacia todo tipo de límites constitucionales a la plena manifestación de la soberanía. “*For a Fundamentall Law in every Commonwealth is that which being taken away, the Common-wealth faileth, and is utterly dissolved; as a building whose Foundation is destroyed. And therefore a Fundamentall Law is that by which Subjects are bound to uphold whatsoever power is given to the Sovereign*”<sup>15</sup>. La ley constitucional suprema según Hobbes es la delegación de poderes al soberano y el compromiso de obediencia a sus órdenes; todo lo demás es superfluo y contingente. Contingentes especialmente son las leyes que el soberano tiene que acatar: “*But to those Lawes which the Sovereign himselfe, that is the Common-wealth maketh, he is not subject*”<sup>16</sup>. De manera que podemos deducir que el acuerdo productivo del Estado no es una ley en sentido propio; es un pacto, pero no es verdadero Derecho. Todo el Derecho está en manos del soberano, sin que en este permanezca un resto del acuerdo.

<sup>15</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, ed. by C. H. Macpherson, Harmondsworth, 1982, p. 354.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 367.

Repugna a la naturaleza de la comunidad política –nos dice Hobbes– “*That he that hath the Sovereign Power, is subject to the Civill Lawes*”<sup>17</sup>.

De la lectura de Hobbes y de su doctrina con respeto al valor que él atribuye al contrato fundacional del orden político y a las leyes fundamentales o civiles que deberían limitar los poderes del soberano podemos así extraer la conclusión de que perspectiva contractualista y modelo constitucionalista no coinciden necesariamente. En cierta medida esta conclusión está confirmada incluso por la obra de John Locke. Según éste –como es el caso de Hobbes– es la producción de una voluntad común la que nos hace posible abandonar el estado de naturaleza y entrar en la condición civil. Es el poder legislativo “*the soul that gives Form, Life, and Unity to the Commonwealth*”<sup>18</sup>. Sin embargo, del poder legislativo podría ser titular el rey junto con otros sujetos, y tal monarca tendría “*the constant, supreme, executive power*”<sup>19</sup>. De manera que el orden constitucional aquí resultaría de una relación contractual entre el poder ejecutivo y otros cuerpos como una asamblea de representantes pro tempore (el parlamento, por ejemplo). En esta constelación una ley constitucional parece algo conceptualmente distinto del acuerdo entre individuos mediante el cual entramos en la condición política y en el espacio de la ciudadanía. La ley constitucional se da por lo tanto dentro de una estructura que precede y predetermina la ley misma y sus contenidos. No es éste el caso del constitucionalismo “fuerte” de los Modernos, donde la constitución y las leyes constitucionales presuponen sólo derechos, principios y valores, pero no órganos y “cuerpos” estatales preexistentes a las normas.

### 3. “ESTADO DE EXCEPCIÓN” Y CONSTITUCIÓN

Allí donde mejor se percibe y se aprecia la diferencia entre constitucionalismo “antiguo” y “moderno” es en su respectivo tratamiento de las situaciones de emergencia pública y del así llamado estado de excepción. Una lectura ideal-típica y reveladora, aunque en cierta medida idiosincrática, del “estado de excepción” es la que nos ofrece el constitucionalista e iusfilósofo Michel Troper<sup>20</sup>. A su juicio éste, el estado de excepción, es una situación en

<sup>17</sup> *Ibid.*

<sup>18</sup> J. LOCKE, *Two Treatises on Government*, ed. by P. Laslett, Cambridge, 1990, p. 407.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>20</sup> Véase M. TROPER, “L’état d’exception n’a rien d’exceptionnel”, en S. THÉDOROU (editor), *L’exception dans tous ses états*, Marseille, 2007.

la cual, invocando la existencia de circunstancias excepcionales especialmente dramáticas y la necesidad y la urgencia de enfrentarse y reaccionar a éstas –una catástrofe natural, una guerra, atentados terroristas, una epidemia, etc.– se suspende la aplicación de reglas que rigen normalmente el funcionamiento de los poderes públicos.

Sin embargo, el iusfilósofo francés llega a una primera conclusión que convencionaliza de manera radical la definición y la vigencia del estado de excepción, ya que afirma que éste no puede ser definido independientemente de las reglas que se les apliquen, las cuales por lo tanto son constitutivas del mismo estado de excepción. Esta consideración tiene un fondo de verdad que hay que tematizar: la ruptura de la normalidad fáctica de una sociedad, una catástrofe natural, un terremoto por ejemplo, se puede ver tremendamente radicalizada por la aplicación de cierta normativa de excepción. Entre la situación de excepción y la normativa de excepción, es decir la ruptura de la legalidad constitucional normal, no hay correspondencia necesaria. Y la ruptura de la constitución y del Estado de Derecho es la sanción, en cierta medida la declaración del estado de excepción mismo, o mejor dicho un acto con eficacia constitutiva con respeto a eso.

Sin embargo, la consideración ya subrayada lleva a Troper a una conclusión más extrema: que el estado de excepción no tiene nada de excepcional. Esto es así, ya que –aunque en la constitución formal no haya ninguna norma que regule y trate de la situación de emergencia – en todo sistema hay autoridades que poseen la competencia de adscribir a cierto hecho cualquier significado prescriptivo que esté al alcance (sólo) de la autoridad competente. En vista de la plasticidad de las normas y del ordenamiento siempre habrá poderes que allí donde lo reputen necesario invoquen una norma o un principio que les permita la aplicación de una normativa de excepción. Todo estado de excepción – en esta perspectiva – tiene tras de sí una regla constitucional implícita, ya que en todo orden constitucional hay órganos que pueden atribuirse un poder supremo de interpretación de las reglas. La normalidad de la posibilidad de la excepcionalidad en esta perspectiva se fundamenta además en una específica teoría de la interpretación jurídica según la cual el acto interpretativo sería un acto de decisión y de discrecionalidad no ulteriormente controlable. El sentido de un enunciado normativo sería aquel que le atribuye quien lo aplica. Así que la conclusión aquí es que quien puede aplicar e implementar el estado de excepción tiene al mismo tiempo el derecho de declararlo, y en cualquier orden constitucional hay un



nivel de competencias o poderes que se encuentra en dicha situación. La conclusión última es la siguiente: el estado de excepción no tiene nada de excepcional.

De manera inesperada, con esta argumentación nos acercamos a resultados parecidos a los que representan el punto de llegada de perspectivas y metodologías bien distintas: el institucionalismo de Santi Romano y el decisionismo de Carl Schmitt. Según éste último, como es conocido, el Derecho tiene en su corazón mismo la situación del poder absoluto sobre la norma. Como decía otro iuspublicista, Hermann Heller, extremizando la postura de Schmitt, soberano es aquel que puede violar la ley, o actuar *contra legem*, sin ser ilegal<sup>21</sup>. Y en tiempos mucho más recientes dos profesores británicos, que reivindican la singularidad de la experiencia del Derecho público, nos proponen una *Weltanschauung* neoschmittiana, cuando nos dicen que la norma jurídica está siempre pendiente de la situación de excepción: “*The legal norm remains subject to the political exception, which is an expression of the constituent power of a people to make, and therefore also to break, the constitutional authority of the state*”<sup>22</sup>. El que puede hacer puede también deshacer la regla. El “estado de excepción” sería así la referencia última y más verdadera de la normalidad legal y constitucional.

Respecto al “estado de excepción” en la doctrina jurídica nos encontramos en efecto tres distintas posturas. (a) La primera es aquella según la cual el estado de excepción sería una excepción a la “regla” (*extra ordinem*). En este caso se sale de la regla para salvar a la regla misma, se viola el orden para así mismo reestablecerlo. (b) Para la segunda postura el estado de excepción está dentro de la regla, pero no en el sentido de que el estado de excepción tendría que darse según alguna regla y siempre sin salir de ella, sino que ésta (la regla) tiene sus fundamentos en la posibilidad de su violación. Como escribe Georg Jellinek en su *opus magnum*, la *Allgemeine Staatslehre*, el soberano legítimo es tal si puede actuar como “usurpador” o si deriva su autoridad de la “usurpación” – lo que había sido anticipado por Joseph de Maistre con su fórmula de la soberanía como “*usurpation légitime*”<sup>23</sup>. O bien –recordando una

---

<sup>21</sup> Véase el capítulo quinto (sección A) de H. HELLER, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin, 1927.

<sup>22</sup> M. LOUGHLIN & N. WALKER, “Introduction”, en M. LOUGHLIN & N. WALKER (editores), *The Paradox of Constitutionalism, Constituent Power and Constitutional Form*, Oxford, 2007, p. 2.

<sup>23</sup> J. DE MAISTRE, “Essai sur le principe générateur des constitution politiques”, en Id., *Considérations sur la France suivi de Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*, Paris, 2006, p. 207.

frase famosa y muy citada de Carl Schmitt- soberano es aquel que puede decidir sobre el estado de excepción; y Walter Benjamin, el gran escritor alemán, dice algo muy parecido cuando afirma que la violencia es un medio sea de protección o garantía sea de producción o creación del Derecho.

Jacques Derrida continúa esta línea de pensamiento, al subrayar la contradicción interna a la idea de “fuerza de ley”, que es ley sólo fuera de sí misma, ya que la ley se aplica desaplicándose<sup>24</sup>. Y el filósofo italiano Giorgio Agamben repite más o menos lo mismo, pues sostiene que el Derecho se fundamenta sobre una serie de paradojas irresolubles: (i) que el estado de excepción es la situación en la cual la excepción se hace regla; (ii) que el estado de excepción es una suspensión del Derecho por el Derecho. Lo que le induce a llegar a la conclusión que la razón del Derecho es su violación, o, dicho de otra manera, que el fundamento del límite jurídico, del vínculo normativo, o del deber, es la ilimitación, la falta de vínculos, la decisión con mayúscula. “*L’elemento normativo –escribe– ha bisogno di quello anomico per potersi applicare*”<sup>25</sup>. Por supuesto, a una parecida perspectiva se le abre la tierra bajo los pies, y es el abismo nihilista.

(c) La tercera postura es aquella según la cual el estado de excepción está dentro de la regla: es decir, aquí, no está en su fondo, en su “corazón de tinieblas”, sino que no hay emergencia que no pueda ser tratada *intra ordinem*, dentro de los parámetros normativos del sistema positivo vigente. En esta perspectiva se podría incluso decir –como lo hacía Troper– que *no hay nunca estado de excepción*. Pero se diría en un sentido opuesto al de la propuesta del profesor francés, ya que para él aquella frase quiere decir que todo el Derecho es “estado de excepción”, que la ruptura normativa es su razón de ser, mientras que esta tercera postura dice justo lo contrario: que todo el Derecho es negación del “estado de excepción”, y que éste de todas maneras podría darse sólo dentro del Derecho.

Ahora bien, ¿cómo se conducen el constitucionalismo de los Antiguos y él de los Modernos frente a la emergencia y al “estado de excepción”? Para el constitucionalismo de los Antiguos me parece que básicamente hay sólo dos opciones: (i) la del “estado de excepción” que se pone radicalmente e irremediabilmente *extra ordinem*, y que sin embargo así expresa el núcleo duro de la soberanía o, en otra terminología, de la estatalidad. De manera

<sup>24</sup> Léase J. DERRIDA, *Force de loi. Le fondement mystique de l’autorité*, Paris, 1994.

<sup>25</sup> G. AGAMBEN, *Stato d’eccezione*, Torino, 2004, p. 109.

que en este caso nunca tendríamos nuevo Derecho, pero sí una situación excusada y concebible desde el punto de vista de la legalidad vigente. La situación “extra ordinem” se tratará por el Derecho *ex post factum*, aplicándole alguna causa de justificación, probablemente la del “estado de necesidad”. Es ésta por ejemplo la postura de un constitucionalista siciliano, Ettore Lombardo Pellegrino. A él se enfrenta otro siciliano, el más famoso Santi Romano, en su discusión del régimen jurídico del terremoto de Messina de 1908. Para Lombardo Pellegrino las violaciones de la legalidad no se transforman nunca en actos (legales) de soberanía; sólo se pueden sanar con las justificaciones ofrecidas por el sistema jurídico normal.

(ii) La otra opción para el constitucionalismo “antiguo” es la del estado de excepción que se manifiesta *dentro de la regla*, en el sentido que le ofrece su “ultima ratio”, su legitimidad y validez en ultima instancia. Las palabras de Santi Romano en su importante escrito sobre el terremoto de Messina son al respecto muy sugerentes: “*Il diritto scritto non può mai escludere il diritto non scritto, e di questo specialmente quella parte che è data dalla necessità e che possiede in grado tanto più rilevante quell’innata vis, che da taluni si riconosce anche nella consuetudine. Perché essa rimanga nel campo del diritto positivo basta soltanto che si manifesti [...] nel senso di una forza che difende e protegge l’ordinamento vigente e si traduca in comandi dello Stato*”<sup>26</sup>. En la formulación de Romano es cómo si hubiese un Derecho natural de otro tipo del tradicional, que está tejido de principios, valores y bienes objetivos. No; la ley natural aquí es *hecho*, facticidad. El Derecho natural del que el Derecho positivo depende –en esta reformulación– es el de la ontología (de la “necesidad”) de la situación concreta, de su “constitución material” –podríamos decir; es ésta la que gobierna la validez, sentido y aplicación de la regla.

Distinta es la manera de ver el “estado de excepción” del constitucionalismo de los Modernos. Según éste no hay soberanía posible fuera de la constitución, así que no habría una soberanía o estatalidad primigenia que pudiera manifestarse en ocasiones excepcionales. Las tristes experiencias de los regímenes autoritarios del siglo XX le han enseñado que entre el “Derecho de la crisis” y la “crisis del Derecho” la distancia es muy corta. Como decía Werner Kāgi: “*Das Notrecht hat die Not des Rechts erst eigentlich offenbart*”<sup>27</sup>. En este modelo por consiguiente no hay algo más importante y básico para la constitu-

<sup>26</sup> S. ROMANO, *Scritti minori*, a cura di G. ZANOBINI, vol. 1, Milano, 1950, p. 300.

<sup>27</sup> W. KĀGI, *op. cit.*, p. 17.

ción que proteger frente al peligro y a la emergencia. Aquí la constitución no es una simple superestructura que pueda ser sacrificada para salvar la estructura fundamental del orden político que encontramos en un lugar más recóndito y profundo. No hay detrás o debajo de la forma o costra constitucional una materia que esté permanentemente en ebullición –la soberanía– y que en ocasiones pueda romper la forma y la costra y dejarse ver en sus rasgos más brutos. La conclusión de semejante perspectiva es que el orden constitucional lo abarca todo, es decir, el todo de la convivencia en sociedad, y que cualquier emergencia y situación excepcional no puede salirse del orden constitucional mismo. Sus principios y sus derechos valdrán y serán activos incluso allí donde el orden constitucional resulte amenazado, parezca derrumbarse, o ser derrocado por fuerzas humanas o superhumanas.

Las implicaciones de estas distintas actitudes son bastante claras y explican el contenido de las diversas posturas. Bastante evidente resulta la diferencia en materia de tratamiento y protección de los derechos fundamentales. Para el constitucionalismo de los Antiguos los derechos se pueden suspender sin necesidad de revocar la constitución o sin abrogar o violar el derecho positivo vigente. O bien, en el caso de la versión más rebelde de soberanía (como hecho –ocasional y en sí mismo excepcional– de fundamentación y producción de la norma jurídica), los derechos obviamente estarán pendientes de la decisión soberana y no la podrán transcender ni limitar.

Sólo en el constitucionalismo de los Modernos los derechos fundamentales logran mantener su vigencia en la situación de emergencia, o en el “estado de excepción”, aunque reducidos o recortados en su ámbito y en su intensidad. En este modelo la regla paradigmática de esta permanente vigencia de los derechos fundamentales es la que recoge la interdicción absoluta de la tortura. A este respecto permítanme recordarles la primera parte del artículo quince de la Constitución española de 1978: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”.

Si el soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción, es decir decide sobre lo que hay que definir como “estado de excepción”, allí donde éste (el “estado de excepción”) se subjetivice, se piense o se presente en la forma de sujetos, individuos, “excepcionales” que producen una situación de peligro o emergencia muy grave, en este caso el soberano será también aquél que pueda indicar o definir quienes son los enemigos “excepcionales” del orden público. Al soberano por lo tanto se le adscribe el poder supremo



de calificar jurídicamente los sujetos y por consiguiente de discriminar entre los “amigos” (a los cuales se les reconocen subjetividad jurídica y derechos) y los “enemigos” ( los “detentores” o “difusores”, para así decir, del estado de excepción). A estos últimos, a los “enemigos”, se les quita toda calidad de sujeto jurídico y de sujeto de derechos fundamentales. La extraña categoría elaborada por la Presidencia de Bush hijo, “*illegal enemy combatants*”, para los cuales no vale ni siquiera el derecho humanitario de las Convenciones de Ginebra, esta noción que va más allá del estatus del delincuente y del enemigo en guerra, es el fruto de tal radical articulación de la perspectiva de la soberanía como decisión sobre la excepción.

Sin embargo, en el constitucionalismo de los Modernos no se puede en principio dar tal constelación. En este modelo la adscripción de subjetividad jurídica no es el resultado de ningún acto absoluto de soberanía; en primer lugar, porque ésta, la soberanía, se ha disuelto en la constitución, en sus valores y en su práctica, y en segundo lugar porque tal constitución está hecha de derechos humanos inalienables. Para el constitucionalismo moderno no hay separación entre declaración de derechos humanos y constitución en sentido estricto, y las previsiones de la primera son parte integrante de la segunda y tienen su misma fuerza vinculante. Son los derechos humanos su materia prima y su sustancia.

Finalmente, en el modelo neo-constitucionalista la subjetividad jurídica es independiente de la soberanía en tanto en cuanto la constitución misma presupone como una especie de categoría constitucional “trascendental” la autonomía de los individuos que discuten y quieren darse una constitución y actuando así asumen y producen derechos. La noción misma de “poder constituyente”, una vez que no pase por el filtro de la lectura esencialista y comunitarista, puede plausiblemente legitimar tal transcendentalidad de los derechos. Aquí se da lo que podríamos llamar el “círculo virtuoso” de la ciudadanía: éste se manifiesta en la exigencia y en la posibilidad de contribuir a la producción de las normas por quienes tienen que acatar las normas mismas. Ninguna constitución de los Modernos podría darse sin ciudadanos, y ninguna ciudadanía sería verdadera sin subjetividad y titularidad de derechos.

#### 4. IMPLICACIONES. EL CONCEPTO DE DERECHO

Si es plausible que haya distinción entre una constitución de los Antiguos y una de los Modernos, será interesante ver si de tal distinción puedan

derivarse implicaciones para el concepto de Derecho en general. Podría ser que –como cree por ejemplo Luigi Ferrajoli– se haya producido un “*mutamento di paradigma dello stesso diritto positivo indotto dalla costituzione*”<sup>28</sup>. Y que esto nos obligue a modificar nuestras asunciones iusfilosóficas.

La tradición, de la cual son intérpretes al mismo tiempo el positivismo jurídico y la escuela de Derecho natural, cree que el Derecho fundamentalmente es fuerza y violencia o por lo menos que su conexión con la fuerza y violencia es necesaria y conceptual. Esto se ve claramente por ejemplo en autores como Jeremy Bentham y John Austin, según los cuales el Derecho consiste de imperativos apoyados por amenazas de actos violentos. Y esto es así también en el iuspositivismo revisado y formalista de Hans Kelsen (para el cual –como es conocido– la norma jurídica tiene como su objeto y contenido la sanción, generalmente la pena). Esta perspectiva no cambia mucho en el iuspositivismo de corte realista: piénsese por ejemplo a Karl Olivecrona, que define el Derecho como “organización de la fuerza”<sup>29</sup>, o al decisionismo meta-ético y judicial de Alf Ross<sup>30</sup> –que nos dice que hablar de justicia es más o menos equivalente a golpear con los puños una mesa y que la validez de una norma jurídica encuentra su fundamento en la decisión última y no ulteriormente justificable de los jueces.

En el ámbito iusnaturalista las cosas curiosamente no van por otro camino. Lo que importa aquí no es cómo se estructura la relación entre ciudadanía y poderes públicos o cómo los valores (objetivos) puedan ser reconocidos y operacionalizados en una deliberación colectiva. Lo verdaderamente relevante es que unos valores sustantivos sean apoyados y realizados en el mundo del ser como que sea, y la fuerza aplicada por quien tiene la capacidad de hacerlo (el soberano) les parece el medio más eficaz y así razonable. Piénsese, por ejemplo, en la teoría de John Finnis, probablemente el iusnaturalista contemporáneo más influyente, para el cual el Derecho natural para ser aplicado necesita un acto de determinación del poder público, y éste es cualquier actor social que con eficacia pueda lograr la coordinación de conductas y sobre todo la implementación de los valores objetivos del Derecho

<sup>28</sup> L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 55.

<sup>29</sup> Véase K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, London, 1939. Se ha olvidado –y por esto puede ser importante recordarlo– que Olivecrona defiende una visión del Derecho internacional de corte schmittiano, centrada sobre la noción de *Grossraum*: léase K. OLIVECRONA, *England oder Deutschland?*, Lübeck, 1941, e Id., *Europa und Amerika*, Berlin, 1943.

<sup>30</sup> Véase, entre otras obras, sobre todo A. ROSS, *On Law and Justice*, London, 1957.

natural. La legitimidad del poder público en esta perspectiva resulta fundamentalmente de la eficacia del poder en juego; lo que Finnis reconoce ser un “principio quizás escandalosamente bruto (*stark*)”.

En la “tradición” del pensamiento jurídico (del que es expresión el constitucionalismo de los Antiguos) sin embargo no hay escándalo alguno frente al uso, incluso extremo, de la fuerza. Tortura y pena de muerte no son inadmisibles, por ejemplo, para el iusnaturalismo tomista (tan presente en la obra de Finnis) o para el utilitarismo de Jeremy Bentham (que es también el padre de la *analytical jurisprudence*), el cual aprueba el tormento en casos más o menos excepcionales. Si aceptamos la detención (que por cierto es violencia), ¿por qué –argumenta el filósofo británico– no deberíamos aceptar la tortura que es aplicación de violencia menos duradera y más breve de la detención? Lo mismo más o menos –aunque de otra manera– nos dice, por ejemplo, Michael Moore, un profesor americano que se apunta al iusnaturalismo y que sin embargo llega sin temblar a aprobar la tortura del inocente (la del culpable y delincuente le parece casi cosa obvia y que no merece demasiada discusión)<sup>31</sup>.

John Finnis no ve ningún escándalo en la pena de muerte<sup>32</sup>, y su discípulo Robert George apoya con entusiasmo la guerra preventiva<sup>33</sup>. Lo mismo hace Philip Bobbitt, refinado jurista y profesor de la universidad de Harvard<sup>34</sup>. Richard Posner, el gran teórico de “law and economics”, nos recuerda –siguiendo aquí *expressis verbis* a John Finnis– que la constitución no puede ser un “pacto suicida”. En un libro con este mismo título, *Not a Suicide Pact*, que bastante lúgubramente inaugura una serie de volúmenes sobre “*Inalienable Rights*” publicada por Oxford University Press, nos dice que por supuesto en situaciones de emergencia la ley suprema es la *salus populi*, la supervivencia del Estado, y que para conseguir tal vital objetivo la constitución puede ser sacrificada. Así que también puede ser sacrificado el derecho a ser feliz de los distintos individuos, sometiéndoles a aquella antigua y económicamente eficaz forma de infelicidad que suele llamarse tortura. “*The*

<sup>31</sup> Léase M. MOORE, “Torture and the Balance of Evils”, *Israel Law Review*, núm. 23, 1989.

<sup>32</sup> Véase por ejemplo J. FINNIS, J. BOYLE & G. GRIZEZ, *Nuclear Deterrence, Morality and Moral Realism*, Oxford, 1989, p. 317.

<sup>33</sup> Véase R. P. GEORGE, *Just War in Irak*, en [http://www.americanvalues.org/html/1b\\_robert\\_george.html](http://www.americanvalues.org/html/1b_robert_george.html)

<sup>34</sup> Véase P. BOBBITT, *Terror and Consent. The Wars for the Twenty-First Century*, London, 2008.

nation –subraya Richard Posner– *is prior to the Constitution*<sup>35</sup>. De manera que no se entiende por qué la constitución no tendría que plegarse a las urgencias y exigencias de la nación. Al padre le sigue el hijo, y Eric Posner tampoco se sustrae a la tarea de recomendar la tortura, a la cual pero se le da otro nombre, menos fuerte: “*coercive interrogation*”<sup>36</sup>.

“*La première loi, c’est la nécessité; la première justice c’est le salut public*” –ya lo había dicho Napoleón<sup>37</sup>. Sin embargo, si la “salud pública”, la *salus populi*, se identifica con la *salus iurorum* y la *salus constitutionis*, con la permanencia de los derechos fundamentales o por lo menos de su “contenido esencial”, si la constitución es constitutiva del Estado, la regla, la norma, están en el corazón mismo del ordenamiento y de la forma de vida que queremos proteger y salvar. Aquí Derecho no es cualquier prescripción o decisión; no puede tener cualquier contenido (como dice Kelsen en una frase célebre de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*), y como en cierta medida y sorprendentemente repite Finnis confiando en un criterio fáctico de autoridad “*perhaps scandalously stark*”<sup>38</sup>. La constitución en el constitucionalismo de los Modernos no puede prescribir algo que sea su contradicción y negación. La fuerza como tal en este caso no es Derecho y nunca lo será. Desde esta perspectiva no vale el dicho de Martín Lutero, “*Recht ist Gewalt*”, el Derecho es violencia. Ni está la violencia al lado del Derecho como su permanente doble para poderle remplazar en “los tiempos del cólera”. En efecto, como nota Jürgen Habermas, la modernidad jurídica y su acompañarse al paradigma neo-constitucionalista han puesto en marcha un proceso de civilización de la práctica jurídica, quitándole mucho de sus anteriores rasgos autoritarios y coactivos: “*Seit dem späten 18 Jahrhundert haben Recht und Gesetz die politisch verfasste Regierungsgewalt durchdrungen und ihr im Binneverkehr den substantziellen Charakter einer blossen ‘Gewalt’ abgestreift*”<sup>39</sup>.

En la perspectiva neo-constitucionalista la fuerza ha sido desestructurada más que por la ley como estructura formal general por los principios y las nor-

<sup>35</sup> R. A. POSNER, *Not a Suicide Pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, Oxford, 2006, p. 4.

<sup>36</sup> Véase E. A. POSNER & A. VERMEULE, *Terror in the balance. Security, Liberty, and the Courts*, Oxford, 2007.

<sup>37</sup> Cfr. W. KÄGI, *op. cit.*, p. 35.

<sup>38</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, 1980, p. 250. Cfr. A. MENENDEZ, “Bush It’s Constitutional and Legal Theory. The Constitution of Emergency Between Law and Propaganda”, en B. R. CLUCAS et al. (eds.), *Torture. Moral Absolutes and Ambiguities*, Baden-Baden, 2009.

<sup>39</sup> *Nach dem Bankrott*, entrevista en *Die Zeit* del 6 noviembre 2008.

mas de la Constitución – que es la que genera la fuerza, al darle criterios y límites y una conformación procedimental. El Estado ha perdido a su Príncipe<sup>40</sup>. Se puede aquí quizás emplear de nuevo la fórmula de Olivecrona, la Constitución es “organización de la fuerza”, pero es organización que la pliega, que la vence, que la doma y “civiliza”. Por consiguiente, el Derecho se hace “moderado”, “templado”, “mite” –como dice Gustavo Zagrebelsky<sup>41</sup>. En el constitucionalismo de los Modernos el Derecho se hace básicamente *discurso sobre el Derecho*, ya que la Constitución es eminentemente discurso sobre la constitución (como lo subraya, por ejemplo, Peter Häberle con su fórmula de la constitución como “comunidad abierta de interpretación”<sup>42</sup>). Desde esta perspectiva las instituciones de la constitución “protegen la posibilidad de su propio comenzar”<sup>43</sup>, es decir, su práctica discursiva reflexiva y los derechos de los cuales ésta se alimenta. En un contexto así definido la fuerza allí donde se da, si se da, es todavía parte del discurso del Derecho, el discurso en este caso de su aplicación, nunca de todas maneras de su discurso de justificación.

El concepto de Derecho de los Modernos no puede ser aquel cargado de violencia e irracionalidad de un Martín Lutero o de un Carl Schmitt. Tampoco sirven el mandato amenazador de Bentham o Austin, o la regla sobre la sanción de Kelsen, o la maquinaería de la fuerza de la que habla Olivecrona, o el decisionismo judicial de Alf Ross. En el modelo neo-constitucionalista el Derecho no se apoya para su producción sobre el hecho de la violencia, la “usurpación” por ejemplo de la que habla Georg Jellinek, o sobre una decisión sin argumentos y razones. La violencia y la decisión sin razones por el contrario son vistas en principio como las situaciones que más repugnan al Derecho. La violación de la Constitución no formará parte del discurso del Derecho, aunque desde varios frentes se repita que es esta violación lo que se oculta bajo el barniz normativo de los conceptos jurídicos.

MASSIMO LA TORRE

Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro  
Campus Universitario “Salvatore Venuta”  
(88100) Catanzaro (Italia)  
e-mail: mlatorre@unicz.it

<sup>40</sup> Cfr. G. SILVESTRI, *Lo Stato senza principe*, cit.

<sup>41</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

<sup>42</sup> Véase P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Berlin, 1978, pp. 78 ss

<sup>43</sup> D. INNERARITY, *La libertad como pasión*, Pamplona, 1991, p. 103.