



PAOLO CAPPELLINI: CONTRA LA EXCEPCIÓN POSTDEMOCRACIA, HUIDA EN LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y EL NUEVO ROL DEL JURISTA

Traducción de Clara Álvarez Alonso



Cátedra de
Historia Constitucional
Martínez Marina



IN ITINERE

Colección Digital



PAOLO CAPPELLINI

CONTRA LA EXCEPCIÓN

**POSTDEMOCRACIA, HUIDA EN LOS ESTADOS DE
EXCEPCIÓN Y EL NUEVO ROL DEL JURISTA**

**Edición, traducción y presentación
Clara Álvarez Alonso**



Cátedra de
Historia Constitucional
Martínez Marina



Oviedo, 2026

A mi queridísima hermana María que dedicó su vida a tratar a los niños en el Hospital Infantil Meyer de Florencia. Y a Hind Rajab y, con ella, a todos los niños y niñas asesinados y torturados en las guerras insensatas que libramos en todo el mundo desdeñando la advertencia que nos llega del pasado.



Reconocimiento - No Comercial - Sin Obra Derivada (by-nc-nd): No se permite un uso comercial de la obra original ni la generación de obras derivadas.



Usted es libre de copiar, distribuir y comunicar públicamente la obra, bajo las condiciones siguientes:



Reconocimiento – Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el licenciador:

Clara Álvarez Alonso (2026), *Paolo cappellini: Contra la excepción. Postdemocracia, huida en los estados de excepción y el nuevo rol del jurista*. Oviedo: Ediciones Universidad de Oviedo.

La autoría de cualquier artículo o texto utilizado del libro deberá ser reconocida complementariamente.



No comercial – No puede utilizar esta obra para fines comerciales.



Sin obras derivadas – No se puede alterar, transformar o generar una obra derivada a partir de esta obra.

© 2026 In Itinere

© el autor

Algunos derechos reservados. Esta obra ha sido editada bajo una licencia Reconocimiento - No comercial - Sin Obra Derivada 4.0 Internacional de Creative Commons.

Se requiere autorización expresa de los titulares de los derechos para cualquier uso no expresamente previsto en dicha licencia. La ausencia de dicha autorización puede ser constitutiva de delito y está sujeta a responsabilidad.

Consulte las condiciones de la licencia en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legal-code.es>

Cátedra de Historia Constitucional Martínez Marina
Seminario203
Facultad de Comercio, Turismo y Ciencias Sociales “Jovellanos”
Universidad de Oviedo
C/ Luis Moya Blanco 261
33203 Gijón (España)

Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo
ISNI: 0000 0004 8513 7929

Edificio de Servicios - Campus de Humanidades
33011 Oviedo - Asturias
985 10 95 03 / 985 10 59 56
servipub@uniovi.es

www.publicaciones.uniovi.es

ISBN: 979-13-87540-47-0

ÍNDICE

PRESENTACIÓN: PAOLO CAPPELLINI: EL COMPROMISO DEL JURISTA CON LA SOCIEDAD.....	9
1. CAPPELLINI Y LA RECUPERACIÓN DE LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.	9
2. CAPPELLINI Y EL CONCEPTO DE VERDAD. EL BINOMIO FALESDAD-CERTEZA	13
3. CAPPELLINI, LOS POSITIVISMOS Y LOS VALORES.....	16
4. CAPPELLINI, LA INTERPRETACIÓN Y LOS «NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS».....	23
 INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN ESPAÑOLA: GLOSAS PARA UNA AMISTAD	 41
 CAPÍTULO I. LA CONSTITUCIÓN INVISIBLE O CÓMO LA EMERGENCIA PONE A PRUEBA LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA. REFLEXIONES DE UN MELANCÓLICO.	 49
1. HISTORIA Y MELANCOLÍA.....	50
2. TODOS ESTAMOS EN PELIGRO	52
3. DEMOCRACIA Y DICTADURA	64
4. SILETE VIROLOGI IN MUNERE ALIENO O DE LOS PODERES INDIRECTOS	91
5. CUIDAR DE LA CONSTITUCIÓN	98

CAPÍTULO II. PENSAR LA EXCEPCIÓN 113

1. LA CONSTITUCIÓN COMO «PUNTO MUERTO DE LA RAZÓN JURÍDICA»	113
2. LA EXCEPCIÓN Y LA DIMENSIÓN ‘SACRA’ DE LA ‘SITUACIÓN LÍMITE’	118
3. UN «TÓPICO» DE LA EXCEPCIÓN	124
4. LO NORMAL NO PRUEBA NADA, LA EXCEPCIÓN PRUEBA TODO	126
5. «CONTRA SCHMITT». ES DECIR, DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN PERMANENTE	133

CAPÍTULO III. LA «VENGANZA» DE LA TEOLOGÍA POLÍTICA NOTAS MARGINALES A LOS PROCESOS DE NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIÓN EN LA ÉPOCA DE LA ‘DEMOCRACIA GLOBAL’ 143

1. ICONOCLASTIA MODERNA	144
2. EL RETORNO DE LA TEOLOGÍA POLÍTICA.....	146
3. EL ‘RIESGO’ TEOLÓGICO POLÍTICO: LA POLITISCHE THEOLOGIE Y SUS CRÍTICOS	151
4. TEOLOGÍA POLÍTICA Y CONCEPTOS JURÍDICOS.....	165
5. EL TEOREMA DE BÖCKENFÖRDE Y LA NORMALIDAD DE LA EXCEPCIÓN	175

CAPÍTULO IV. LA HIPÓTESIS DE TOCQUEVILLE. RELEYENDO A LUIGI EINAUDI Y HANS KELSEN EN LOS TIEMPOS DE LOCKDOWN. ES DECIR, DEL «DESPOTISMO DEMOCRÁTICO» 193

1. TAMBIÉN EN DEMOCRACIA	227
2. TANTO KELSEN COMO EINAUDI NOS SITUAN FRENTE A UNA ELECCIÓN.....	237
3. POR TANTO, AHORA COMO ENTONCES EXISTEN AMBAS OPCIONES	238
4. NOTA DE LA EDITORA:	250

PAOLO CAPPELLINI: EL COMPROMISO DEL JURISTA CON LA SOCIEDAD

1. *CAPPELLINI Y LA RECUPERACIÓN DE LA CENTRALIDAD DE LA PERSONA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.*

De todos los discípulos de Paolo Grossi, cada uno de los cuales como es bien conocido se ha especializado en aspectos definitivamente relevantes del Derecho y las ciencias jurídicas a partir de los presupuestos que identifican al grupo florentino, esto es, el método comparativo, respeto a y de la pluralidad y el diálogo inter y multidisciplinar, Paolo Cappellini es, sin duda, el más, por así decir, filosófico. En el sentido etimológico del término φιλόσοφος, porque realmente es el «amante de la sabiduría» por excelencia. Cualquiera que lo haya frecuentado o que, como en mi caso, tenga el privilegio de gozar de su amistad conoce y, probablemente, destacaría como el rasgo más acusado no solo de su profesionalidad sino de su personalidad esa incansable busca de respuestas a preguntas, generadas por una inagotable curiosidad, en todos los campos, desde la literatura en todos sus géneros, al arte, la historia, la teología, el cine, música, artes escénicas y hasta decorativas, religión y, en fin, todas las ciencias ‘duras o blandas’.

Es esta una búsqueda que si en el ámbito más íntimo puede generar también una suerte de melancolía, a la que alude expresamente en el capítulo que abre el libro y sobre la que

volveremos más adelante,¹ cuando no resulta fructífera precisamente porque, como ya decía Horacio, *nec scire fas omnia*, es palmariamente una vía hacia el éxito en el terreno de la investigación y producción jurídica. Una clara evidencia al respecto es el análisis, por así decir, «cultural del derecho» que han llevado a cabo dos eximios iushistoriadores, Antonio Manuel Hespanha años atrás y, como acaba de hacerlo, Pietro Costa.² Aunque es cierto que se trata de un hecho que no se circunscribe solo al campo de la historia jurídica, donde el paradigma cultural es conocido de tiempo, sino que ha trascendido al de los vigentistas, tanto en el terreno del derecho público, singularmente el político y constitucional, como en el del privado, siendo manifiestamente relevante en ese hervidero de ideas que es el ámbito iberoamericano en la actualidad,³ también es verdad que es particularmente significativo y productivo en nuestro terreno.

1 Vid. el capítulo i, «La Constitución invisible o cómo la emergencia pone a prueba la Constitución y la democracia. Reflexiones de un melancólico».

2 Hespanha, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Traducción, Antonio Serrano González. Madrid, Tecnos, 2002; y la recentísima publicación de Costa, Pietro, de título bien expresivo: *Saggi di Storia de la Cultura giuridica europea. I. Scritti metahistoriografici*, que inaugura el Archivo Aperto de los Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (qfsgpm) anejo al n.º 53 de 2024.

3 Vid. solo a modo de ejemplo: Devilat, Marcelo Marzouka, «Intercambio, derecho y cultura: un análisis de la supranacionalidad en el comercio internacional», en *Estudios internacionales*, vol. 52 (197), 2021, pp. 69-96; Pegoraro, Lucio, «Constitucionalización del derecho y cultura constitucional», *Revista de derecho político*, vol. 1 (104), 2019, pp. 13-57; San Miguel Pérez, Enrique, *Constitución de 1931. Derecho y cultura política: todo lo que soy lo llevo conmigo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021; Lorenzo Cadarso, Pedro L., *Derecho y cultura política en el siglo XVI: el diálogo filipino de Lorenzo de San Pedro*. Madrid, boe, 2017; Santacruz Lima, Rafael, «Derecho y cultura de la legalidad: una propuesta para el restablecimiento social y la paz en México» en *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, vol. XII (1), 2024; Campos, Alejandra Díaz, «Crisis del agua en el norte de Chile. Derecho y cultura en los Andes. Sobre los efectos irracionales del derecho», *Diálogo andino*, (61), 2020, pp. 67-79; Pla Rodríguez, Américo, «Derecho y Cultura», en *Revista de la Facultad de Derecho* (Montevideo), (10), 2005-12 y hasta un manual para facilitar la consulta a los estudiantes de otras especialidades no jurídicas: Padrós, Carlos, *Derecho y cultura: prontuario elemental para estudiantes de Humanidades*. Barcelona, Atelier, 2000.

En todo caso, son todas ellas aportaciones sumamente interesantes y con resultados sorprendentes, impensables unas cuantas décadas atrás en la medida que comparten la idea del derecho como parte esencial de la identidad de una sociedad, en este caso la occidental. Creo, sin embargo, que Cappellini va más allá de las obras y autores aludidos en un doble sentido. En primer lugar, porque la suya es una percepción ontológica y, por esto mismo, aunque las comparte, trasciende conscientemente incluso el perímetro jurídico de las referencias culturales en que se desenvuelven las mismas, por más que participe de la máxima gadameriana de que la «cultura es más cuando la compartimos».

En segundo término, y como consecuencia, porque sitúa el eje de su investigación en las relaciones vitales cuyo centro es, obviamente, el ser humano. Él mismo da fe de lo que se acaba de expresar en una de sus últimas aportaciones cuando escribe que «el *derecho en otra parte* lleva a descubrir una dimensión ‘crítica’ y desmitificadora que se vincula fuertemente, pero de una manera completamente natural, a las líneas de investigación propiciadas por Paolo Grossi con la intención de situar en primer plano la relación del derecho con la vida, con su concreción relacional».⁴

En este sentido, su obra, contemplada en su conjunto, es la prueba más elocuente al respecto. Desde su primera manifestación a principios de los ochenta, su producción se caracteriza por el abandono del análisis rígidamente jurídico y con ello aludo al hecho de que no trata solo de ir más allá de los

⁴ «Il Mistero di giudicare», *qfsgm*, n.º 53, 1-2, 2024, pp. 849-856, p. 851, citando al respecto a Velo Dalbrenta, Daniele, «Come il lupo della favola. Storie del diritto. Vite di invenzione (per giuristi)», en *Rifrazioni anormale del' idea di giustizia*. Napoli Essi, 2017; Marinelli, Fabrizio, *Il Diritto altrove. Itinerari giuridici tra letteratura arte religione*. Pisa, Pacini, 2019; Rossi, Giovanni, «"Diritto e letteratura", sul significato di un connubio di successo» en *Rifrazioni*, cit.

aspectos materiales o formales, sino de localizar e incidir en una dimensión más, por así decir, universalista a través de la recuperación de, y profundización en, lo que para la ocasión llamaremos «*ratio iuris* en sentido literal». Es decir «la razón de ser del derecho» que semánticamente abarca, a mi entender, más de lo que sugiere la *civilis ratione* del *Digesto* y el derecho romano o la *ratio* e incluso la *mens legis* medieval y altomoderna, y aún la *ratio legis* contemplada como sinónimo de *ratio iuris* por el iusnaturalismo racionalista.⁵

En el caso de Cappellini todo indica que esa *ratio* o razón última es, precisamente, la persona humana en su contexto relacional. Un tejido este tan complejo como impredecible —de ahí la incapacidad o, mejor aún, incompletud que, desde su perspectiva, presentan las teorías positivistas— cuyo conocimiento requiere un método específico. Un método que, como si estuviera pensado para su producción, define magistralmente la cuarta acepción que le otorga entre nosotros el diccionario de la RAE: «procedimiento que se sigue en las ciencias para hallar la verdad y enseñarla».

Con una aclaración previa: tanto el concepto de método como el de ciencia de Cappellini son sustancialmente distintos de los que se usan en y caracterizan a lo que Gadamer denomina «nueva época». En esta, el método «se diferencia precisamente de las antiguas sabidurías del conocimiento y de la explicación del mundo porque presenta un camino del ‘auto-cercioramiento’ y ‘el primado de la autoconciencia’ lo que lleva a despreciar zonas de la ciencia como pseudociencia. Es decir, la ciencia moderna está afectada por «una extensa limitación más elemental de las posibilidades de la ciencia» que «se presen-

5 Álvarez Alonso, Clara, «Interpretación y equidad: De la aequitas medieval a la epikeia altomoderna» en Aranda Rodríguez, Remedios (ed.), *La interpretación del negocio jurídico en la Historia*. Madrid, Universidad Carlos III, 2017, pp. 79-109.

ta por todas partes allí donde la objetivación y concretización metódica presentan una forma de acceso básicamente inadecuada». ⁶ Es importante retener estos datos para entender el carácter de la aportación de Cappellini en los capítulos de este libro en los que reiteradamente denuncia los riesgos que esta supuesta 'cientificidad' conlleva para las personas y, en consecuencia, para el propio desarrollo de las sociedades.

2. CAPPELLINI Y EL CONCEPTO DE VERDAD. EL BINOMIO FALSEDAD-CERTEZA

Desde esta perspectiva, es decir, teniendo en cuenta su posición respecto a los aludidos conceptos de método y ciencia *sensu stricto*, no puede sorprender que la verdad, o para ser más rigurosos, la fidelidad a la verdad adquiera en él rasgos combativos particulares. Podría decirse que, a este respecto, lejos de considerarla, como hace Austin, 'un nombre abstracto', ⁷ Cappellini se sitúa más bien en el campo de los pragmatistas que, como por ejemplo Pierce, establecen un nexo entre razón y verdad, o para ser más exactos, entre razonar y verdad porque «para razonar bien es necesario poseer virtudes tales como la honestidad intelectual, la sinceridad y un auténtico amor a la verdad», ⁸ cualidades todas que ha demostrado poseer en abundancia.

Si aceptamos que es la razón la que, entre otras, está en la base de la crítica y de la comprensión o a *contrario sensu*,

6 Gadamer, H-G., *Elogio de la teoría* (1985). Barcelona, rba, 2013, p. 48.

7 «lo que más bien necesita discusión es el uso o ciertos usos de la palabra verdadero», Austin, John L., «Verdad» (1950), en Nicolás, Juan Antonio, Frápolli, María José (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 225-26.

8 Cit. por Haack, Susan, «El interés por la verdad: qué significa, por qué importa» en Nicolás, Juan Antonio, Frápolli, María José (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 53ss., p. 54.

que para criticar y comprender es imprescindible un razonamiento bien documentado, el lector/a podrá comprobar rápidamente el recital que el autor florentino lleva a cabo en las páginas de este libro. Porque a partir de un razonamiento sólido y apoyándose en consistentes auxilios culturales que hunden sus raíces, entre otras fuentes reconocidas y asumidas por él, en la tradición cristiano-humanista, hacia la que incluso un polímata tan admirado por él, el comunista confeso y militante Pier Paolo Pasolini, sentía un profundo respeto como conformadora principal de la civilización occidental,⁹ Cappelini va desgranado sus aportaciones. Y es de la mayor importancia señalar que tales contribuciones se construyen sobre preguntas, explícitas o tácitas, porque es plenamente consciente de que preguntar es mucho más que reconocer las limitaciones del propio conocimiento: es también la vía más directa para evitar la falsedad, por cuanto esta solo es evitable por la reflexión, pero únicamente hay reflexión donde hay preguntas.

Es obvio que no es este el lugar para profundizar en el significado de estos procesos que forman parte de uno de los aspectos más sobresalientes de la gnoseología de, al menos, la primera mitad del siglo xx con sus esplendorosas aportaciones desde el falsacionismo de Popper al verificacionismo del Círculo de Viena¹⁰ sin ir más lejos, pero es necesario dejar constancia de su necesidad toda vez que el *master system* actual, con sus inicios ilustrados, parte, precisamente, de la con-

9 Que también reivindica Gadamer, entre otros, loc. cit. p. 27. Pasolini alude a la misma en diversas ocasiones de su producción literaria y cinematográfica –p. ej., La Pasión según San Mateo–, pero con una crítica implícita y dolorosa al Vaticano en la excelente recopilación de sus artículos entre 1962 y 1975 *El fascismo de los antifascistas*. Traducción y notas, David Paradela López. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2001.

10 Popper, Karl, *Logik der Forschung* (1934), traducción de Sánchez de Zavala, Víctor, *La Lógica de la Investigación Científica*. Madrid, Tecnos, 1967.

frontación certeza-falsedad. Donde certeza vino a sustituir el concepto de verdad universal canónica y puede asemejarse a aquella *wahrheit* a la que alude Goethe en los últimos años de su vida cuyo contenido sería equiparable *mutatis mutandis* al de la propia naturaleza «como algo que solo se manifestaba mediante contradicciones y que por eso no podía ser retenido en ningún concepto y aún menos en una palabra».¹¹

Certeza sería así sinónimo de seguridad, y fundamentalmente de los agentes jurídicos y políticos, en tanto que el otro término del binomio, falsedad, aludiría claramente a todo lo que atentara o supusiera un riesgo para la nueva forma política, esto es, el Estado. Es decir, esa superestructura construida inicialmente sobre su separación radical con la sociedad y del que se decía que, para defenderse, podía recurrir a todos los medios y llevar a cabo un control absoluto que comenzaba por el monopolio de la producción de derecho y concluía, en conformidad a la teoría de Carl Schmitt,¹² otra de las autoridades más citadas en el libro que se presenta, con la construcción-represión del enemigo.

Se creaba así un círculo prodigiosamente inexpugnable, tal y como el citado poeta de Weimar reconocía abiertamente a principios de la década de 1830 cuando escribía literalmente que «en un momento dado podemos abrírnos camino entre los enemigos que nos están cercando, pero las redes de la astucia del Estado son más difíciles de romper».¹³

11 «reconocer en la naturaleza, tanto en la viva como en la inerte, tanto en la animada como en la inanimada, algo que solo se manifestaba mediante contradicciones y que por eso no podía ser retenido en ningún concepto y aún menos en una palabra». Goethe, Johann Wolfgang, *De mi vida. Poesía y verdad*. Traducción introducción y notas, Rosa Sala. Barcelona, Alba Editorial, S. L., 1999, L. XX, p. 812.

12 Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 1999. Vid. también la interesante deconstrucción de Jacques Derrida, *Política de amistad*. Madrid, Trotta, 1998.

13 Goethe, loc. cit., p. 813.

3. CAPPELLINI, LOS POSITIVISMOS Y LOS VALORES

La concepción de verdad en el sentido descrito, así como la señalada reivindicación del razonamiento, le sitúan claramente en una posición que, *a priori*, puede parecer contraria a las teorías positivistas. *A priori*, porque uno de los principales reproches que se dirigen contra el que pasa por ser el padre fundador del positivismo jurídico o, por lo menos, uno de sus máximos exponentes, Hans Kelsen, es, precisamente, la *imposición* de ‘un principio holístico integrador’ que conlleva la existencia de un orden total y de un «conocimiento absolutamente verdadero de las cosas tal como ellas realmente son» lo que, en opinión de sus críticos, excluye cualquier otra visión. Y, también, toda posibilidad de interpretación a través de la argumentación, que es uno de los elementos de producción del derecho más característicamente señalado por los antipositivistas. En otras palabras, para sus opositores, la *Teoría pura del derecho*, al implicar un ‘ejercicio intelectual absolutamente reglado’, significa que todos sus intérpretes actuarían de forma objetiva con una argumentación uniforme lo que ciertamente no ocurre en realidad, careciendo por consiguiente de una base empírica.¹⁴

14 Vid., entre otros, Álvarez, Tulio Alberto, «Ratio iuris: entre lo ideal y el mito», en *Revista de la Universidad metropolitana Derecho y Democracia*, 2014, pp. 1ss.; Bohm, David, *La Totalidad y el Orden Implicado*, Colección Nueva Ciencia. 4.^a edición. Barcelona, Editorial Kairós, 2008; Toulmin, Stephen, Rieke, Richard, Janik, Allan, *An Introduction to Reasoning*. New York, MacMillan, 1979. Vid. a este respecto la aguda crítica de Moore, Tyler S., «Vittorio Hösle, Kritik der Verstehenden Vernunft: Eine Grundlegung der Geisteswissenschaften» (2018) en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, n.º 1, junio 2024, pp. 107-125, en el que señala las contradicciones en que incurrir las diversas corrientes actuales sobre interpretación poniendo como ejemplo a Hösle: «Sin embargo, dado su intencionalismo, el tratamiento que Hösle da a la interpretación jurídica cae en una situación sorprendente. Aunque sigue insistiendo en la importancia de los actos mentales originales del legislador y en la diferencia entre cuestiones de significado y verdad, también reconoce varias razones por las que podría ser indeseable que las decisiones jurídicas estén

Tales posiciones, en lo que se refiere al jurista checo, deben sin embargo ser matizadas, a mi entender. Sobre todo, teniendo en cuenta la declarada confesión que él mismo hace a Treves en la conocida carta fechada el 3 de agosto de 1933 en la que desmiente algunos de los juicios emitidos acerca de la *Teoría pura del derecho*. Ahí, en efecto, asume la influencia de la teoría de la razón pura de Kant, en especial a través del neokantiano Hermann Cohen —es de suponer que de la *Lógica del conocimiento puro*¹⁵ (1902)—, ya que escribe literalmente que «asumir la teoría de la razón pura como una teoría de la experiencia, es seguramente de importancia capital en relación a mi tentativa de aplicar el método trascendental a la teoría de derecho positivo». Y añade «Si por derecho positivo se entiende el derecho empírico, el derecho en la experiencia o aun, como Sander, la experiencia jurídica, entonces la TPD es ciertamente empírica». Así pues, la *Teoría Pura del derecho* no solo no rechaza, sino que está en su misma naturaleza la experiencia jurídica —probablemente también aquí influido por la *Kants Theorie der Erfahrung* que el mismo Cohen había publicado en una fecha tan temprana como 1871— y la *empirie*, todo lo cual viene a desmentir una parte considerable de la crítica antipositivista en general y antikelseniana en particular.

El propio Kelsen admite taxativamente que su «empirismo es el mismo que se puede encontrar en la filosofía trascen-

estrictamente sujetas al legislador». El libro de Vittorio Hösle de 2018, *Kritik der Verstehenden Vernunft: Eine Grundlegung der Geisteswissenschaften*. Munich-Schwabing, C. H. Beck, 2018.

15 La influencia de esta obra con su defensa del 'pensar puro' sigue siendo notable y en campos que superan los saberes por así decir, humanistas. Vid. p. ej. Pringe, Hernán, «Conocimiento puro y cálculo infinitesimal en el neokantismo de Hermann Cohen», en *Revista latinoamericana de filosofía*, vol. 46, n.º 2, pp. 273-288 con sus orígenes también en la obra de Cohen *El principio del método infinitesimal y su historia*, 1883.

dental de Kant» pues si esta se dirigía contra la metafísica, la *Teoría Pura del Derecho* va contra el derecho natural.¹⁶ En este sentido es cierto que aquí Kelsen se muestra, más bien, como un empirista lógico, próximo por tanto a los postulados del Círculo de Viena cuyos integrantes aceptaban, aunque parcialmente, la influencia kantiana y porque, sin duda, comparte la posición de Schlick y Carnap acerca de la metafísica que él aplica al Derecho Natural.¹⁷ Precisamente este último apuntaba uno, si no el mayor, punto débil de los antipositivistas al señalar que se produce una situación no claramente definida «cuando los partidarios de diferentes tendencias confunden las formulaciones y las interpretaciones de los principios; aquí es donde se inicia una confusión».¹⁸

16 «Así como la filosofía trascendental de Kant se dirige contra la metafísica, la tpd se dirige contra el derecho natural, siendo este el correlato exacto, en el dominio de la realidad social en general, y del derecho positivo en particular, de la metafísica. Yo profundicé esta cuestión en ocasión de mi trabajo “Die Philosophischen Grundlagen der Naturechtslehre Und der Reschpositivismus” (vortreager Kant-Gesellschaft, Mr31). En la medida que en la tpd, intentó de manera inédita, presentar a la filosofía de Kant como una teoría del derecho positivo (en oposición a Stammler, todavía muy ligado a la teoría del derecho natural) ella fue en cierto modo, más allá del pensamiento de Kant que, en su propia doctrina del derecho, abandonó el método trascendental. Es necesario señalar, mientras tanto, que la tpd administra lo más fielmente posible la herencia espiritual de Kant». Utilizo aquí la traducción «Carta de Hans Kelsen a Renato Treves. 3 de agosto de 1933», en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”* - Año VI, Núm. 8, 2012, pp. 175-78. Muy interesante es el artículo de Schmill, Ulises, «Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen» en *Libro Doxa* 26 Lib. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

17 «En el campo de la metafísica (incluyendo la filosofía de los valores y la ciencia normativa), el análisis lógico ha conducido al resultado negativo de que las pretendidas proposiciones de dicho campo son totalmente carentes de sentido. Con esto se ha obtenido una eliminación tan radical de la metafísica como no fue posible lograrla a partir de los antiguos puntos de vista antimetafísicos». Carnap, Rudolf, en un artículo de título elocuente que suscribiría el jurista checo: «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en Ayer, A.J. (compilador), *Positivismo Lógico*. México, fce, 1959, p. 6; Schlick, Moritz, «Positivismo y realismo», *Ibid.*, pp. 89ss.

18 «que trae como consecuencia el que partidarios y antagonistas se expresen libérrimamente, hablando de esta forma una lengua distinta sin llegar a comprenderse: cada uno selecciona aquellos enunciados que pueda utilizar en defensa de su propia opinión, y de este modo, todo termina en un malentendido y una incomprensión fatales. Estas confusiones

En todo caso, Carnap, y con él todos los neopositivistas, consideraban «que el legítimo, inatacable elemento nuclear de la tendencia “positivista”, reside en el principio de que el sentido de toda proposición se halla totalmente contenido en su verificación mediante lo dado».¹⁹ La verificación, que exige que todo enunciado sea contrastado por la experiencia para que pueda ser considerado científico —y, por consiguiente, se opone a la falsación, en la medida que esta solo puede demostrar la falsedad, pero no la certeza de una proposición—²⁰ está también presente, en mi opinión, en la observación kelseniana de la sociedad de entreguerras. Y, desde luego, en su análisis sociológico posterior a la SGM.

De ahí los, por así decir, excesos en que incurren las críticas dirigidas desde los círculos no positivistas y, en concreto, de los partidarios del Derecho Natural al que, es verdad, se confesó, como ya he señalado más arriba, abiertamente contrario lo que, ciertamente, fue un estímulo para los ataques lanzados desde esos círculos. En estos se rechaza el positivismo y, desde una perspectiva cuasi peyorativa, se considera a Kelsen un positivista sin más, pero entonces, *mutatis mutandis*, podemos invocar en su defensa aquella incontestable confesión de Schlick en la que afirmaba que «si alguien quiere calificar como positivista a toda opinión que niegue la posibilidad de la metafísica (*i. est.* Derecho natural), como una mera definición no tiene nada de objetable y en ese sentido yo me designaría a mí mismo un estricto positivista; pero na-

solo desaparecen cuando se seleccionan los diferentes principios y se somete a prueba su significado y su verdad; en ese examen se hará caso omiso de las circunstancias históricas, así como de sus denominaciones tradicionales». Carnap, loc. cit.

19 Carnap, «La antigua y la nueva lógica», en Ayer, Positivismo, p. 113.

20 «El criterio del estatuto científico de una teoría es su falsabilidad, refutabilidad o contrastabilidad». Popper, Karl, *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*, 5.^a ed., 1989, p. 37.

turalmente esto solo es válido en el supuesto de una específica definición de “metafísica” (*i. est.* Derecho natural)». ²¹ A este respecto, no deja de ser revelador que sea esta una (des) calificación compartida de una manera beligerante hacia el positivismo por las nuevas corrientes surgidas desde los años ochenta, entre ellas el llamado *constitucionalismo del bien común*, sobre el que volveremos más adelante.

En todo caso, es obvio que Cappellini no es un positivista *tout court*, pero tampoco, es evidente, comulga con esas nuevas corrientes y su iconoclastia exhibicionista hacia lo preexistente, contra las que se pronuncia expresamente en este libro. Su posición es siempre la de un jurista cuya visión del derecho como creación social, tal y como lo definía su maestro Grossi, le sitúa en una posición de vanguardia en la lucha contra quienes quieren atacar, o incluso destruir, las conquistas sociales que representa el constitucionalismo de entre y posguerra. Y, desde luego, como demuestra en las aportaciones recogidas en este libro, en el que denuncia con contundencia los ataques contra la Constitución, no se muestra muy lejano del Kelsen que en *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920-1929 2.^a) escribía «si desaparece la creencia en la posibilidad de una ciencia libre de los intereses del poder político (o, en nuestro caso, también económico) y, por tanto, digna de la libertad, o si el ideal de la objetividad del conocimiento cede el puesto a otros ideales, se inicia el viraje hacia una actitud espiritual favorable a la autocracia», ²² que es lo que —no hace falta más que dirigir la mirada a nuestro entorno globalizado— viene

21 Schlick, loc. cit. p. 90.

22 Y añade «Un movimiento semejante suele ir de la mano con la alta estima concedida al irracionalismo y el consiguiente menosprecio de lo racional». Hans Kelsen, «Forma de Estado, III, La antítesis entre la primacía del conocimiento y la voluntad», en *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de la segunda edición alemana de Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. Barcelona, Labor, 1934. Reed., Granada, Comares, p. 140.

sucediendo en los últimos años, con los extremismos políticos de ultraderecha en el poder en algunos países europeos y occidentales.

Y es, precisamente, aquí donde emerge otra cuestión singularmente importante. Se trata de la concerniente a los valores que, en ese constitucionalismo de posguerra, van siempre asociados a los «principios». Sin embargo, como ya exponía R. Ingarden en 1965, a pesar del gran interés que habían suscitado en los años posteriores a la SGM, a esas alturas –ni ahora– aún no se habían ni han encontrado satisfactorias respuestas a problemas fundamentales causados por los mismos, en primer lugar el relativo a su propio fundamento.²³ En cualquier caso, para lo que aquí importa y dado que es necesario tener en cuenta «la diversidad esencial entre unos y otros»²⁴ es particularmente interesante detenerse en dos clases de entre las que había señalado la fenomenología husserltiana, escuela a la que Ingarden pertenecía: «los valores de los comportamientos sociales y los valores morales en el sentido preciso (ético) de la palabra».²⁵

Si los primeros pueden encontrar acomodo en la política la sociología y hasta psicología desde el siglo XIX, los segundos plantean una mayor complejidad que dificulta incluso el propio entendimiento entre posturas encontradas en el plano científico y la praxis, complicación a la que aquí y ahora no se prestará atención por superar los márgenes de esta intro-

23 «¿Qué constituye propiamente el fundamento de los valores de una especie fundamental de los de otra?». Ingarden, Roman, *Lo que no sabemos de los valores* (conferencia de 18 de enero de 1965 en Cracovia). Madrid, Ediciones encuentro, 2002, p. 12. También, del mismo, *Sobre el problema de la relatividad de los valores*, Madrid, U. Complutense, 1997 y *Sobre la responsabilidad*. Madrid-Salamanca, Caparrós Editores, 2001.

24 Ingarden, ¿Qué constituye...?, p. 11.

25 Ibid.

ducción.²⁶ Aun así, no está de más recordar que si, en conformidad a uno de los autores que más ha trabajado el tema, Max Scheler, la moralidad es la forma de la vida axiológica, la cuestión, al menos para algunos y me refiero claro está a los neopositivistas, gira en torno a la posición que se adopte con relación a la ética ya que, según afirma Schlick, «el problema central de la ética es solo el interrogar acerca de la explicación causal de la conducta moral: frente a él, todos los demás se reducen al nivel de meros problemas preliminares o adláteres».

Se trata por tanto de una cuestión psicológica porque para el círculo de Viena, la ética solo busca soluciones correctas que quedan fuera de una aplicación práctica,²⁷ lo que en absoluto significa que no tenga importancia para los neopositivistas, sino que opera en un plano y de una forma diferente a la lógica y a los postulados científicos.²⁸ En el plano jurídico implica no su negación, sino una concepción de la misma que, a mi entender, contrarresta la hipervaloración de conceptos tales como el de 'la moral social mayoritaria' utilizado por los no positivistas para rechazar y hasta perseguir a los homosexuales o el feminismo y justificar discriminaciones como el racismo o la pobreza. Aspectos todos ellos que recha-

26 Vid. a este respecto, Scheler, Max, *El Formalismo en la Ética y la Ética de los Valores Materiales* (1913-1916). Traducción española de Hilario Rodríguez Sanz. Madrid, Revista de Occidente, 1941 y Madrid, Caparrós, 2001. Vid. también, entre otros, p. ej., VV. AA., *Ética y política*. Universidad de Valparaíso, 1994, Apel, Karl-Otto, *Ética comunicativa y democracia*. Barcelona, Crítica, 1991; Sánchez-Migallón, Sergio, «Cuestiones acerca de la objetividad y subjetividad de los valores» en *Anuario Filosófico*, XXXVI/3 (2003), pp. 693-713.

27 Schlick, Mauritz, «¿Qué pretende la ética?», en Ayer, *Positivismo*, p. 251 y 266.

28 «Afirmar que los juicios éticos no son juicios fácticos no es decir que no tengan importancia o que no se pueda aducir argumentos en su favor, sino que esos argumentos no operarán como los argumentos lógicos o científicos (...). En las discusiones sobre el positivismo lógico, esta teoría de la ética ha recibido una desproporcionada cantidad de atención, si se tiene en cuenta que se halla situada en la periferia del sistema». Ayer, «Introducción del compilador», en Ayer, *Positivismo*, p. 28.

za abiertamente Cappellini en su defensa de los principios y valores democráticos, en su caso representados egregiamente por la Constitución italiana de 1947.

4. *CAPPELLINI, LA INTERPRETACIÓN Y LOS «NUEVOS CONSTITUCIONALISMOS»*

Desde sus comienzos con sus aportaciones sobre crítica de libros en *los Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, y en especial, su imponente *Systema Iuris*,²⁹ en el que analizaba magistralmente el nacimiento y evolución de la ciencia jurídica alemana desde el siglo XIX, la nota más característica de su producción, pero también de su personalidad, es la lucha irrenunciable e incansable en favor de la democracia y de los derechos. Para Cappellini ambos, no obstante, estaban satisfactoriamente recogidos, a pesar de sus imperfecciones, en la Constitución italiana de 1947 a la que, acertadamente, consideraba un fruto de los pactos realizados en las Constituyentes por los representantes de los partidos antifascistas de distinta y hasta contraria ideología, singularmente el PCI, los socialistas y la Democracia Cristiana.

Todos esos representantes, desde Togliati a Aldo Moro entre los políticos, grandísimos juristas (entre otros, Carlo Esposito, Costantino Mortati, Giuseppe Ugo Rescigno) y otros muy cualificados miembros de profesiones liberales, desde científicos a médicos o químicos y hasta deportistas de alto nivel, mediante diálogo y negociaciones fueron capaces de consensuar un texto que, como decía Grossi y el propio Cappellini secunda, no era impuesto, sino que emergía directamente de

29 *Systema Iuris, I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette, II. Dal sistema alla teoria generali*, Milán, Giuffrè Editore, 1984-1985.

lo social. Entre otras cosas porque aquellos, los representantes, según una muy querida metáfora del maestro florentino, supieron leer y escuchar las aspiraciones de la sociedad en su conjunto.³⁰ Se trataba, en todo caso, de un texto cuyo centro, como en nuestra Constitución de 1931, no era el individuo, y mucho menos el propietario, como en las Constituciones liberales anteriores a la Primera Guerra Mundial, sino la persona y en el que, asimismo, la garantía de los derechos y el ejercicio de los poderes estaban cuidadosamente diseñados.

El problema surge cuando ese edificio comienza a ser atacado desde diversos frentes. Cappellini se centra primordialmente en los llevados a cabo desde finales del siglo pasado y, más recientemente, en los excesos que, apoyándose en circunstancias materiales extremas, cometen los poderes, singularmente el Ejecutivo. El ejemplo por excelencia es la hipervaloración y abuso de la emergencia y los consecuentes estados de excepción y sus efectos, magnificados a nivel mundial durante la pandemia del COVID-19 y la pospandemia. Para Cappellini, que analiza profusamente el tema desde diversas perspectivas en este libro, al igual que para otros expertos, tales abusos incrementan considerable el poder del presidente del Gobierno, introducen prácticas contrarias a la regulación de los actos de gobierno y, aunque producen un desequilibrio no contemplado por los Constituyentes ni previsto por la Constitución, lo cierto es que a principios del siglo XXI son una realidad en casi todas las partes del mundo occidental.

Otros estudiosos, por el contrario, defienden una postura diferente y si bien consideran que «la pandemia fue la prueba de fuego para conocer el “estado de salud” de las instituciones

30 Entre otros en Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico. Un siglo posmoderno*. Traducción Clara Álvarez. Madrid, Marcial Pons, 2011.

que integran la administración» y denuncian la fragilidad institucional y social provocada por la misma, la ven asimismo como una posibilidad positiva de cambio. Como la apertura a una ‘co-creación’ de la gobernanza a partir de la colaboración del sector público y privado ‘que se afianza en la información’ por lo que, para ellos, el mayor riesgo, y el mayor reto, procede no del incremento de competencias de uno de los poderes constitucionalmente reconocidos, sino de la *desinformación*.³¹

No cabe duda de que ese es, si nos atenemos a su reciente aplicación, el peligro más importante y efectivo por manifestarse en el terreno de la praxis, pero no es ni mucho menos el único riesgo que corre en la actualidad el constitucionalismo democrático que tan empeñado está en defender. Las distintas corrientes que se acogen al nombre de posmodernismo surgidas en la segunda mitad del siglo pasado, suponen un ataque al corazón mismo del constitucionalismo de posguerra, heredero del, en mi opinión, más puro y avanzado de entreguerras, de imprevisibles consecuencias dañinas, algunas de las cuales, en apariencia, ya están perfectamente identificadas en la práctica con el surgimiento de regímenes a los que Zakaria, en un tiem-

31 Mariñez Navarro, Freddy y Pineda Guadarrama, Juan de Dios (coords.), *Los nuevos desafíos de la administración pública en una esperada época de postpandemia*. México, Tirant lo Blanch, 2023. Vid. asimismo la interesante recensión del mismo de Eduardo Torres Alonso, en *Iztapalapa Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n.º 96, año 45, enero-junio de 2024, pp. 307-312. Vid. también Rosenstein, Emilia, Mimouni, Serge, Covid-19. *Les politiques sociales à l'épreuve de la pandémie*. Zúrich, Sismo, 2022; Tobón-Tobón, Mary Luz y Mendieta-González, David, «Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano», en *Opinión Jurídica*, n.º 16 (31), 2017, pp. 67-88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>; Zamora, José Antonio, «Y en esto llegó el coronavirus: ‘estado de alarma’, C. Schmitt y la apocalíptica» en *Iglesia Viva*, n.º 281, 2020, pp. 133-138; Comité de Bioética de España. *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus* (2020). <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE-%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarioscoronavirus%20CBE.pdf>.

po ya tan lejano como 1997, denominó *democracia iliberal*.³² Un sintagma este, por cierto, de innegable éxito en los círculos más implicados, tal vez porque su creador defiende que solo son genuinas democracias las occidentales, fundadas en el liberalismo, y no las que florecen en el resto del mundo carentes de esta base o donde no es la principal.³³

En los capítulos de este libro Cappellini, y no precisamente por desconocimiento, solo presta atención a algunos de esos asaltos y sus efectos, que pueden considerarse importantes, aunque en cierta medida tangenciales para lo que aquí interesa. Su análisis es estricta e impecablemente jurídico y supone una llamada de atención a que nos interroguemos acerca de lo que está sucediendo, no solo en el aludido plano del *decision-making process*, sino, también, en el doctrinal. En este sentido, un elocuente contraste lo representa a mi entender la así llamada «teoría del constitucionalismo del bien común», tan celebrada actualmente en los medios británicos y norteamericanos.³⁴

Publicado en 2022, básicamente la tesis del libro *Common Good Constitutionalism*,³⁵ en palabras de su autor, el *Professor of Law* de Harvard A. Vermeule, es que la principal finalidad del orden constitucional no es la protección de la libertad que para él no conforma un fin en sí mismo del constitucionalis-

32 Zakaria, Fareed, «The Rise of Illiberal Democracy», en *Foreign Affairs*; Nov/Dec 1997; 76, 6; ABI/INFORM Globa, pp 22ss. Vid. la crítica de Moller, Jorgen, «A critical note on “The Rise of Illiberal Democracy”» en *Australian journal of political science*, 2008-09, vol. 43 (3), 2008, pp. 555-561.

33 Zakaria, The Rise, p. 23.

34 De hecho, el último número de la *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, n.º 1, junio de 2024, es un monográfico sobre este tema.

35 Vermeule, Adrian, *Common Good Constitutionalism*. Medford, MA: Polity Press. 2022. Su trayectoria en este sentido puede verse a través de la evolución de sus publicaciones. Vid. del mismo, sobre todo, *La abdicación del Derecho. Del imperio del derecho al estado administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2018 y *Law and the limits of reason*. Oxford UP, 2011

mo, sino promover el buen gobierno, de ahí que la ley deba defender la moralidad de la comunidad.³⁶ En su teoría, además, la interpretación, que entronca con lo que sus seguidores denominan ‘tradición jurídica clásica’, adquiere asimismo una función fundamental que ha sido convenientemente elogiada porque «la adopción por parte de Vermeule de la tradición clásica proporciona a su extenso cuerpo de estudios en esta área un ancla conceptual y normativa más explícita y sólida».³⁷ En todo caso, es esta sin duda una teoría que encaja muy bien en el momento actual globalizado y de florecimiento de los populismos en el que vuelven a primer plano las tesis sobre la emergencia surgidas con motivo de la crisis financiera de 2008, tras la cual ilustres juristas como Posner, defensor a ultranza del liberalismo, revisó su teoría acerca del análisis económico del derecho para reforzar el ‘poder de crisis’, esto es, de emergencia, de los Gobiernos.³⁸ De ahí que no sorprenda que, a pesar de sus múltiples y entusiastas seguidores, entre los que M. Foran incluso ha llegado a afirmar que en la teoría de Vermeule «los derechos y el bien común son “co-constitutivos”»,³⁹ también

36 Casey, Conor & Vermeule, Adrian, «Myths of Common Good Constitutionalism», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 45, pp. 103ss.; Casey, Conor, Common Good Constitutionalism: An Introduction (2 de julio de 2024). *Elgar Concise Encyclopedia of Legal Theory and Philosophy*, de próxima aparición, disponible en ssrn: <https://ssrn.com/abstract=4883529>.

37 Casey, Conor, «Continuity and Evolution in Vermeule on Legal Interpretation» en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, núm. 1, junio de 2024, pp. 29-43.

38 Posner, Richard, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Harvard U. P. 2009. Vid. también el reciente artículo de Goupy, Marie, «La dictature et l'autoritarisme en tant que spectres. Retour sur la théorie des pouvoirs de crise d'Eric Posner et d'Adrian Vermeule», en *Droit et société*, n.º 114-115 (2), 2024, pp. 307-329.

39 Foran, Michael, «Equal Dignity and the Common Good», *Harvard journal of law and public policy*, vol. 46 (3), 2023, pp. 1009-1027. Del mismo, «Rights, Common Good and Separation of Powers», *Modern law review*, vol. 86 (3), 2023, pp. 599-628, donde mantiene que «los derechos y el bien común son co-constitutivos: un bien común genuino garantizará la protección de los derechos fundamentales y los derechos genuinamente

haya sido objeto de duras críticas que van desde la censura por, entre otras cosas, su anti-constitucionalismo⁴⁰ a las que subrayan el peso concedido a la moralidad.⁴¹

Si he traído a colación este exitoso tema doctrinal es, como ya he señalado, precisamente porque sirve de contrapunto al pensamiento de Cappellini. Para este, en efecto, ‘el buen gobierno’ en favor de la comunidad en modo alguno excluye, ni puede excluir, la protección de la libertad (derechos): basta seguir lo enunciado por la Constitución donde están expresamente garantizados para darse cuenta de ello. Y aunque, en su caso, también se trata de una cuestión de interpretación, esta se orienta en un sentido muy concreto, sin ninguna o poca coincidencia con los fines que buscan los defensores del constitucionalismo del bien común por más que, aparentemente, compartan el método. Porque también Cappellini recurre a las fuentes originales, pero desde una perspectiva y con una finalidad completamente diferente a los valedores del intencionalismo, originalismo y conceptualismo, en especial el primero, que siempre puede ser opinable.

fundamentales ayudarán a constituir y promover el bien común. Con esto en mente, se presentará una concepción de la separación de poderes en la que los diferentes órganos del estado actúan en colaboración para garantizar que se protejan los derechos fundamentales y que el estado pueda perseguir objetivos que ayuden a promover el bien común».

40 Vid. la recensión de Baude, William & Sachs, Stephen E., «The common Good Manifesto», en *Harvard Law Review*, n.º 136, pp. 860ss., pp. 870ss. siguiendo a Walsh, Kevin C., «Multiple Levels in Common Good Constitutionalism», *Mirror of Just.* (May 27, 2022), <https://mirrorofjustice.blogs.com/mirrorofjustice/2022/05/multiple-levels-in-common-good-constitutionalism.html> [<https://perma.cc/7B33-628R>].

41 «el costo moral de quitarle las decisiones a los individuos y pasarlas a las instituciones estatales: usar la ley para regular una cuestión corre el riesgo de error y puede producir efectos secundarios moralmente significativos al limitar coercitivamente las opciones de las personas. En segundo lugar, la moralidad habla del proceso institucional por el cual se producen las decisiones, así como de su sustancia: la forma en que decidimos es importante». Barber, Nicolas W., Barber, N. W., «In defense of the Common Good», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, n.º 1, junio de 2024, pp. 3 a 14.

En este sentido, lo que el profesor florentino lleva a cabo es, exactamente, la reconstrucción del procedimiento de elaboración del texto constitucional desde los orígenes en la Comisión de Constitución, de búsqueda de enmiendas, de los debates en comisión y en el pleno, de las diferentes redacciones, de lo aprobado y rechazado, en fin, de recuperación de los documentos originales donde consta exactamente el espíritu real de la Constitución y no la siempre interpretable intención del constituyente. Ese trabajo concienzudo que el lector puede seguir paso a paso en este libro se lleva a cabo sobre datos concretos y no conjeturables y con un propósito determinado: denunciar el desmesurado incremento del poder por parte de los gobiernos apoyándose en los estados de excepción lo que, en la práctica, conlleva, como consecuencia de la irresoluble paradoja intrínseca a los mismos,⁴² una total, por así decir, remodelación de la administración que puede llevar al distanciamiento con la sociedad y, con el tiempo, al autoritarismo.

Como defensor de la libertad individual, de los derechos de la comunidad, en definitiva de un derecho constitucional que «ya no (está) centrado en la estabilidad institucional y en la soberanía del Estado sino en la dignidad humana, los derechos fundamentales, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y el concepto de *rule of law*»,⁴³ Cappellini realiza

42 «se resalta lo paradójico del estado de excepción en tanto que, por un lado, se crea para proteger la vida concreta y se vale de ella para dar respuesta a la excepcionalidad y, por otro lado, se erige como posibilidad de retorno a un antes. De esta manera, obvia la responsabilidad de renovación para edificar futuro diferente». Cossio Sepúlveda, Diego León y Giraldo Urrego, Laura María, «El estado de excepción como norma: Una mirada crítica a propósito de la emergencia generada por la COVID-19», en *Opinión Jurídica*, 19(40), 2020, pp. 277-294 recuperado de <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a14>.

43 «La Constitución de Brasil de 1988, la de Colombia de 1991 y la de Venezuela de 1999 entre otras muchas dirigieron su mirada hacia otras tradiciones jurídicas y otras fuentes teóricas (que la francesa y anglosajona). En Colombia, por ejemplo, la Asamblea Nacional constituyente y posteriormente Corte Constitucional a través de su jurisprudencia

una combativa defensa de los derechos tan irreductible como melancólica. En dos sentidos de la palabra melancolía: nostalgia de un tiempo —el de la posguerra italiana— que, pese a las enormes dificultades de naturaleza material, social, doctrinal e ideológica, era esperanzador, por un lado, y, por el otro, esa ‘tristeza vaga, profunda, sosegada y permanente’ por lo que sucede en sociedades que se mueven entre lo útil⁴⁴ y lo fútil. Una melancolía similar a la que sintió Walter Gropius en su crítica al tecnicismo, de la que, entre otros, también participó desde mediados de los cincuenta el propio Heidegger,⁴⁵ cuando, en una conferencia pronunciada en Harvard expuso «¿Estamos en camino de recuperar una visión comprensiva de la unidad del mundo que hemos hecho pedazos?». Y él mismo adelantaba la respuesta:

En nuestra sociedad mecanizada deberíamos enfatizar apasionadamente que aún somos un mundo de hombres y que el hombre, en su medio ambiente, debe ser el centro de toda planificación (...) hemos perdido una genuina escala de valores (mediante la educación de los niños a través de las máquinas).

descubrieron los debates que dieron lugar a la Constitución española de 1978 y a partir de ahí tuvieron conocimiento de los debates que dieron lugar a la Carta Fundamental de Bonn de 1949 y además por el constitucionalismo estadounidense contemporáneo. Se reveló entonces un nuevo sentido para el derecho constitucional ya no centrado en la estabilidad institucional y en la soberanía del estado, sino en la dignidad humana, los derechos fundamentales el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y el concepto de rule of law». Jaramillo, Juan Fernando, García Villegas, Mauricio, Rodríguez Villabona, Andrés Abel, y Uprimny Yepes, Rodrigo. *El Derecho Frente al Poder: Surgimiento, desarrollo y Crítica del Constitucionalismo Moderno*. Universidad Nacional de Colombia, 2018, Prefacio.

44 Ordine, Nuccio, *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*. Barcelona, Acanalado, 2018 (19.^a reimp.), p. 74.

45 La conferencia de Heidegger «Die Frage nach der Technik» de 1954, en la que señalaba cómo la tecnología había cambiado su sentido original de instrumento a convertirse en una «visión del mundo» puede consultarse también en inglés, «The question concerning technologie», recuperado www.futurelearn.com/info/courses/philosophy-of-technology/0/steps/26315.

Por lo tanto, debemos investigar que provocan las relaciones realmente dignas entre los hombres y los hombres y la naturaleza en lugar de ceder a la presión de intereses especiales o de entusiasmos miopes que desean hacer de la mecanización un fin en sí mismo.⁴⁶

Bien entendido que esa ‘unidad del mundo’ a que se refiere el fundador de la Bauhaus no tiene nada en común con la ‘uniformidad’ que impone la globalización, contra la que tan lúcidamente se han manifestado, como el mismo Capellini señala, R. Debray en su elogio de las fronteras y el economista Dani Rodrick, subrayando reiteradamente, desde diversos frentes, sus peligros.⁴⁷

Se trata este de un aspecto que alcanza particularmente al ámbito jurídico en todas sus manifestaciones y Cappellini, que comparte algunos de los puntos de vista de M. Villey sobre la función del derecho,⁴⁸ señala con altísima preocupación en este libro no solo la total carencia de escrúpulos sino los riesgos que conlleva para el constitucionalismo la postura de quienes ya defienden abiertamente la sustitución de la persona humana como sujeto por el hombre máquina. Un cibernético considerado elemento característico de lo que ya se conoce como tercera –y

46 Gropius, *Arquitectura y planeamiento*. Madrid, Ediciones infinito, 2019, pp. 109-110.

47 «Salvaguardar lo excepcional de un lugar y, mediante eso, la singularidad de un pueblo. Introducir una cuña de “lo incambiable” en la sociedad de lo intercambiable, una forma intemporal en un tiempo volátil, lo que no tiene precio en el todo-es-mercancía». Debray, Régis, *Elogio de las fronteras*. Madrid, Gedisa, 2016, p. 36, coincide así en la crítica a la globalización que reiteradamente viene haciendo Rodrik, Dani, *La paradoja de la Globalización*. Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2011 y *Straight Talk on Trade: Ideas for a Sane Economy*, Princeton University Press, 2017, entre otros del mismo autor.

48 Fundamentalmente, la concepción del derecho como protector de la persona contra el Estado por un lado y de incentivo del desarrollo social que tiene que ser administrado. Villey, Michel, *Critique de la pensée juridique moderne*. Paris, Dalloz, 1976, p. 3.

para algunos ya es la cuarta— revolución industrial y su desprecio de la vida humana, como consecuencia de la ‘obsolescencia del hombre’ denunciada por Jünger y Anders años atrás.⁴⁹

Esos son otros de los peligros generados por los actuales enemigos del constitucionalismo moderno, que se prodigan en nuestras sociedades opulentas cuyos integrantes parecen asistir indolentes, cuando no complacidos, a sus ataques. Frente a ellos, la lucha de Cappellini no es la de un don Quijote ante los molinos de viento; por el contrario, es la del jurista comprometido, la del luchador consciente contra lo que su admirado Pasolini denominó lúcidamente ‘el fascismo de los antifascistas’, «hecho de egoísmo, estupidez, incultura, habladurías, moralismo, coacción, conformismo: prestarse de algún modo a contribuir a esta podredumbre es, actualmente, el fascismo».

Señalando, a través de impecables análisis jurídicos, los presentes riesgos para la democracia, se muestra así como el ‘ser fortísimo’ que, según el lúcido y brillante cineasta boloñés, se necesita «para enfrentarse al fascismo como normalidad, como codificación, diría yo, alegre, mundana, socialmente elegida, del fondo brutalmente egoísta de una sociedad».

Ese fascismo, en definitiva, «es el sistema de consumo, que desde los años sesenta se encarga de la homologación cultural de todos los países: un poder sin rostro, sin camisa negra y sin fez, pero capaz de moldear vidas y conciencias».⁵⁰ Y, por ello, añadiré, capaz de hacer tambalear, e incluso, caer, el sistema constitucional tan trabajosamente conseguido, cuyos principios, al decir de algunos, todavía hoy encuentran dificultad para su arraigo en

49 Jünger, Georg Friedrich, *La perfección de la técnica*. Madrid, Página indómita, 2016; Anders, Günther, *La obsolescencia del hombre*, vol. I, *Sobre el alma en la época de la segunda revolución industrial*, y Vol. II, *Sobre la destrucción de la vida en la época de la tercera revolución industrial*. Editorial Pre-Textos. 2011.

50 Pasolini, Pier Paolo, *El fascismo de los antifascistas*. Traducción del italiano y notas de David Paradela López. Madrid, Galaxia Gutenberg, 2021, pp. 16-17.

las zonas que no comparten la misma cultura constitucional,⁵¹ pero a cuya defensa Cappellini se entrega con decisión y solidez científica en unas páginas que no dejarán indiferentes a los lectores.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ÁLVAREZ, Tulio Alberto, «Ratio iuris: entre lo ideal y el mito», en *Revista de la Universidad metropolitana Derecho y Democracia*, 2014, pp. 1ss.

ÁLVAREZ ALONSO, Clara, «Interpretación y equidad: De la aequitas medieval a la epikeia altomoderna», en Aranda Rodríguez, Remedios (ed.), *La interpretación del negocio jurídico en la Historia*. Madrid, Universidad Carlos III, 2017, pp. 79-109.

APEL, Karl-Otto, *Ética comunicativa y democracia*. Barcelona, Crítica, 1991.

AUSTIN, John L., «Verdad» (1950), en Nicolás, Juan Antonio, Frápolli, María José (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid, Tecnos, 1997 pp. 225-26.

AYER, A. J. (compilador), *Positivismo Lógico*. México, FCE, 1959.

AYER, «Introducción del compilador», en Ayer, *Positivismo*, cit.

BARBER, Nicolas W., «In defense of the Common Good», *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, n.º 1, junio de 2024, pp 3-14.

51 Pegoraro, Lucio, «Constitucionalización del derecho y cultura constitucional», en *Revista de derecho político*, n.º 104, (1), 2019, pp. 13-57.

BAUDE, William & SACHS, Stephen E. «The common Good Manifesto», en *Harvard Law Review*, n.º 136, pp. 860ss., pp. 870ss.

BOHM, David, *La Totalidad y el Orden Implicado*, Colección Nueva Ciencia. Barcelona, Editorial Kairós, 2008 (4.ª edic.).

CAPPELLINI, Paolo, *Systema Iuris*, I. *Genesis del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, II. *Dal sistema alla teoria generale*. Milán, Giuffrè Editore, 1984-1985.

——— «Il Mistero di giudicare», *QFSPGM*, n.º 53, 1-2, 2024, págs. 849-856.

CARNAP, Rudolf, «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en Ayer, *Positivismo Lógico*, cit., pp. 6ss.

CASEY, Conor & VERMEULE, Adrian, «Myths of Common Good Constitutionalism», *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 45, pp. 103ss.

——— Common Good Constitutionalism: An Introduction» (2024). *Elgar Concise Encyclopedia of Legal Theory and Philosophy*, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4883529>.

——— «Continuity and Evolution in Vermeule on Legal Interpretation» en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, número 1, junio de 2024, pp. 29-43.

COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA. *Informe del comité de bioética de España sobre los aspectos bioéticos de la priorización de recursos sanitarios en el contexto de la crisis del coronavirus* (2020). <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/Informe%20CBE%20Priorizacion%20de%20recursos%20sanitarioscoronavirus%20CBE.pdf>.

COSTA, Pietro, *Saggi di Storia de la Cultura giuridica europea. I. Scritti metahistoriografici*, Archivio Aperto de los

Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (QFSPGM) anejo al n.º 53, 2024.

COSSIO SEPÚLVEDA, Diego León y GIRALDO URREGO, Laura María, «El estado de excepción como norma: Una mirada crítica a propósito de la emergencia generada por la COVID-19», en *Opinión Jurídica*, 19 (40), 2020, pp. 277–294 recuperado de <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n40a14>.

DEBRAY, Régis. *Elogio de las fronteras*. Madrid, Gedisa, 2016.

DERRIDA, Jacques, *Política de amistad*. Madrid, Trotta, 1998.

DEVILAT, Marcelo Marzouka, «Intercambio, derecho y cultura: un análisis de la supranacionalidad en el comercio internacional», en *Estudios internacionales* 2021, vol. 52 (197), 2021, pp.69-96.

DÍAZ CAMPOS, Karen, DÍAZ, Alejandra, «Crisis del agua en el norte de Chile. Derecho y cultura en los Andes. Sobre los efectos irracionales del derecho», en *Diálogo andino*, n.º 61, 2020, pp. 67-79.

FORAN, Michael, «Equal Dignity and the Common Good», en *Harvard journal of law and public policy*, vol. 46 (3), 2023, pp. 1009-1027.

——— «Rights, Common Good and Separation of Powers », en *Modern law review*, vol. 86 (3), 2023, pp. 599-628.

GOETHE, Johann Wolfgang, *De mi vida. Poesía y verdad*. Traducción introducción y notas, Rosa Sala. Barcelona, Alba Editorial, S. L., 1999.

GOUPY, Marie, «La dictature et l'autoritarism en tant que spectres. Retour sur la théorie des pouvoirs de crise d'Eric Posner et d'Adrian Vermeule», en *Droit et société*, n.º 114-115 (2), 2024, pp. 307-329.

GROPIUS, *Arquitectura y planeamiento*. Madrid, Ediciones infinito, 2019.

GROSSI, Paolo, *El novecientos jurídico. Un siglo posmoderno*. Traducción Clara Álvarez. Madrid, Marcial Pons, 2011.

HAACK, Susan, «El interés por la verdad: qué significa, por qué importa» en Nicolás, Juan Antonio, Frápolli, María José (eds.), *Teorías de la verdad en el siglo XX*. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 53ss.

HEIDEGGER, Martin, *Die Frage nach der Technik* (1954), traduc. inglesa «The question concerning technology», recuperado www.futurelearn.com/info/courses/philosophy-of-technology/0/steps/26315.

HESPAHA, Antonio Manuel. *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Traducción, Antonio Serrano González. Madrid, Tecnos, 2002.

JARAMILLO PÉREZ, Juan Fernando, GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Miguel, y UPRIMNY YEPES, Rodrigo, *El Derecho Frente al Poder: Surgimiento, desarrollo y Crítica del Constitucionalismo Moderno*. Universidad Nacional de Colombia, 2018.

KELSEN, Hans, «Carta de Hans Kelsen a Renato Treves. 3 de agosto de 1933», en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, nº 8, 2012, pp. 175-78.

——— *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de la segunda edición alemana de Rafael Luengo Tapia y Luís Legaz Lacambra. Barcelona, Labor, 1934.

LORENZO CADARSO, Pedro L., *Derecho y cultura política en el siglo XVI: el diálogo Filipino de Lorenzo de San Pedro*. Madrid, BOE, 2017.

MARINELLI, Fabrizio, *Il Diritto altrove. Itinerari giuridici tra letteratura arte religione*. Pisa, Pacini, 2019.

MARIÑEZ NAVARRO, Freddy y PINEDA GUADARRAMA, Juan de Dios (coords.), *Los nuevos desafíos de la administración*

pública en una esperada época de postpandemia. México, Tirant lo Blanch, 2023.

MOLLER, Jörgen, «A critical note on “The Rise of Illiberal Democracy» en *Australian journal of political science*, 2008-09, vol. 43 (3), 2008, pp. 555-561.

MOORE, Tyler, S., «Vittorio Hösle, *Kritik der Verstehenden Vernunft: Eine Grundlegung der Geisteswissenschaften* (2018)» en *The American Journal of Jurisprudence*, vol. 69, n.º 1, junio de 2024, pp. 107-125.

ORDINE, Nuccio, *La utilidad de lo inútil. Manifiesto*. Barcelona, Acantilado, 2018 (19.ª reimp.).

PADRÓS, Carlos, *Derecho y cultura: prontuario elemental para estudiantes de Humanidades*. Barcelona, Atelier, 2000.

PASOLINI, Pier Paolo, *El fascismo de los antifascistas*. Traducción y notas, David Paradela López. Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2001.

PEGORARO, Lucio, «Constitucionalización del derecho y cultura constitucional», en *Revista de derecho político*, vol. 1 (104), 2019, pp. 13-57.

PLA RODRÍGUEZ, Américo, «Derecho y Cultura», en *Revista De La Facultad De Derecho*, n.º 10 pp. 85-94. Recuperado a partir de <https://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/386>.

POPPER, Karl, *Logik der Forschung* (1934), tr. V. Sánchez de Zavala, *La Lógica de la Investigación Científica*. Madrid, Tecnos, 1967.

——— *Conjectures and Refutations: The Growth of Scientific Knowledge*. London, Routledge & K. Paul, 1969 (5th ed. 1989).

POSNER, Richard, *A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression*. Harvard U. P. 2009.

PRINGE, Hernán, «Conocimiento puro y cálculo infinitesimal en el neokantismo de Hermann Cohen», en *Revista latinoamericana de filosofía*, vol. 46, n.º 2, 2020, pp. 273-288.

RODRIK, Dani, *La paradoja de la Globalización*. Barcelona, Antoni Bosch Editor, 2011.

——— *Straight Talk on Trade: Ideas for a Sane Economy*. Princeton University Press, 2017.

ROSENSTEIN, Emilia, Mimouni, Serge, *Covid-19. Les politiques sociales à l'épreuve de la pandémie*. Zúrich, Sismo, 2022.

ROSSI, Giovanni, «“Diritto e letteratura”, sul significato di un connubio di successo» in *Rifrazioni anormale dell'idea di giustizia*. Napoli Essi, 2017.

SAN MIGUEL PÉREZ, Enrique, *Constitución de 1931. Derecho y cultura política: todo lo que soy lo llevo conmigo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

SÁNCHEZ-MIGALLÓN, Sergio, «Cuestiones acerca de la objetividad y subjetividad de los valores» en *Anuario Filosófico*, n.º XXXVI/3, enero 2003, pp. 693-713.

SANTACRUZ LIMA, Rafael, «Derecho y cultura de la legalidad: una propuesta para el restablecimiento social y la paz en México», en *Dilemas contemporáneos: educación, política y valores*, Vol. XII (9), 2024.

SCHELER, Max, *El Formalismo en la Ética y la Ética de los Valores Materiales* (1913-1916). Traducción española de Hilario Rodríguez Sanz. Madrid, Revista de Occidente, 1941 y Madrid, Caparrós, 2001

SCHLICK, Moritz, «Positivismo y realismo», en Ayer, *Positivismo*, cit. pp. 89ss.

——— «Positivismo y realismo», *ibid.*, pp. 89ss.

——— «¿Qué pretende la ética?», *ibid.*, pp. 251ss.

SCHMILL, Ulises, «Diálogo en Marburgo entre Hermann Cohen y Hans Kelsen» en *Libro Doxa 26 Lib.*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

SCHMITT, Carl, *El concepto de lo político*. Madrid, Alianza, 1999.

TOBÓN-TOBÓN, Mary Luz, y MENDIETA-GONZÁLEZ, David, «Los estados de excepción en el régimen constitucional colombiano», en *Opinión Jurídica*, n.º 16, 2017, pp. 67-88. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a3>.

TORRES ALONSO, Eduardo, recensión a Mariñez Navarro, Freddy y Pineda Guadarrama, Juan de Dios (coords.), «Los nuevos desafíos de la administración pública en una esperada época de postpandemia», en *Iztapalapa Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n.º 96, enero-junio de 2024, pp. 307-312.

TOULMIN, Stephen, RIEKE, Richard D., JANIK, Allan, *An Introduction to Reasoning*. New York, MacMiflan, 1984.

VV. AA., *Ética y política*. Universidad de Valparaíso, 1994.

VELO DALBRENTA, Daniele, «Come il lupo della favola. Storie del diritto. Vite di invenzione (per giuristi)», en *Rifrazioni anormale del' idea di giustizia*. Napoli Essi, 2017.

VERMEULE, Adrian, *Common Good Constitutionalism*. Medford, MA: Polity Press. 2022.

——— *La abdicación del Derecho. Del imperio del derecho al estado administrativo*. Valencia, Tirant lo Blanc, 2018.

——— *Law and the limits of reason*. Oxford UP, 2011.

WALSH, Kevin C., «Multiple Levels in Common Good Constitutionalism», *Mirror of Just.* (May 27, 2022), <https://mirrorofjustice.blogs.com/mirrorofjustice/2022/05/multiple-levels-incommon-good-constitutionalism.html> [https://perma.cc/7B33-628R].

ZAKARIA, Fareed, «The Rise of Illiberal Democracy», en *Foreign Affairs*; Nov/Dec 1997; 76, 6; ABI/INFORM Globa, pp. 22ss.

ZAMORA, José Antonio, «Y en esto llegó el coronavirus: 'estado de alarma', C. Schmitt y la apocalíptica» en *Iglesia Viva*, n.º 281, 2020, pp. 133-138.

INTRODUCCIÓN A LA EDICIÓN ESPAÑOLA: GLOSAS PARA UNA AMISTAD

¿Quién nos conoce mejor? Existe una famosa repuesta al respecto y dice que son los que realmente podrían cuestionaros.

«¿Y quién puede cuestionarme realmente? Únicamente yo. Eso es. El otro es mi hermano. El otro resulta ser mi hermano, y el hermano es mi enemigo».

De esta manera, «Nos clasificamos a través del propio enemigo. Se nos cataloga gracias a lo que reconocemos como enemigo» y, en consecuencia, «el enemigo es nuestro propio problema como figura» (*Der Feind ist unsre eigene Frage als Gestalt*).⁵² Pero, como el mismo Schmitt advierte, el primer hermano-enemigo fue Caín.

Si se quiere, se puede (aunque el discurso sería largo)⁵³ pensar que de esta manera hemos identificado aquella «verdad que reside en el poder»;⁵⁴ esto es, el núcleo duro de la acción política. Y ciertamente, en ese terreno, mucho depende realmente de la identificación correcta, históricamente correcta, de

52 Schmitt, Carl, *Ex Captivitate Salus. Esperienze degli anni 1945-1947* (1950). Milano, Adelphi Edizioni, 1987, «La sapienza della cella», p. 92. Traducción española, *Ex captivitate Salus*. Madrid, Mínima Trotta, 2010.

53 Desde una perspectiva muy diferente a la que, a su manera, se refiere el autor cfr. La Pira, Giorgio, *Premesse della Política*. Firenze, Libreria Editrice Fiorentina, 1945.

54 Vid. Luongo, Antonio, *Della «verità che sta nella potenza». Hegel e la critica del diritto 'pubblico' tedesco nella Costituzione della Germania* Torino, G. Giappichelli Editore, 2017.

quién es el enemigo. Un testimonio elocuente en este sentido es, por ejemplo, la controvertida génesis de la SGM.⁵⁵

Sin embargo, hablar como jurista –y como un jurista profundamente preocupado por el ya peligroso destino que le espera al binomio libertad-democracia– tal vez significa liberarse del embrujo de la excepción, lo que no significa su negación sino, por el contrario, enfrentarse a ella. Esto es, superar la idea de la dudosa analogía de que, al igual que para Schmitt, la teología sin milagros sería como una jurisprudencia sin estado de excepción («el estado de excepción tiene para el derecho un significado análogo al milagro para la teología»),⁵⁶ y tomar partido no por el enemigo/acusador que nos conoce muy bien aunque solo para golpearlos en nuestros puntos débiles –y la verdad es que con frecuencia ese tal enemigo somos nosotros mismos– como sabe muy bien un sentido común que, afortunadamente, todavía se resiste a desaparecer, sino por el amigo y su función, antigua y nueva, que hoy es más necesaria que nunca, de constructor de paz. En una palabra, al que se reclama y está llamado a trazar líneas de amistad, aunque tal vez completamente diferentes de las viejas.⁵⁷

Tal y como nos han mostrado acontecimientos recientes, existe una solidaridad original entre el *beruf* (la profesión) del

55 La alusión a nuestros tiempos no es involuntaria. Cfr. Buchanan, Patrick J., *Churchill. Hitler and The Unnecessary War*. New York, Three River Press, 2008 y *Stalin Churchill Roosevelt Attlee Truman carteggio 1941-1945*. Roma, Editori Riuniti, 1964. Traducción española, *Correspondencia secreta de Stalin con Churchill, Attlee, Roosevelt y Truman*. México D. F., Grijalbo, 1958.

56 Cfr. Schmitt, Carl, *Imperium. Conversazioni con Klaus Figgge e Dieter Groh 1971*. Quodlibet, 2015, pp. 173-174.

57 Se trataría de retomar, desde una perspectiva realista, pluralista y menos marcada por un «optimismo jurídico» demasiado acentuado, el tema kelseniano de la paz a través del derecho. cfr. Kelsen, Hans, *La Pace attraverso il Diritto*, a cura di Luigi Ciaurro. Torino, G. Giappichelli Editore, 1990. Traducción española, *La paz por medio del Derecho*. Madrid, Trotta, 2008.

médico y la del jurista. Si cada uno de ellos es fiel a la misma en su propio campo, las huellas de esta solidaridad no solo pueden observarse en la posible metáfora de la ‘cura’ del cuerpo y la sociedad, respectivamente.⁵⁸ Porque la fidelidad al juramento hipocrático existente desde siglos atrás, presupone el paralelismo de la cura, de la sutura de lo que continuamente se rasga en el tejido social y se recompone pacientemente a partir de las instancias y anhelos que expresa la misma sociedad, lo que también podría aplicarse a un momento histórico como el actual. En un momento así, en el que las manifestaciones de disenso e incluso las formas de resistencia pasiva parecen marginarse, cuando no criminalizarse, podría reclamarse una tácita fidelidad del jurista a un juramento latente que debería prestar para, como lo hicieron Abel o, si se prefiere, Gandhi, poder investir o proclamar.

Esta perspectiva implica conjuntamente al jurista ‘positivista’ (sea o no constitucionalista) y al jurista ‘historiador’, los cuales saben perfectamente que «en el charloteo sobre el estado de excepción estatal jamás se apoya al mismo porque (se sabe) que de este modo la legalidad de una Constitución, simplemente, se entrega a sus enemigos».⁵⁹

Por consiguiente, es amigo el que nos conoce de verdad. Y así, parafraseando a Goethe podremos decir «y lo que tú haces, únicamente lo dice tu amigo al día siguiente».⁶⁰

58 El relato conceptual del origen histórico del término «dogmático» en las obras médicas de Galeno, ilustrado de manera convincente en un texto que a menudo se olvida, da testimonio de ello, cfr. Herberger, Maximilian *Dogmatik. zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*. Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1981.

59 Ubicación tomada y adaptada por Carl Schmitt, *Imperium*, cit. p. 216.

60 Es un verso de la poesía Ilmenau, am 3. Septiembre 1783, citado por Schmitt, Carl, *Amleto o Ecuba. L'irrompere del tempo nel gioco del dramma, Presentazione di Carlo Galli*. Bologna, Il Mulino, 2012, «Post-scriptum, Che cosa ho fatto?», p. 119. Traducción española, *Hamlet o Hécuba. La irrupción del tiempo en el drama*. Universidad de Valencia, 1993.

Y el amigo nos conoce verdaderamente porque él es quien participa con nosotros y se identifica con nosotros. Y debido a esta esta intimidad, está en condiciones de traspasar un umbral que, con frecuencia, desconocemos o, al menos, se nos muestra nebuloso. De hecho, es capaz de rediseñar, más allá de las apariencias o de la misma armadura externa que en parte se nos atribuye socialmente y en parte la construimos nosotros mismos, nuestro orden, ya sea interno o intelectual. Y de devolvérselo.

Esto es lo que ha hecho Clara Álvarez, y lo pudo hacer no solo por su mirada clara –a veces los nombres no son ‘puros accidentes’– sino precisamente a causa de la virtud comprensiva de la amistad.

Un lector externo se encuentra ante un texto, ante un libro y un autor, en algunos casos conocido y en otros, desconocido.

Pero el propio autor –que está en condiciones de, por ejemplo, advertir como la secuencia temporal de los artículos se ha recompuesto como si fueran teselas de un mosaico para diseñar otra diferente y más convincente ‘figura’– puede en ocasiones verse a sí mismo en una imagen nueva que ahora se ha desplegado y es ahora más profundamente reconocida.

En una palabra: puedo decir que los artículos compilados pertenecen ciertamente a quien esto escribe, pero el libro es tanto de Clara como mío. Y sin embargo es realmente suyo por cuanto ha entendido sus motivaciones profundas y los ha unido precisamente en un orden que no era inmediatamente evidente.

Solamente añadiré una última pequeña glosa que expresa el sentimiento, inicialmente oscuro y difícil de perfilar, a partir del cual se inició esta fase de la investigación.

Era un sentimiento de malestar, de un profundo y verdadero malestar. Un poco más tarde me encontré ante una página

de Croce, de 1939, que se acerca a expresar —excepto para aquellos «todos» de quien toma su inspiración— el sentido esencial de aquella extraña sensación: «Todos ven y todos admiten que el sentimiento y la idea de la libertad, durante la Gran Guerra y después de esta, han sido fuertemente sacudidos y turbados en el mundo, y no solo han caído los ordenamientos liberales en muchos países donde se creía que estaban bien consolidados, sino por todas partes, y generalmente los ánimos muestran desafección, perplejidad y timidez hacia aquel ideal que ya no llena los corazones y rige y dirige las voluntades».⁶¹

Se trata ciertamente de un malestar que un jurista que estuviera atento a cuanto acontecía más allá de sus propios confines habría podido comprobar ya, por ejemplo, en 1975, cuando vio la luz el *Informe de la comisión Trilateral sobre la gobernabilidad y la democracia*, surgido de la pluma de autores destinados a ejercer una posterior y fuerte influencia en el debate internacional.⁶²

Podría haberse contestado, y tal vez rechazado —lo que sucedió en parte—, con ocasión de la difusión el 28 de mayo de 2013 de otro informe, en esta ocasión procedente del entorno de la banca de inversión y mayoreo JP Morgan que, precisamente en relación con las exigencias de inversión financiera necesariamente derivadas —según ellos— del proceso de globalización, ‘rechazaron’ las Constituciones europeas nacidas del antifascismo.⁶³ Sin embargo, en seguida se relegó a un rápido olvido, característico de una sociedad globalizada y mediática.

61 Croce, Benedetto, *La Teoria della Libertà*. Bari, Nuova Edizione, Gius. Laterza & Figli, 1945, p. 7.

62 Crozier, Michel, Huntington, Samuel P., Watanuki, Joji, *La Crisi della Democrazia. Rapporto alla Commissione Trilaterale sulla Governabilità delle Democrazie*. Le due rose Editore, 2023. Traducción española (parcial) de Bibiana Muñoz Clares, en *Sociología histórica*, n.º 1, 2012, pp. 311-329.

63 Cfr. entre otros Sorrentino, Riccardo, «Troppo socialismo, JP Morgan boccia le cos-

Y esto es tan cierto que, al final, se ha pasado, y no sin fundamento, a hablar directamente de postdemocracia.⁶⁴

Puede que tal vez este malestar tenga un lado activo e históricamente definido. Lo vio muy bien Gramsci, autor que, por lo demás, no hemos frecuentado mucho hasta el momento, y que no por casualidad lo señala nuevamente durante el periodo de la primera posguerra mundial en un artículo escrito para el periódico *Il Grido del Popolo* de 17 de agosto de 1918:

Se ha efectuado una excavación más profunda en el grupo social... la vida del pensamiento se está sustituyendo por la inercia mental, por la indiferencia: esa es la primera de las sustituciones revolucionarias. Se forma un nuevo hábito y es el de no temer los hechos nuevos, en primer lugar, porque no podemos estar peor de lo que estamos, y después, porque se nos convence que vendrán cosas mejores. Ha comenzado el proceso ideal del régimen y ha comenzado su declaración de bancarrota, por eso ha perdido la confianza instintiva y borreguil de los indiferentes, porque ha cerrado demasiadas puertas... Durante tres años han disfrutado de la confianza de una pequeña parte activa de la sociedad: han disciplinado exteriormente la inmensa pasividad social, los indiferentes; la otra parte activa, la que no sufre externamente, no les ha dado su confianza, su colaboración. Ahora bien, también la inmensa pasividad se organiza con el pensamiento, se disciplina no siguiendo esquemas externos sino según las necesidades de su propia vida y de su naciente pensamiento. No necesitan el acuerdo de la armonía

tituzioni europee» en *Il Sole 24 Ore*, 12 giugno 2013.

64 Crouch, Colin, *Postdemocrazia*. Roma-Bari, Editori Laterza, 2022. Traducción española. *Posdemocracia*. Madrid, Taurus, 2004. Vid. también Canfora, Luciano, *La Democrazia. Storia di una ideologia*. Roma-Bari, Editori Laterza, 2004. Traducción española, *La Democracia. Historia de una ideología*. Barcelona, Crítica, 2004.

preestablecida. Si, como hacia Leibniz, comparamos los números de esta humanidad al uso de los relojes en una relojería, observamos la misma acción: la armonía preestablecida, el señalamiento de todos de la misma hora, que todos piensen lo mismo, el estar todos asediados por una misma turbación, no es el resultado de un acuerdo, de un cambio de voluntad. El malestar es el relojero que hace saltar todos los resortes juntos, que da un movimiento sincronizado a todas las agujas. El malestar es el relojero que ha creado una unidad social nueva, con nuevos estímulos, no exteriores, sino internos. Una unidad social más extensa que la que existía ayer, determinada por la misma causa. Ayer el malestar era la relación insatisfactoria entre un determinado pensamiento político y económico, entre una necesidad y una desilusión. Hoy es la misma relación, acogida por una multitud, casi una totalidad. Y es la continuación de nuestro ayer, es para nosotros una continuidad, porque la vida siempre es una revolución, una sustitución de valores, de personas, de categorías, de clases. Los hombres, sin embargo, otorgan el nombre de revolución a la gran revolución, a aquella en la que participa el máximo número de individuos, que intercambia un mayor número de relaciones, que destruye todo un equilibrio para sustituirlo enteramente por otro orgánico. Nosotros nos distinguimos de los otros hombres porque concebimos la vida siempre revolucionaria, por tanto, mañana no declararemos que es definitivo el mundo que hemos realizado, sino que siempre dejaremos abierta la vía hacia lo mejor, hacia armonías superiores. Jamás seremos conservadores, ni siquiera en un régimen socialista, sino que queremos que el relojero de las revoluciones no sea un hecho mecánico como el malestar,

sino que sea la audacia del pensamiento que crea mitos sociales siempre más elevados y luminosos.⁶⁵

Construir la ciudad futura es una tarea que todavía tenemos que cumplir. Y nos espera, nos debe esperar, si queremos tener fe en nuestro *ser jurisprudentes*.

Paolo Cappellini
Florencia, 22 de enero de 2025

65 Gramsci, Antonio, *La Città Futura 1917-1918*. Torino, Giulio Einaudi editore, 1982, «L'Orologiaio», pp. 281-283. Traducción española, *Escritos de juventud (1917-1918)*. Tomo 2.º, *La Ciudad futura*. Traducción y notas Patricia Carina Dip. Buenos Aires, Editorial Gorla, 2019.

CAPÍTULO I

Et propter vitam, vivendi perdere causas
(y a causa de la vida, perder la razón para vivir)

(Juvenal)

Excepción. Decid que confirma la regla, pero no oséis explicar cómo
(Flaubert)

... miedo a morir, ese error materialista del mundo occidental, por el
que, quizá, perecerá
(Paul Morand)

Solo deseo que Dios, o quien ocupe su lugar, mantenga alejado de este
país un sistema político que nos obligue a todos a creer, a obedecer y a
luchar, o a ser «mejores» de lo que somos; en otras palabras, que preserve
nuestra libertad, aunque esta sea una palabra que provoque risa

(Ennio Flaiano)

LA CONSTITUCIÓN INVISIBLE O CÓMO LA EMERGENCIA PONE A PRUEBA LA CONSTITUCIÓN Y LA DEMOCRACIA. REFLEXIONES DE UN MELANCÓLICO

1. *HISTORIA Y MELANCOLÍA*

No es necesario llevar a cabo profundas investigaciones para averiguar las causas de por qué nos invade con frecuencia la melancolía en los tiempos que corren.⁶⁶ He de añadir, sin embargo, que la referencia a que alude el subtítulo de este capítulo está directamente relacionada con el oficio de historiador que el autor de estas reflexiones trata de ejercer en el marco de una contemporaneidad que, pese a todo, cada vez dista más de merecer ser considerada relevante.⁶⁷ Un hecho este que quizá en ocasiones, cuando no con frecuencia, produce –mejor aún, produciría si se prestase atención– efectos perturbadores.

El historiador recuerda a menudo textos y acontecimientos que sería mucho mejor relegar al olvido y que, a menudo,

66 Vid., obligatoriamente, al menos Minois, Georges, *Storia del male di vivere. Dalla malinconia alla depressione*. Bari, Edizioni Dedalo, 2005; Lippi, Donatella; Cabras, P. Luigi; Lovito, Francesca, *Due millenni di "melancholia". Una storia della depressione*. Bologna, 2005. La historia del aumento de los fenómenos depresivos, especialmente entre los jóvenes y muy jóvenes, como consecuencia de la epidemia y de las medidas de contención utilizadas (el llamado 'distanciamiento social', DAD, Lockdown, etc.) está aún por escribir. Hay algunas referencias en Delmastro, Marco; Zamariola, Giorgia, Depressive symptoms in response to COVID-19 and lockdown: a cross-sectional study on the Italian population. *Scientific Reports*, 10, 2020 article number 22457, <https://doi.org/10.1038/s41598-020-79850-6>. Y para un primer y lúcido análisis, vid. Biffarini, Ilaria, *Il Grande Reset. Dalla pandemia alla nuova normalità*. Milano, Edizioni FAG, 2021, pp. 41-80.

67 Cfr. Prosperi, Adriano, *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*. Torino, Einaudi, 2021 y vid. también Cappellini, Paolo, «La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della 'mondializzazione'», in Birocchi, Italo e Brutti, Massimo (a cura di). *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 285-294.

lo son de manera irreversible. Al menos contemplados en toda su complejidad.

He comenzado —o mejor, continuado—⁶⁸ esta reflexión recordando, e intentando hacer que se recuerde, un texto que parece provenir de un lejano pasado, pero que tal vez no está tan alejado si se presenta, como lo está, bajo otras y mucho más sutiles formas. Se trata de un texto en el que se elige deliberadamente usar la expresión como una invención, como la síntesis de lo que, si se quiere, no necesita estar en correspondencia con el espíritu del tiempo para llegar a formar parte de la colectividad, de la sociedad en la que se vive.

Naturalmente, esto requiere que alguien «te ilumine», que indique la dirección correcta:

y no, por cierto, para repetirte y ponerte al día de lo que los periódicos y revistas han publicado en los últimos tiempos, sino solo para aclarar algunas de nuestras actitudes, sobre todo frente a aquella clase de melancólicos⁶⁹ que se sienten molestos

68 Este texto continúa una reflexión que he iniciado hace tiempo. Cfr. Cappellini, Paolo, «Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell' "Inverted Totalitarianism"», Meccarelli, M.; Palchetti, P.; Sotis, C. *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata, Eum edizioni 2011, pp. 41-101; Cappellini, «La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale'» *GLOSSAE*, vol. 10, 2013, pp. 137-159; Cappellini, «Pensare l'eccezione», in Smorti, A. (a cura di). *L'eccezione e la regola. Opposizioni, convergenze, paradossi*. Firenze: S.E.I.D. Editori, 2014, pp. 237-254; Cappellini, Paolo; Cardone, Andrea, «Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem», AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I. Torino, Giappichelli, 2016, pp. 399-411. Vid, sobre todo, Cappellini, Paolo, «Società postmortale e derive biogiuridiche», *La Memoria e le Memorie. Atti delle giornate interdisciplinari di bioetica, Centro di ricerca "Bios & Law"*, 18-19 maggio 2012, a cura di Salvo Randazzo. Catania, 2014, pp. 97-114, y Cappellini, Paolo, «L'ipotesi Tocqueville. Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico'», en *História do Direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, vol. 1, n.º 1. Curitiba: UFPR, 2020, pp. 291-316.

69 Ciertamente hoy se usan otras definiciones (conspirativas, etc.), pero los propósitos de selección, del debate, no cambian sustancialmente. Resulta, sin embargo, bastante

cada vez que el régimen revolucionario enfrenta y resuelve los problemas que deben dar a Italia generaciones cada vez mejores. A esta clase de melancólicos decimos desde ya que no vamos a ahorrarles más sufrimientos. Y a quien nos pregunta cuando existirá un tiempo de tranquilidad, un periodo de descanso, le respondemos: jamás.⁷⁰

2. *TODOS ESTAMOS EN PELIGRO*

Tal vez a esta categoría de melancólicos pertenecía también Pier Paolo Pasolini. No muchos, a día de hoy, recordarán su última entrevista concedida a Furio Colombo.⁷¹ En ella, con un pronóstico que desde luego no era únicamente una creación personal, sino que, por el contrario, procedía sobre todo de la observación del conjunto de las vicisitudes que rodeaban la

sorprendente que una de tales definiciones que, quizá por casualidad, trata precisamente de un debate historiográfico sobre aquella época 'negacionista' haya 'pasado sin provocar indignación'; una indignación legítimamente merecida dado el paralelismo indebido, por no decir atroz, que establece.

70 El texto, asumiendo la pátina del tiempo 'pasado', continúa: «El fascismo, para su mañana, para el futuro de la Patria, mantendrá a los italianos, todos los días, a cada hora, espiritualmente en movimiento, siempre despiertos y laboriosos y no sentirá remordimiento si les roba algunas horas de sueño. ¿No hemos aceptado vivir peligrosamente? Digamos entonces a los que están enfermos de gota, a los que sufren de palpitaciones del corazón, a los que llevan la insignia en el ojal para participar en una competición o para satisfacer su ambición, que se hagan a un lado, si no tienen el corazón para seguirnos, y que faciliten nuestra audaz marcha que ha marcado nuestro camino de victorias, de gran satisfacción y de grandes éxitos. El río llega más puro a su delta si los escombros se detienen en la orilla o terminan en los estanques pestilentes». Farinacci, Roberto, *Realtà storiche*. Cremona, Stab. Tip. Soc. Ed. Cremona Nuova, 1939, pp. 83-84. Más icásticamente, o de un modo icásticamente diferente, León Trotsky habló de la «basura de la historia» como un lugar de destino para los «disidentes» y los adversarios.

71 Tuttolibri, I, 2, 8 noviembre 1975, ahora en Pasolini, Pier Paolo, *Saggi sulla Politica e sulla Società*, a cura di Walter Siti e Silvia de Laude con un saggio di Piergiorgio Bellocchio. Cronologia a cura di Nico Naldini. Milano, Arnoldo Mondadori Editore, 1999, pp. 1723-1730.

transformación antropológica y social que se esforzaba por comprender, formuló una afirmación que se utilizó como titular de su entrevista. Después de responder, a quienes le reprochaban que su concepción de la sociedad estaba dirigida a salvar solo a gente ‘primitiva’, que si hubiera utilizado en su lugar la expresión «más avanzada» esos mismos se hubieran «estremecido» igualmente, contestó a la apremiante pregunta del entrevistador «Si no queremos usar frases hechas, debe haber, al menos, una indicación al respecto. Por ejemplo, en la ciencia-ficción, al igual que en el nazismo, siempre se queman los libros como gesto inicial del exterminio. Si se cierran las escuelas y se cierra la televisión, ¿cómo animas tu pesebre?». La respuesta subraya de una manera verdaderamente melancólica la dificultad de transmitir, incluso a las personas más cercanas, una ‘visión’, un mensaje que le parecía que llegaba hasta las raíces más profundas de los problemas pero que, sin embargo, no se escuchaba a causa de la ausencia de una ‘vista’ común:

Creo que ya se lo he explicado a Moravia... Cerrar, en mi lenguaje, quiere decir cambiar. Pero cambiar de un modo tan drástico y desesperado como drástica y desesperada es la situación. Por ejemplo, lo que imposibilita un verdadero debate con Moravia y sobre todo con Firpo, es que parecemos personas que no ven la misma escena, que no conocen la misma gente, que no escuchan las mismas voces. Para vosotros las cosas suceden cuando existe una crónica, bella, elaborada, paginada, acabada y titulada. Pero ¿qué hay debajo? Aquí falta el cirujano que tiene el valor de examinar el tejido y decir: señores, esto es un cáncer, no es un tumor benigno ¿Qué es el cáncer? Es algo que cambia *todas* las células, que las hace crecer *todas* de una manera descontrolada, al margen de cualquier lógica anterior ¿Es nostálgico el enfermo que sueña con la salud que disfrutaba

antes de la enfermedad, aunque entonces fuera un estúpido y un desgraciado? Y digo con anterioridad al cáncer. Por consiguiente, antes que nada, será preciso llevar a cabo no sé qué esfuerzo para tener la misma imagen. Escucho a los políticos con sus ‘formulitas’, a todos los políticos, y me vuelvo loco. No saben de qué países hablan, están tan lejos como la luna. Al igual que los literatos y los sociólogos. Y los expertos de cualquier clase que sean.

En ese momento, Furio Colombo le preguntó por qué se presentaba a sí mismo como una «excepción»: «¿Por qué piensas que para ti algunas cosas están más claras?». La respuesta es objetiva, de una objetividad «proféticamente impersonal»: «no querría hablar más de mí, tal vez he hablado demasiado. Todos saben que yo pago personalmente por mis experiencias. Pero también están mis libros y mis películas. Quizás soy yo el que está equivocado. *Aun así, sigo diciendo que estamos todos en peligro*». ⁷² El texto que, por lo demás, Pasolini quería revisar a la mañana siguiente, se cierra con las palabras, secas y doloridas, de Furio Colombo: «Al día siguiente, domingo, el cuerpo sin vida de Pier Paolo Pasolini estaba en el depósito de cadáveres de la policía de Roma».

Por entonces se estaba levantando aquella enorme ola que, poco después, tras encontrar una fecha decisiva en el secuestro y asesinato de Aldo Moro, alcanzaría su cresta más alta en los años noventa con el ocaso definitivo del sistema de los partidos que habían ‘hecho’ la Constitución, a pesar de —cómo no sin razón se ha señalado en un libro— la tesis de Sciascia de que «sería necesario que todos los italianos la leyeran». ⁷³ Era como si tras sus primeros treinta años de vida ya se ignorase una parte de la misma y, por consiguiente —aunque este asunto no nos parece estar

72 Pasolini, *Saggi*, p. 1729-1730 —el último subrayado es mío—.

73 D’Antonio, Mario, *La Costituzione di carta*. Arnoldo Mondadori Editore, 1978.

muy presente en las reconstrucciones realizadas por los constitucionalistas— se hubiera producido la primera, pero relevantísima, mutación de la «constitución material» del país.⁷⁴

Sería un atrevimiento por mi parte sintetizar en una sola referencia lo que Pasolini intentaba señalar como la raíz más profunda de la enfermedad. Tal vez es posible encontrar un cierto sentido si recordamos lo que, apenas un año antes, el propio Pasolini afirmaba en un trabajo, incorporado posteriormente a sus *Scritti Corsari*, titulado «El genocidio».⁷⁵ El tema principal, que se ponía de manifiesto, y quizá no por casualidad, en una crítica a las tesis sostenidas por Napolitano con ocasión de la Fiesta de la Unidad de Milán en el verano de 1974, era el del genocidio: «Sostengo que la destrucción y sustitución de valores en la actual sociedad italiana nos lleva, incluso sin necesidad de masacres y fusilamientos de masas, a la eliminación de grandes sectores de la misma sociedad».

Uno de los instrumentos utilizados por el poder para conseguir este objetivo era, en su opinión, «el desarrollo sin progreso». Y es, precisamente, en este punto donde introduce una referencia, realista y simbólica al mismo tiempo, a una figura que, ya en esa época, también había pronosticado lúcidamente la dimensión 'global' de tal perspectiva: «¿Qué clase de desarrollo requiere

74 Se debe profundizar en la sugerencia, presente en la entrevista con el senador Pellegrino, de que esto también sucedió sobre la base de un «diseño tecnocrático»; cfr. Fasanella, Giovanni; Pellegrino, Giovanni, *La guerra civile*. Rizzoli, BUR. 2005, pp. 116ss. Una lúcida puesta a punto del tema en Lanchester, Fulco. *La Costituzione tra elasticità e rottura*. Milano, Giuffrè Editore, 2011, pp. 52ss., que sitúa la ruptura en los años 1991/1992 con «la desaparición de las fuerzas que conformaban la base de la propia Constitución» y con la consiguiente mutación de la fuente de legitimidad de los valores en los que se funda: «Para anclar los valores constitucionales es, por lo tanto, necesaria una referencia a los elementos cimentales externos. De ahí surge, por un lado, la externalización de los valores constitucionales tanto en el espacio como en el tiempo, con la afirmación de su arraigo en un movimiento mundial y en su arraigo a nivel europeo».

75 Pasolini, *Saggi*, pp. 511-517.

este poder? Si queréis entenderlo mejor, leed aquella conferencia que Celis pronuncio a los alumnos (oficiales de la Academia) de Módena que cité anteriormente y encontraréis allí una noción de desarrollo como poder multinacional –o, como dicen los sociólogos, transnacional– instaurado, entre otras cosas, sobre un ejército que ya no es nacional, que es tecnológicamente avanzado pero ajeno a la realidad del propio país». ⁷⁶

Es evidente que, intelectualmente, Pasolini era, por así decir, ‘coetáneo’ de Eisenhower, el trigésimo cuarto presidente de los Estados Unidos, cuando en su discurso de despedida pronunciado el 17 de enero de 1961 denunciaba la peligrosidad que suponía para la democracia el «complejo militar-industrial». Sin ser plenamente consciente de ello, probablemente debido a la falta de difusión incluso en el plano de la ‘alta’ cultura de los instrumentos de análisis histórico-jurídicos, Pasolini, con la apelación al genocidio, señalaba e incidía en una (oscurísima) sombra que acompaña el avance de la modernidad desde la declaración revolucionaria de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Se trata de la representada por las «*exécrationes nationicides*» descritas por Gracchus Babeuf (1760-1797) en la obra sobre la guerra de La Vendée publicada en 1794 con el título *Du Système de Dépopulation*, las cuales, y no por casualidad, suponen el precedente lingüístico más inmediato de la acuñación del término *genocidido* por Raphael Lemkin en 1944. ⁷⁷

Tomando como base la reflexión weberiana sobre el poder carismático, releída ahora a la luz del análisis del nazismo realizado por Tacott Parsons en los años cuarenta del siglo pasado,

⁷⁶ Ibid., pp. 511 y 514-515.

⁷⁷ Cfr. Leotta, Carmelo Domenico, *Il genocidio nel Diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1989, pp. 73-76) y Secher, Reynald, *Il genocidio vandeano. Prefazione di Jean Meyer. Presentazione di Pierre Chaunu*. Milano, effedieffe, 1989.

llegó a la conclusión de que desde el momento en que esta forma de poder renunció a la proyección religiosa ‘ultraterrena’ que lo había conducido hacia una forma de asociación política comunitaria de tipo ‘tradicionalista’ y, como era típico de la modernidad, se orientó hacia una forma meramente ‘terrena’ de poder, esta, a causa de la necesaria transformación del carisma en una práctica cotidiana, no solo tuvo que fundarse sobre la violencia sino que estableció un vínculo indisoluble con el terror y el genocidio.⁷⁸

Y la «comunidad ficticia» que, tras la higienización biopolítica de la población ‘purificada’ –la única que, una vez excluida su ‘parte enferma’, puede conformar tal comunidad– se construyó a partir de la ideología concebida como ‘religión civil’, se mantiene gracias a los «estados de emergencia permanentes».⁷⁹ En este sentido, quizá pueda parecer demasiado extremosa la conclusión pasoliniana⁸⁰ que autores como Bauman y Dahrendorf, han adelantado acerca de la racionalidad moderna en general y de las democracias de posguerra en particular:

Pero la racionalidad, que reina incuestionada en el mundo moderno, es solo la variante más ingenua del elemento irracional (o, mejor, en última instancia del elemento racional instru-

78 Vid. la aportación fundamental de Gerhardt, Uta, *Genocidio e carisma. Analisi sociologica del potere nazionalsocialista*. Sant’Oreste, apeiron, 2004.

79 Gerhardt, *Genocidio*, p. 90.

80 Pasolini, *Saggi*, pp.516-517: «He aquí la angustia de un hombre de mi generación, que ha visto la guerra, los nazis, las SS, que sufrió un trauma que nunca fue totalmente superado. Cuando veo a mi alrededor a los jóvenes que están perdiendo los viejos valores populares y absorbiendo los nuevos modelos impuestos por el capitalismo, arriesgándose así a una forma de deshumanización, a una forma de afasia atroz, a una ausencia brutal de capacidad crítica, a una pasividad facciosa, recuerdo que estas eran justamente las formas típicas de las SS y veo la horrible sombra de la cruz gamada que se extiende sobre nuestras ciudades. Ciertamente, la mía es una visión apocalíptica. Pero sí, junto a ella y a la angustia que la desencadena, no poseyese también yo un elemento de optimismo, esto es, el pensamiento de que existe la posibilidad de luchar contra todo esto, y no estar aquí, entre vosotros, hablando simplemente».

mental) del Nacionalsocialismo, o mejor aún, de la dictadura del *Führer*. La sociedad regulada sobre la eficiencia, sostienen ambos autores a propósito del análisis de la racionalidad, no es inmune en absoluto; por el contrario, es más bien la legítima heredera del reino del terror en el que, precisamente, se extendió el sistema del terror.⁸¹

Resta todavía por hacer alguna que otra reflexión a este respecto. Sobre todo, las que versan sobre ciertas renovadas perspectivas de intervención biopolítica que la situación de emergencia epidémica ha convertido en actuales y realizables. Los autores, aunque no ciertamente la procedencia de los roles, han cambiado y quizá por ello sería necesario hablar hoy por hoy de ‘complejo médico-(militar)industrial’.

Con seguridad, Pasolini encontraría una nueva fuente para su análisis en la lectura de las tesis de un Klaus Schwab⁸² (2020), *Founder and Executive Chairman* (presidente ejecutivo) del *World Economic Forum* (Forum de Davos) que considera la epidemia del Covid-19 una ‘oportunidad’ para un –más bien, el– ‘Great Reset’ (el Gran Reinicio), definido de una manera más inofensiva como «la cuarta revolución industrial».⁸³ Tesis

81 Gerhard, *Genocidio*, p. 87.

82 Schwab, Klaus; Malleret, Thierry, *COVID-19: The Great RESET*. Forum Publishing, Amazon Italia, 2020.

83 Naturalmente, en el cuadro esbozado, observamos, con referencia al Macro-Reset necesario en cada ámbito de la vida, en primer lugar «the return of “big” government» –«el retorno del “gran” gobierno»– (pp. 89ss.), lo que necesariamente presupone un «Enlightened leadership» –«liderazgo ilustrado»– particularmente para el buen ‘uso’ de la pandemia en relación con los cambios climáticos, desde una perspectiva de despoblamiento y transhumanista de la memoria gatesiana. Una perspectiva de revalorización del «despotismo ilustrado» que avanzaba a pasos agigantados, aunque no percibidos en el plano de la conciencia colectiva, en los ámbitos más diversos. Recordemos, a modo de ejemplo, algunas palabras que muestran que es precisamente en la apariencia y en lo explícito donde el «significado» está «escondido». Como bien sabían Poe y Chesterton, el mejor lugar para ocultar algo es colocarlo frente a los ojos de todos. No debemos engañarnos, el «proyecto» no está oculto,

esta que no dudaba en proclamar, incluso antes de la verificación de los sucesos aceleradores de la enfermedad, la necesidad trans-humanista⁸⁴ de llevar a cabo una «redefinición de la naturaleza

sino que, en momentos diferentes y repetidos, es claramente explícito: solo que, como con acierto señaló Pasolini, permanece invisible para la mayoría. Uno de los más célebres expertos, y no solo en Italia, en derecho mercantil y asimismo en derecho mercantil global –me refiero obviamente a Francesco Galgano– nos lo ha indicado claramente en un párrafo que, no por casualidad, viene inmediatamente después del destinado al «renacimiento de la *lex mercatoria*», dedicado por cierto a un tema introducido con aparente naturalidad: el advenimiento de la tecnodemocracia (Galgano, Francesco, *Lex mercatoria*. Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 240-242). El pasaje representa la culminación de un camino que armoniza muy bien con lo que se ha indicado anteriormente, por consiguiente, lo dejamos *sine glossa*, a excepción del recuerdo del título de un libro de Romano Guardini, que merece ser leído y releído: *El fin de la era moderna*. Escuchemos a Galgano: «La cultura liberal estadounidense protesta por el poder ilimitado del presidente de la Reserva Federal, cuyas decisiones son esperadas con impaciencia por las empresas y los gobiernos de todo el mundo. Denuncia la contradicción con los principios de la democracia, que busca en la investidura popular la legitimidad de todo poder, según la conocida fórmula de Rousseau. Pero es lícito preguntarse acerca del sentido que tendría, para quien gobierna todo el mundo, ser elegido por ciudadanos de los Estados Unidos. En una sociedad que, como la actual, tiende a organizarse sobre una base planetaria, más allá de la fragmentación de los Estados nacionales individuales, la legitimidad del poder se desplaza hacia bases distintas a las tradicionales. La democracia sigue significando un gobierno basado en el consentimiento de los gobernados; tecnodemocracia es un concepto nuevo que, sin embargo, parece repudiar la búsqueda de consensos. Debemos repensar a Rousseau y, sobre todo, a Montesquieu. Este último había escrito: “Entre el despotismo ilustrado y la democracia prefiero la democracia; pero solo porque no hay garantía de que el despotismo sea ilustrado”. Ahora, con el advenimiento de la sociedad global, solo nos queda pensar en los caminos y formas que pueden asegurar que el despotismo sea verdaderamente ilustrado. Solo una filosofía pesimista podría traducir esta estimación en términos de esperanza pura y simple, y concluir que no nos queda más que esperar que el despotismo sea ilustrado. Los juristas, por su parte, ya se están preparando para llevar a cabo esta tarea”. En los últimos meses hemos estado experimentando el realismo de esta última conclusión, en lo que respecta a los juristas. Por nuestra parte, si aún nos atrevemos a llamarnos así, todavía nos queda una palabra por decir, por cuanto al lado del «falso pesimismo [...] también existe un pesimismo justo, sin el cual no se puede hacer nada grande. Es la fuerza amarga que vuelve valiente al corazón y al espíritu laborioso capaz de llevar a cabo obras duraderas». (Guardini, Romano, «Sul Problema della Democrazia. Un tentativo di chiarimento» in *Opera Omnia VI. Scritti Politici*. Brescia, Morcelliana, 1946, pp. 357-364). Y tal vez debería decirlo un Bartleby, actuando esta vez como ‘jurista’: «I would prefer not to do» (‘Preferiría no hacerlo’).

84 Para una primera aproximación a esta ideología que está permeando ampliamente una larga serie de temas, científicos o no, vinculados la versión blanda del Gran Reinicio –Grand Reset– (también llamado por su sinónimo más ‘acceptable’), es decir, la necesi-

humana» a través de los instrumentos de la tecnología digital y de la genética que, por lo demás, ya está permitiendo ‘patentar’ partes del cuerpo humano unidas simbióticamente a ‘prótesis’ tecnológicas:

Modificar al ser humano. *La distinción entre tecnología y seres humanos es cada vez menos nítida*. Esto, sin embargo, no afecta solo a la capacidad de crear robots que parecen tener vida propia u organismos sintéticos *sino más bien al hecho de que las nuevas tecnologías puedan literalmente llegar a formar parte de nosotros* porque las innovaciones tecnológicas ya influyen en el modo en que nos comprendemos a nosotros mismos, pensamos en los demás y definimos la realidad que nos rodea. Las tecnologías discutidas en esta sección ofrecen un mayor acceso a algunas partes del organismo y con ellas es posible insertar innovaciones digitales en el interior de nuestro cuerpo. La figura del *cyborg* ya no sería tan sorprendente *en la medida que los próximos años serán testigos de una curiosa combinación entre vida digital y analógica que redefinirá nuestra verdadera naturaleza*. Los capítulos de esta sección examinan, por consiguiente,

dad de gobernar globalmente la «cuarta revolución industrial», Vid., al menos, Lafontaine, Céline, *Il sogno dell'immortalità. La società postmortale. Morte individuo e legame sociale nell'epoca delle tecnoscienze*. Milano, Medusa, 2009; Vatinno, Giuseppe, *Il Transumanesimo. Una nuova filosofia per l'uomo del XXI secolo*. Armando Editore, 2010; Barcellona, Pietro (et alii), *Apocalisse e Post-umano. Il crepuscolo della modernità*. Bari, Edizioni Dedalo, 2007; Mannoni, Stefano, *Millenarismo 2.0: il diritto al cospetto della nuova era digitale*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; Galván, José M., «Transumanesimo e human enhancement», in *Bollettino di dottrina sociale della Chiesa*, aprile-giugno 2016, n.º 21, anno XII, pp. 47-52. Hay asimismo indicaciones en Cappellini, *Società postmortale*. Uno de los principales exponentes de esta ideología es sin duda Ray Kurzweil, pionero del reconocimiento óptico de caracteres, corifeo de la singularidad tecnológica y de la I. A. y desde 2012 director de ingeniería de Google, que tras el debate sobre la «democracia algorítmica» ha entrado ahora (aunque sin una identificación específica de sus raíces culturales) en el discurso de los juristas y, en particular, de constitucionalistas. Cfr. el importante Cardone, Andrea, *“Decisione algorítmica” VS Decisione politica? A. I. Legge Democrazia*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2021, p. 158.

la biotecnología, la neurología, la neurociencia y los instrumentos de la realidad virtual y aumentada. Son estas las innovaciones que más que ningunas otras representan un desafío en términos éticos por *cuanto afectan a nuestras características biológicas cambiando el modo con el que nos interrelacionamos con el mundo. Están en posición de superar la frontera entre el cuerpo y la mente, potenciando nuestra habilidad física y obteniendo un efecto duradero sobre la propia vida. Son más que instrumentos y reclaman una importante reflexión, fundamentalmente en relación a su capacidad de aumentar o interferir con las cualidades, los comportamientos y los derechos de los seres humanos.*⁸⁵

Está el sueño de la vida ‘alargada’ por las modificaciones biotecnológicas.⁸⁶ Pero es una vida que, evidentemente, no podrán disfrutar ‘muchos’ y que si nos atenemos a las declaraciones realizadas por Gates en 2010 comentando su fórmula $CO^2 = PxSxExC$, conforme a la cual ya que hoy somos 6,8 mil millones y avanzamos hacia los 9 mil millones de habitantes en el planeta, tal vez podamos reducirla en un 10 o 15 por ciento si hacemos un buen trabajo con las nuevas vacunas, la

85 Schwab, Klaus. *Governare la Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano, Franco Angeli, 2019, p. 113. La cursiva es mía.

86 En la anterior edición del texto había, con la intitulación Cambio 22, el tema La creación de los seres humanos, cuyo punto de discontinuidad será (debe ser) «el nacimiento del primer ser humano cuya discapacidad haya sido editada». Es verdad que informaba de la solicitud de marzo de 2015 de «algunos científicos destacados [que] publicaron un artículo en *Nature* en el que recalaban la necesidad de una moratoria sobre la creación de embriones humanos, subrayando “serias preocupaciones sobre las implicaciones éticas y sociales de este campo de investigación”. Pero, como para señalar un cambio geopolítico e ideal de la cuestión fuera del Occidente «cristiano» que todavía nos conmueve, se añadió inmediatamente: “Solo un mes después, en abril de 2015, un grupo de investigadores coordinados por Junjiu Huang de la Universidad de Yat-sen en Guangzhou publicó el primer artículo científico sobre la alteración del adn de embriones humanos”, Schwab, Klaus, *La Quarta Rivoluzione Industriale*, pp. 203-204. Naturalmente, la discontinuidad que pretende alcanzar la neurotecnología tiene su foco en «el primer ser humano en cuyo cerebro se implantó una memoria artificial». Ibid., p. 205.

sanidad y la salud reproductiva (una expresión esta, por cierto, de la neolengua que se mantiene en la reciente ‘Relación Matić’, esto es, la «Relación sobre la situación de la salud sexual y reproductora y derechos relacionados en el ámbito de la UE»; o sea, el cuadro de la salud de las mujeres presentado por Pedrag Fred Matić del grupo Alianza Progresista de Socialistas y Demócratas en el Parlamento Europeo el 10 de junio de 2021, que fue debatido y votado en el mismo el 23 y 24 de ese mes, y según la cual se entiende por aborto un «servicio sanitario esencial que debería ser sostenible para todos» y, en consecuencia, se afirma que el aborto es un derecho y la objeción de conciencia es la denegación de asistencia médica). Por consiguiente, el sueño se une indisolublemente a una biopolítica y a un bioderecho que vienen a reconfigurar la democracia hasta convertirla, esencialmente, en la expresión política del «capitalismo de la vigilancia».⁸⁷

En este sentido, los primeros interpelados a este respecto son los juristas, en particular, los constitucionalistas. De hecho, Olivier Oullier, uno de los colaboradores de Schwab en el diseño de las nuevas características de la gobernanza de la cuarta revolución industrial en relación con la neurotecnología (y casi como una venganza póstuma de Lombroso sobre otros fundamentos), cuestiona directamente una redefinición radical de los conceptos básicos sobre los que se construyen las ‘instituciones normativas’ cómo, por ejemplo, la responsabilidad individual:

Dada la correlación, cada vez más evidente, entre estado cerebral y comportamiento humano, hasta las instituciones

⁸⁷ Zuboff, Shoshana, *Il Capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*. Bologna, LUISS University Press, 2020.

normativas están llamadas a revisar conceptos basilares, como, por ejemplo, la responsabilidad individual. En muchos países los tribunales se resisten a usar instrumentos acerca de los que se dice que pueden interpretar el pensamiento humano como los «detectores de mentiras» o los polígrafos. No obstante, las mejoras en este sector aumentan la posibilidad de que los jueces y los organismos de justicia recurran a técnicas para *determinar la veracidad de ciertas declaraciones con el fin de juzgar la culpabilidad de los investigados o, más directamente, para acceder a los recuerdos de su cerebro. Quizá algún día sea necesario someterse a un escaneo cerebral minucioso para entrar dentro de un País.*^{88, 89}

Puesto que el peligro continúa haciéndose presente bajo nuevas formas, es evidente que una voz como la de Pasolini se hace extremadamente necesaria. Tanto más cuanto se perfilan sobre el horizonte nuevas y novedosas formas de ‘apagar’ el debate libre, como por lo demás ya han experimentado aquellos pocos autores que lo han desafiado.⁹⁰ Son formas de una verdadera y auténtica ‘censura’, llevadas a cabo por particulares, gestores de plataformas digitales dirigidas al público e incluso

88 Oullier, *Le Neurotechnologie*, p. 251. La cursiva es mía.

89 Por la dinámica y los graves riesgos que las tecnologías practicadas ya ocasionan en el orden constitucional democrático, cfr. al menos Mobilio, *Tecnologie di riconoscimento faciale. Rischi per i diritti fondamentali esposte regolative*. Firenze, Editoriale scientifica, 2021.

90 Como pone de relieve el texto que da título a la colección de ensayos de Giorgio Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Quodlibet, 2020, p. 31). (Texto, por cierto, solicitado y luego rechazado por Il Corriere della Sera). Pero acontecimientos similares, también en forma de «desvalorizaciones» personales explícitas, han preocupado, por ejemplo, a Diego Fusaro, Massimo Cacciari, radios no alineadas y numerosos mensajes que también son aparentemente «inocuos» (por ejemplo, una caricatura tal vez de 1921, o tal vez un estilo apócrifo actual), pero tildados de molestos por la referencia a perspectivas orwellianas o huxleyanas.

medios tradicionales que alegan motivos técnicos y normas políticas que solo ellos gestionan.⁹¹

¿Con el silencio de las «instituciones normativas»?

3. *DEMOCRACIA Y DICTADURA*

Realmente, aquí se abriría un amplio campo para las intervenciones de los juristas, al menos para aquellos constitucionalistas que han señalado que, desde hace tiempo, la Constitución está «bajo presión».⁹² Con la condición, no obstante, de que se nos permita añadir apaciblemente que recuperen la densa visión estamental (de clase) que parecían poseer en los años de los Comités para la defensa de la Constitución de inspiración dossettiana,⁹³ aunque, en mi opinión, quizá comenzaron a debilitarse por algunos elementos de aquella defensa, precisamente.

Como ha observado Alessandro Pajno, más allá del ‘engaño’ de la posdemocracia, de los populismos y de la democracia deliberativa «la democracia, a pesar del esfuerzo de muchos, continúa no obstante sin disfrutar de buena salud mientras se acumulan los problemas sin resolver».⁹⁴ Es preciso fijarse entonces en el corto paso que supone la consideración de «que

91 Esas sociedades privadas llegaron al extremo de censurar, sin que hubiera reacciones institucionales, la intervención de una diputada (Sara Cunial) en una sesión del Parlamento italiano, porque evidentemente se consideraba inoportuna con respecto a la narrativa de la main stream (corriente principal). Cfr. Della Riva, 2021, pp. 373-374.

92 Lanchester, Fulco, *La Costituzione sotto sforzo. Tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*. Milano, Wolters Kluwer cedam, 2020.

93 Allegretti, Umberto, «Dossetti, difesa e sviluppo della Costituzione», en *Giuseppe Dossetti: la Fede e la Storia Studi nel decennale della morte*, a cura di Alberto Melloni. Bologna, Il Mulino, 2007.

94 Pajno, Alessandro, «Democrazia e governo della pandemia», en *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale, vol. I. Problemi di governo*, a cura di Alessandro Pajno, Luciano Violante. Bologna, Il Mulino, 2021, p. 35.

con la pandemia se abalanzó sobre el país –y, por consiguiente, también sobre nuestra democracia– la emergencia con todas sus ansiedades, pero asimismo con alguna posibilidad». Con ello se puede adelantar una perspectiva, al estilo de Schwab si bien en esta ocasión de naturaleza jurídica, que aún considera que la epidemia es en realidad una ‘oportunidad’ para la solución de los problemas, irresueltos hasta ahora, de la propia democracia y, en consecuencia, ve el estado de emergencia «como el comienzo de la solución» de problemas ‘normales’:

El estado de emergencia, en efecto, a pesar de, por así decir, suspender el tiempo de la vida ordinaria para hacer frente a los acontecimientos inesperados, se hace cargo de todas las cuestiones y problemas que quedaron sin solucionar en el pasado. *Por consiguiente, va más allá de sí mismo, preguntándose sobre el futuro, indagando si los medios utilizados para confrontar ese periodo extraordinario pueden ser utilizados en tiempo normal y, más generalmente, se interroga acerca de si ese momento extraordinario no es en realidad una ocasión aprovechable para solucionar muchos problemas irresueltos y, de esta forma, abrir paso a un auténtico nuevo comienzo. En la emergencia, por tanto, lo que es extraordinario y fortuito, generado por las especiales condiciones sobrevenidas, debe tener en cuenta las dificultades que el pasado no ha sabido superar y tiende a presentarse como un inicio de solución de problemas que, por así decir, se han convertido en ordinarios en su fluir, ya que, si está suspendido, lo está entre un pasado lleno de certezas y también de cuestiones sin resolver y un futuro que todavía no existe, pero que aspira a ser mejor de lo que ha existido*⁹⁵

95 Schwab, 2019, p. 36. Para un análisis puntual de algunos elementos de la «anomalía italiana», vid. Lanchester, *La Costituzione tra elasticità e rottura*. Milano. Giuffrè, 2011.

desde tiempo atrás. En correspondencia, el suyo no es un tiempo que se haya detenido

Pero es precisamente esa ‘personificación’ de la emergencia en una clase de diosa ‘benévola’ lo que, en la predicción de una nueva ‘normalidad’ tecnocrático-competitiva –que es, exactamente, la negación de la misma naturaleza de la excepción–⁹⁶ supone una tentación para el jurista. Una tentación estrechamente relacionada con una sustancial relegación (suspensiva) de la dimensión constitucional para situar en primer plano la lógica ‘eficiente’ de la administración, la cual, en ciertos aspectos, parece evocar –paradójicamente, aunque bien mirado no tanto– ciertas perspectivas marxianas acerca de la administración y del gobierno de las ‘cosas’ cuando ya se ha llevado a cabo la revolución:

No se trata tanto de explorar perfiles constitucionales, vinculados a la mayor o menor presencia de disposiciones constitucionales sobre el estado de emergencia o que se refieren al marco constitucional que regula las relaciones entre el Estado y las regiones, como de escoger a la administración como un perfil para examinar la respuesta de nuestro país a los problemas vinculados a la pandemia y a la emergencia que se deriva de ellos. En otras palabras, se

96 «En la naturaleza del estado de excepción está que es limitado: y está precisamente el hecho de que debe ser eliminado y seguir siendo una excepción». La cita que Schmitt introduce en el desarrollo de su argumentación es nuclear, y la veremos a continuación; pero la nota que la acompaña es también extremadamente significativa, y por ello, la reproducimos íntegramente: «El Canciller del Reich en la 392.^a sesión del Reichstag el 22 de noviembre de 1923 (Informes, p. 12191); asimismo, el ministro del Interior del Reich el 5 de marzo de 1924 (405.^a Sesión, Informes, p. 12595); «Es obvio que el estado de excepción, como corresponde a su nombre, debe seguir siendo una excepción y debe ser eliminado tan pronto como las circunstancias lo permitan». Obviamente, la cuestión, también aquí, es quién decide acerca de las circunstancias que lo permiten». Cfr. Schmitt, Carl (1928). *La dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo. Roma, Edizioni Settimo Sigillo, 1928.

*trata de saber a qué instrumentos administrativos, además de los legislativos, se ha recurrido para responder a los problemas de los ciudadanos relacionados con la pandemia. Se trata de una aproximación que incluso permite llevar a cabo un análisis significativo de la situación de la democracia en nuestro país y ello es así bien porque la administración es la Constitución de la cotidianeidad, la misma en la que los derechos de los ciudadanos y de las empresas devienen realidades concretas, o bien porque el sistema administrativo y su calidad conforman uno de los más significativos elementos de competitividad de un país que es, como el nuestro, parte de la Unión Europea. Ciertamente la calidad de las disposiciones constitucionales es importante para determinar la calidad de la democracia; sin embargo, esta última corre, de alguna manera, el riesgo de sufrir si no existe la capacidad de implementar el marco constitucional vinculado a la presencia de una adecuada capacidad administrativa.*⁹⁷

Sin embargo, en mi humilde opinión, para dibujar un marco confiable de todo lo que está aconteciendo con las personas y con las ‘instituciones normativas’ y para saber cuántas cuestiones irresueltas de la democracia podrán encontrar, o no, soluciones en el futuro próximo, es quizá necesario preguntarnos de manera radical si este futuro aún se insertará en el horizonte de la democracia ‘liberal’ o si, por el contrario, se trata de «explorar los perfiles constitucionales vinculados en mayor o menor medida a disposiciones constitucionales sobre el estado de emergencia».⁹⁸ Y, asimismo, de reclamar con fuerza que, ciertamente, la «calidad de las disposiciones constitucionales es importante para la calidad de la democracia» pero que esta aún

97 Pajno, Alessandro, *Democrazia e governo della pandemia*, p. 40.

98 Hemos tratado de reconstruir históricamente a grandes rasgos esos recorrido y debate en *La Hipótesis de Tocqueville*, cap. 4.º de este libro.

«corre de alguna manera el riesgo de sufrir». Sobre todo, si los constitucionalistas no asumen la plena titularidad, en especial en los periodos de estados emergencia y excepción, de su función constitutiva de contención y dirección; en una palabra, la renovada ‘defensa’ de la misma.

Para llevar a cabo esta empresa, además de tomar conciencia de que a nuestra Constitución no se la calificará de un mero ‘papel’ aunque en la actualidad, a causa de un estado de emergencia demasiado prolongado, parezca situada en una especie de ‘limbo’, será necesario recuperar una dimensión y profundidad históricas, capaces de hacernos comprender los peligros —en ciertos aspectos, si se quiere, parcialmente *nucleares* pero desde luego no irreales tal y como querrían algunos no ciertamente ‘melancólicos’ sino más bien ‘inmovilistas’— que afectan y podrán afectar en el futuro a nuestras instituciones.

Ciertamente hubiera sido deseable un recordatorio acerca de la profundidad histórica del dictado normativo constitucional y de la reflexión constitucionalista que la tuvo como objeto en otra época anterior a esta nuestra, tan procelosa y confusa, desde el mismo momento del comienzo de las vicisitudes relativas al estado de emergencia. Vicisitudes durante las cuales el ciudadano, bajo los efectos de la pesadilla del «miedo a morir» —aquel miedo que Hobbes había situado en el origen del Estado Moderno,⁹⁹ pero que el optimismo de las magníficas y progresivas fortunas olvidó con rapidez en los setenta años

99 Y hay que recordar que Hobbes, traductor de las páginas de Tucídides sobre los efectos de la peste en Atenas durante la Guerra del Peloponeso (430 a. de C.), había insertado en la famosa portada del *Leviatán* de 1651 —obra tal vez de Abraham Bosse—, aunque apenas visible en las calles de la ciudad, dominadas por la gigantesca figura del Soberano-Leviatán, dos figuras de médicos de la peste con su característica, e inquietante, máscara protectora en forma de pico de ave, manteniendo la doble referencia epidemia/Cuerra Civil. Vid. Ginzburg, Carlo, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*. Milano, 2015, pp. 53ss.

posteriores a la Segunda Guerra Mundial—, se ha encontrado inconscientemente desorientado y sometido a toda una serie de DPCM (Decretos de Presidente del Consejo de Ministros) limitativos o suspensivos de la libertad individual. Decretos casi fundados sobre la misma base de la reactualización del principio «*salus rei publicae suprema lex esto*»; o mejor aún, del ‘Estado ético-terapéutico’, que sustituye el derecho a la salud por una especie de generalizado y cívico ‘deber de estar sanos’.¹⁰⁰

En ese momento, tendría sentido recordar la mejor doctrina constitucionalista italiana que asumió implícita y explícitamente el fundamento liberal-garantista surgido de la Constitución, ya sea negando por la vía de los principios la subsistencia de los poderes de excepción o de emergencia o, si bien los admitía, tendía a limitarlos lo más posible, recuperando lo antes posible el orden transgredido.

Razones de Estado y razones de la Persona, tensión entre la idea de concentración del poder de decisión y la de su necesario ejercicio democrático, entre libertad y seguridad, se confrontaron entonces —y habría estado bien volver a escuchar una clara y fuerte voz unísona sobre este asunto— en un enfrentamiento ciertamente sutil y extremadamente arriesgado, sobre todo por la dimensión personal y garantista.¹⁰¹ Por ello, no sorprende que, por ejemplo, Paolo Barile, maestro de los constitucionalistas florentinos, discípulo de Calamandrei, combativo partisano

100 Hay que recordar que le corresponde a un escritor italiano, Lino Aldani, haber predicho, ya en 1963, la llegada de tal Estado Terapéutico, una sociedad de control, basada en el riesgo para la salud, en la que era necesario poder demostrar en cualquier momento que se tenía una «temperatura normal» y se obligaba a estar equipado con termómetros para este fin, en su cuento, prácticamente imposible de encontrar en italiano, *Treinta y siete grados centígrados*. Ahora se puede leer en la traducción francesa (Aldani, 2020).

101 Carlassare, Lorenza, «Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati», in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Milano, Giuffrè, 1990, pp. 479-480.

y ‘Partisano de la Constitución’¹⁰² llegase al extremo de culminar su reflexión acerca de las libertades fundamentales «sosteniendo que las derogaciones o suspensiones de la Constitución son inadmisibles fuera de la ley constitucional».¹⁰³

Y están también las posiciones al respecto de un Carlo Esposito, de un Costantino Mortati, de un Giuseppe Ugo Rescigno, y de tantos otros.¹⁰⁴

Y hoy, cuando se debate acerca de la obligación de vacunarse y de los pases verdes en relación con el artículo 32 de la Constitución,¹⁰⁵ se llega con frecuencia a conclusiones legitimadoras, incluso por juristas de prestigio, que, sin embargo, no parecen profundizar en la reflexión con el fin de eludir la confrontación explícita con la formulación de la regulación europea sobre la materia. Tales son, por ejemplo, los casos de las recientes sentencias de los tribunales españoles o la toma de postura del ministro de Educación francés Jean-Michel Blan-

102 Cannone, Marco, «Paolo Barile: il giurista delle libertà» en *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie, 3/2020 (anno XI, fascicolo 139), Paolo Barile a vent’anni dalla scomparsa, pp. 23-104.

103 Cfr. Carlassare, «Stati d’eccezione e sospensione», p. 480. Vid. también Galizia, Mario, «Paolo Barile. Il Liberalismo e il Costituzionalismo», en *Il Politico*, Maggio-Agosto 2001, vol. 66, n.º 2 (197), pp. 193-228.

104 Sobre este tema me remito al capítulo 4.º, *La hipótesis de Tocqueville*.

105 Green pass, tarjeta verde que, en «una República fundada en el trabajo», se extiende incluso a todos los trabajadores del sector público y privado a partir del 15 de octubre de 2021, que se encontrarán así en orden de poder ejercer su derecho y no ser sancionados con suspensiones del mismo y de su salario –que en el sector privado, precisamente esta ausencia configurada como una ausencia injustificada del lugar de trabajo, podría ser un antecedente en primera instancia, además de la suspensión del salario, de una degradación, y en perspectiva también de un despido, tal vez motivado no con referencia al hecho original, sino a la nueva situación que se ha presentado en el lugar de trabajo– frente a una obligación subrepticia de vacunarse, o de tener que «pagar» para trabajar, dado que dicha tarjeta también se puede obtener sometiendo a requisitos que no son gratuitos, aunque pueden ser clasificados como «tratamiento médico», con una duración de validez de 48 o 72 horas (el constitucionalista Michele Ainis ha definido esta segunda posibilidad como una especie de «tortura», aunque «curiosamente» sin sacar consecuencias en el plano jurídico-constitucional).

quer, el cual ha reiterado que las instituciones educativas, desde las escuelas a la universidad deben «ser accesibles para todos» y que el pase verde «no sería ni legítimo ni deseable» (en el mismo sentido Inglaterra, Países Bajos, Dinamarca y Suecia, entre otros). En esas conclusiones parece prevalecer una lectura meramente positivista –y por lo demás, como expondremos a continuación, reduccionista del artículo– que, una vez más, no valora a fondo el contexto histórico y dinámico.

El segundo párrafo que comienza con «Nadie puede ser obligado a seguir un determinado tratamiento sanitario (salvo por imperativo de la ley)»¹⁰⁶ es evidentemente producto de una época en la que aún no se había llevado a cabo aquel proceso de sustitución de la religión por la ciencia que, con el respaldo de la epidemia, parece estar produciéndose a día de hoy.¹⁰⁷

Muy en el fondo se advierte la presencia del Código de Nuremberg, o sea, del conjunto de principios normativos enunciados con motivo de la sentencia del Tribunal americano que el

106 Por consiguiente, en presencia de una reserva reforzada, debe considerarse excluida la posibilidad de recurrir no solo los dpcm, sino también a los propios decretos-leyes (cfr. Carlassare, Lorenza, «Fonti del diritto (diritto costituzionale)» en *Enciclopedia del diritto*, Annali, II. Milano, Giuffrè editore, 2008, pp. 536ss.

107 «Que la ciencia es la religión de nuestro tiempo no es una tesis nueva, lo reiteró recientemente Giorgio Agamben. Después de todo, la religión y la ciencia operan de acuerdo con el mismo paradigma «terapéutico», y esto se hace bastante evidente cuando se trata de medicina. Pero lo realmente cierto es que, para convertirse en la religión de nuestro tiempo, la ciencia ha necesitado humillar a una religión en particular. Es la cristiana y para hacerlo ha recuperado –probablemente sin saberlo– una herejía que en su día fue derrotada por el cristianismo. La Gnosis. ¿Por qué se ha prohibido la llamada asamblea no solo en las plazas, sino también en las iglesias? Porque la libertad religiosa también ha tenido que sufrir la opresión del virus. ¿Por qué impedir las oraciones, las misas y los funerales respetando la distancia física entre las personas? Estas preguntas no son fáciles de responder. Poco o nada tiene que ver el contagio. Apenas poco más que una metáfora. Contra el despotismo de los virólogos y más aún contra el tecnocientificismo dominante, la Iglesia, con la doctrina paulina del “cuerpo de Cristo” (1 Corintios 10, 16 ss.) era el último obstáculo, el karéchon, “lo que sostiene” y frena el Apocalipsis. Pero el gnosticismo terminó vengándose». Así Becchi, Paolo, *L'incubo di Foucault. La costruzione di una emergenza sanitaria*. Roma, Lastaria Edizioni, 2020, pp. 84ss.

19 de agosto de 1947 condenó a 23 médicos nazis por los experimentos efectuados en los campos de concentración. De tales principios, redactados por dos médicos asesores del Tribunal, Andrei C. Ivy y Leo Alexander —y que ya habían sido propuestos en los 6 puntos presentados por Ivy a la *International Scientific Commission on Medical War Crimes*, en particular para refutar la tesis de la defensa conforme a la cual los experimentos alemanes no diferían de la conducta llevada a cabo en el mismo periodo en las cárceles estadounidenses— el primero es, incuestionablemente, el más importante y merece ser trasladado literalmente:

La persona afectada debe tener la capacidad legal de otorgar el consentimiento y debería por consiguiente ejercitar el poder de libertad de elección sin la intervención de ningún elemento, cualquiera que sea su clase, de fuerza, engaño, constricción, exageración u otra forma de presión o coerción. Debe poseer, por el contrario, suficiente conocimiento y comprensión del argumento con el fin de situarlo en condición de tomar una decisión consciente y sabia.¹⁰⁸

108 Corbellino, Gilberto, Codice di Norimberga, en *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, https://www.treccani.it/enciclopedia/codice-di-norimberga_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/, 2008 La traducción española: Es absolutamente esencial el consentimiento voluntario del sujeto humano. Esto significa que la persona implicada debe tener capacidad legal para dar consentimiento; su situación debe ser tal que pueda ser capaz de ejercer una elección libre, sin intervención de cualquier elemento de fuerza, fraude, engaño, coacción u otra forma de constreñimiento o coerción; debe tener suficiente conocimiento y comprensión de los elementos implicados que le capaciten para hacer una decisión razonable e ilustrada. Este último elemento requiere que antes de que el sujeto de experimentación acepte una decisión afirmativa, debe conocer la naturaleza, duración y fines del experimento, el método y los medios con los que será realizado; todos los inconvenientes y riesgos que pueden ser esperados razonablemente y los efectos sobre su salud y persona que pueden posiblemente originarse de su participación en el experimento. El deber y la responsabilidad para asegurarse de la calidad del consentimiento residen en cada individuo que inicie, dirija o esté implicado en el experimento. Es un deber y responsabilidad personales que no pueden ser delegados impunemente. *Código de Nuremberg*, principio 1.º Observatorio de Bioética y Derecho. Universidad de Barcelona.

Sin embargo, estos aberrantes recorridos se habían iniciado precisamente por ‘insignes’ científicos de diversa procedencia – obviamente todos ellos convencidos de que sus tesis ‘avanzadas’ descansaban sobre la indiscutible científicidad de una ciencia «no democrática», como hoy gusta decir a muchos expositores mediáticos de la misma– y culminaron con el ensayo publicado en Leipzig en 1920 escrito a cuatro manos por Karl Binding, uno de los más importantes penalistas alemanes del momento, y un catedrático de medicina, Albert Hoche, quien también estaba interesado en las cuestiones ético deontológicas relativas a su profesión.

El título de la obra en cuestión posee hoy –y es inútil tratar de ocultarlo– un sonido siniestro que gira en torno a dos expresiones: *Vernichtung* (aniquilación) y *lebensunwerten Lebens* (vida indigna de ser vivida). Por cierto, este tono siniestro no fue advertido por el editor el cual, en el último momento, anunciaba a través de un párrafo inserto en la portadilla interior que el autor, célebre jurista, había muerto mientras el libro estaba en imprenta y definía su contribución como «el último acto realizado para el bien de la humanidad». Así pues, el título completo era el que sigue:

La autorización para la aniquilación de la vida indigna de ser vivida (Die Freigabe der Vernichtung Lebensunwerten Lebens).

Donde *Freigabe* significa ciertamente «autorización» –lo que de por sí pone de relieve el carácter burocrático de las consecuencias–, pero asimismo significa, en sentido literal, «liberación» de las vacilaciones o dudas, de los vínculos morales y religiosos; exactamente, «permiso a la libertad» de aniquilar. He ahí un testimonio literal (y profético) de un jurista y un científico de la medicina.¹⁰⁹

109 El texto alemán es accesible en línea y vuelve a estar disponible en italiano en Bin-

Como se observa, nos encontramos en lo más profundo de aquel campo del saber que ya por entonces se había convertido en patrimonio común europeo. Un campo evolucionista donde Galton y Chamberlein eran lecturas muy difundidas y debe recordarse que, por entonces, Enrico Ferri, diputado socialista y director del *Avanti* entre 1904 y 1908, hablaba de la trinidad Darwin, Spencer y Marx, pero también era materialista, biológico, sociológico y eugenésico, y donde los saberes se encuentran y entrecruzan teniendo cada vez más como objeto la vida de las personas. Era el campo de la biopolítica que, tal y como nos recuerda Giorgio Agamben, el primero en identificarlo y especificarlo fue el filósofo alemán, discípulo de Heidegger y sobresaliente conocedor de las tesis de Carl Schmitt, Karl Löwith al definir la «politización de la vida» como el carácter fundamental de la política de los Estados totalitarios.¹¹⁰

Sea como sea, debería profundizarse en el contexto histórico que rodeó la redacción del artículo 32 para percibir todas sus formulaciones.

Sin embargo, que nosotros sepamos, solo nos consta que Alesandro Mangia es el único que, hasta el momento, ha prestado atención a esta exigencia en el marco de un análisis integral.

En primer lugar, el autor subraya que, según la Corte Constitucional, desde el 2002 el legislador está vinculado en materia sanitaria a los resultados de las investigaciones técnicas.

ding, Karl; Hoche, Albert, *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine dell' "eutanasia" dei malati di mente in Germania* a cura di Ernesto De Cristofaro e Carlo Saletti. Verona, ombre corte, 2012, pp. 42ss.). La traducción del título difiere ligeramente de la nuestra: «La liberalizzazione della soppressione della vita senza valore» (la liberación de la supresión de la vida sin valor).

110 Agamben, Giorgio, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino, Einaudi, 2005. Traducción española. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, Pretextos, 2005.

Esto es, a los resultados de los experimentos, según consta en la Sentencia Onida y en la Sentencia Cartaria de 2018. Tales experimentos proveen en este caso una ‘valoración sumaria aunque no definitiva’. Las investigaciones sumarias y provisionales, llevadas a cabo por razones de urgencia, no son un baremo para obligar a la vacunación,¹¹¹ ni siquiera tratándose de categorías limitadas. Y resalta aún con más fuerza que existe algo más a tener en cuenta: *Es aquel párrafo del artículo 32 que todos se olvidan de citar*. Exactamente el que expone que, aunque obre con la ley, el legislador «no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana». *Es, desde luego muy extraño que nadie lo haya citado nunca*.

El catedrático de Constitucional de la Universidad Católica se refiere, exactamente, a la sesión plenaria de la Comisión de Constitución del 28 de enero de 1947, al comienzo de la cual el presidente Ruini comunicó que el Comité de redacción había rechazado una enmienda adicional presentada por los honorables Paolo Rossi y Moro del siguiente tenor: «Ningún trata-

111 «Así que, en pocas palabras: probablemente el Estado no pretenda obligar a todo el mundo a ponerse una vacuna cuyo periodo de experimentación no ha concluido y que, como él mismo admite en el artículo 3 del DL 44/2021, que se remite expresamente a los artículos 589 y 590 del CP, puede provocar la lesión o muerte de la persona vacunada; pero, al mismo tiempo, quiere que todos se vacunen» (Giuliano Scarselli). Es este un argumento que Giorgio Agamben ha aplicado asimismo al Decreto-Ley 2394, que extiende el ‘certificado verde’ o pase verde a todos los trabajadores, en la audiencia ante la Comisión de Asuntos Constitucionales el 7 de octubre de 2021, en la que también fueron oídos Alessandro Mangia y Ugo Mattei, entre otros. Vid. también el documento del Observatorio Permanente de la Legalidad Constitucional –vinculado a Generaciones futuras, Sociedad Cooperativa de Ayuda Mutua Stefano Rodotà, un órgano de estudio independiente creado en 2020– titulado Sobre el deber constitucional y comunitario de inaplicación del CD Decreto Pase Verde. Por cierto, que entre los miembros de esta institución de estudio figuran los constitucionalistas Alberto Lucarelli, Marina Calamo Specchia, Fiammetta Salmoni y Michele della Morte, y los abogados civiles Ugo Mattei, Piergiuseppe Monateri, Luca Nivarra, el internacionalista Pasquale De Sena y el administrativista Sergio Foa, <https://www.questionegiustizia.it/articolo/sul-dovere-costituzionale-e-comunitario-di-disapplicazione-delcd-decreto-green-pass>.

miento sanitario puede ser obligatorio salvo que lo disponga la ley. No se admiten prácticas sanitarias lesivas para la dignidad humana». Aun así, Moro reiteró con firmeza el hecho de que la enmienda era el resultado «de tres artículos propuestos por el grupo parlamentario integrado por médicos», reivindicando la importancia de su formulación, en particular de la segunda parte de la misma:

Importante es también la otra parte de la enmienda. No solamente se remite ahí a la ley para determinar que los ciudadanos no pueden ser sometidos a prácticas sanitarias, sino que se pone incluso un límite al legislador impidiendo prácticas sanitarias lesivas de la dignidad humana. Se trata preferentemente del problema de la esterilización y sus accesorios. La reciente experiencia histórica demuestra la necesidad de sancionar tal principio en la Constitución italiana, razón por la cual insisten en la aceptación de las enmiendas propuestas, salvo las modificaciones formales que se aporten.

A pesar de la inequívoca alusión histórica, esa segunda parte distó muchísimo de ser aceptada. Ya en aquella misma sesión, el honorable Umberto Nobile, autor de las grandes empresas polares del *Noruega* y del *Italia* y héroe de la *Tienda Roja*, solicitado en un primer momento para representar a la DC en la Asamblea Constituyente pero que después, tras otra reflexión diferente ligada a su estancia en la Unión Soviética, entró, sustancialmente como independiente, en las filas del Partido Comunista,¹¹² declaró —es evidente que comprendiendo su espíritu— estar muy perplejo por considerar que «se trata

112 El asunto se retoma en Nobile, Umberto, *La Tenda Rossa. Memorie di neve e di fuoco*. Milano, Arnoldo Mondadori editore, 1969, pp. 412-426.

de una fórmula demasiado restrictiva y que pueden existir casos especiales en los que, *por razones superiores relativas al interés de la salud colectiva*, la ley puede verse obligada a imponer ciertas prácticas sanitarias que con la citada enmienda quedan fuera en todos los casos». Y traía a colación —ciertamente ignorando el ‘huevo de la serpiente’ de Binding y Hoche—, el ejemplo de las graves formas de locura hereditaria en la cuales la ley tenía «el deber de proveer medidas sanitarias destinadas a impedir que sean traídos al mundo infelices que, con toda certeza, estaban destinados a sufrir terribles males».

En la sesión de la Asamblea Constituyente del 17 de abril de 1947, después de que el honorable Giua, químico y representante del partido socialista, interpretara la norma como si hubiera sido dictada bajo presión clerical en el sentido de que quería, en primer lugar, prohibir las prácticas abortivas, se declaró, en nombre de la ciencia y siempre ‘por el bien de la humanidad’, claramente en contra al texto presentado por Moro y Paolo Rossi. Y en un arrebato de optimismo político de cuño ‘progresista’ aunque quizá un poco desentonado de su época, agregó

Es de notar asimismo que, desde el punto de vista químico, si el desarrollo de la genética nos permitiera establecer cuáles son las sustancias que influyen sobre determinados rasgos —algo que no debe ser objeto de exclusión— no deberíamos impedir, por el bien de la humanidad y también para combatir determinadas enfermedades, estas intervenciones sanitarias. Si consideramos la redacción del proyecto tal y como está, prohibiremos por el contrario la intervención médica para la mejora del organismo y de la raza (sic). Aquí estamos ante la aplicación de los descubrimientos científicos. Los racistas usaban la ciencia y la tecnología después de que ambas se hubieran prostituido.

Se trata de aplicar para el desarrollo de la civilización los principios de la ciencia y de la tecnología, los cuales deben ser aplicados porque progreso significa la aplicación y desarrollo de estos principios. Cualquier prohibición que se haga sobre la aplicación de la ciencia es una prohibición que se opone al progreso y es un freno a la civilización.

También en la sesión del 24 de abril de 1947 de la Asamblea Constituyente volvió a solicitarse una vez más «la supresión de la norma conforme a la cual se prohíben las prácticas sanitarias lesivas para la dignidad humana». En esa ocasión, la petición procedía de las filas de los liberales y fue presentada por la autorizada voz de Gaetano Martino, médico de profesión, y también él, partiendo de una supuesta interpretación ‘catolizada’ de la norma, expuso

Quienquiera que el día de mañana quisiera interpretar esta ley y tenga en cuenta que con su brillante discurso introductorio el honorable Tupini situó tal norma entre las que representan una conquista de la democracia cristiana en sede constitucional, podría pensar que se trata de la esterilización profiláctica y otros problemas accesorios ante los que no puede permanecer indiferente un partido católico... Me responderéis: pero los proponentes de esta norma no pretendían considerar todos estos casos, se referían más bien a la esterilización eugenésica... Prestad atención, honorables colegas: una norma igual no existe en ninguna Constitución del mundo, y mucho menos en la más influenciada por el espíritu católico, es decir, la irlandesa que comienza con una invocación a la Santísima Trinidad «de donde procede todo poder y a la que deben reconducirse, en cuanto fin supremo, todas las acciones de los hombres y de los Estados».

Sin embargo, para Martino, aunque su propia conclusión evidenciaba que el argumento ‘prueba demasiado’, en el fondo es en realidad la motivación histórica –y no la presunta naturaleza democristiana– de la norma la que supone de manera implícita un problema –aunque tampoco demasiado–, viniendo así a tocar el punto medular de nuestro discurso general, esto es, la relación (no resuelta) entre democracia y dictadura.

Y, de hecho

incluso si, modificando el texto de la propuesta de la Comisión, quisierais prohibir explícitamente la esterilización eugenésica, os suplicaría igualmente la supresión de esta norma. La esterilización eugenésica es, en efecto, contraria a nuestra moral, no es admisible para nuestra conciencia (*vid. supra* Nobile y Giua). Es verdad que se ha practicado en otros países bajo determinadas condiciones. Pero entonces, si nosotros debemos prohibir lo que Hitler hizo en Alemania, ¿por qué no incluir asimismo en la Constitución la prohibición de los campos de concentración, de las cámaras de gas, de los pelotones de ejecución para los opositores del régimen? Creedme, esta norma carece de sentido. Si en verdad se quiere precaver el caso de un dictador que tome el control del poder y piense recurrir, en aras de un ensueño racial, a la esterilización o a otros crímenes censurados por nuestra conciencia, esta norma carece de sentido... Nada de lo que ahora hagamos, ninguna de nuestras normas constitucionales, tendría valor en el momento en que un loco criminal se convirtiera en dictador de la República italiana.

Sin embargo, a todas estas críticas ya había respondido serenamente Moro, señalando con rotundidad el carácter ‘lai-

co' y –añadiremos– sobre todo verdaderamente personalista y liberal de la formulación, en realidad dirigida a 'deconstruir' las *razones superiores* de 'entidades' colectivas que estafan a las personas «por su bien».¹¹³ En cuanto a la segunda parte, no se puede excluir el consentimiento del particular en determinadas prácticas sanitarias que serían necesarias como consecuencia de su estado de salud. *Únicamente se quiere prohibir que la ley, por razones de carácter general y de mal entendida tutela de los intereses colectivos*, disponga un tratamiento general. A su vez, los casos de carácter general para aplicar a todos los ciudadanos deben contemplarse en la ley dentro de los específicos límites de respeto a la dignidad humana.

Para ser más claros, estaba dispuesto a modificar su enmienda con el fin de evitar que la prohibición se extendiera también a los particulares, proponiendo en su lugar: «La ley no puede imponer prácticas sanitarias que sean lesivas de la dignidad humana».

113 Cfr., entre otras, la sentencia 307/1990 (14-22 de junio de 1990, siendo presidente de la Corte Saja y ponente Corasaniti) en la que, refiriéndose al tratamiento de vacunación obligatoria, se afirma «que un tratamiento sanitario solo puede imponerse con la expectativa de que no afecte negativamente al estado de salud de la persona al que se aplica, salvo las consecuencias que, debido a su carácter temporal y de escasa extensión, parecen normales en cualquier intervención médica y, por lo tanto, son tolerables». En cambio, «con referencia a la hipótesis de un daño posterior en la salud del sujeto sometido a tratamiento obligatorio –incluida la enfermedad contraída por contagio causado por la vacunación profiláctica– la relevancia constitucional de la salud como interés de la comunidad no es en sí misma suficiente para justificar la medida sanitaria. Una tal relevancia exige que, en nombre de ella, y por tanto de la solidaridad hacia los demás, cada persona pueda ser obligada, limitando así legítimamente su autodeterminación, a un determinado tratamiento sanitario, incluso si esto conlleva un riesgo específico, pero no postula el sacrificio de la salud de cada persona para la salvaguarda de la salud de los demás». La solidaridad entre el individuo y la comunidad debe ser «obviamente considerada recíproca». Cfr. también la sentencia 118/1996 sobre la vacunación contra la poliomielitis, donde el Tribunal subraya que «nadie puede ser simplemente llamado a sacrificar su propia salud por la de los demás, aunque sean todos los demás»; y vid. también Negroni, Alessandro Attilio, "Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie", en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, Disponible en: www.forumcostituzionale.it.

Recurriendo a las palabras de Alessandro Mangia,¹¹⁴ nos encontramos por consiguiente no ante una norma genérica, sino ante «una norma de barrera», incluso en su última redacción votada por la Asamblea Constituyente («La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana»). Esto entra de lleno en los problemas actuales. De hecho, como observa además nuestro constitucionalista, para los que presumen que entre el punto de partida de Moro (la esterilización) y el problema actual de la vacunación existe una discordancia radical, encontramos por el contrario un elemento común:

¿Sabes qué cosa tienen en común las vacunas con la esterilización y otros problemas anejos? Conocemos a lo que se refería Moro en 1947 cuando hablaba de ‘problemas anejos’ que no se describían por recato... La irreversibilidad de los efectos de determinados tratamientos sanitarios aprobados por la ley. Sabes con qué palabras yo puedo dejar de estar bautizado. Pero no puedo dejar de estar vacunado ni siquiera retirando el consentimiento.

Para concluir: el marco en el que debe moverse el legislador presenta dos límites bien precisos:

Los resultados tecnológicos y la «norma de barrera» que quería Moro incorporar a la Constitución. Afortunadamente,

114 Vid. Mangia, Alessandro, *Obbligo vaccinale e green pass/ «Moro contro Draghi, L'Europa sta con l'ex Dc»* (título redazionale), en *il Sussidiario.net*, <https://www.ilsussidiario.net/news/obbligo-vaccinale-e-green-pass-moro-contro-draghi-leuropa--sta-con--lex-dc/2205455>, 2021 y Mangia, Alessandro (2021). “Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali”, en *Rivista AIC*, n.º 3/2021, pp. 431-454.

esta norma ha sido asimismo recordada por la Corte Constitucional en la sentencia de 2002 sobre el electroshock, acerca del cual se sabe que es una práctica sanitaria, cuando menos, controvertida. En este caso, no hay nada que sopesar. A pesar de las apariencias, es una norma extremadamente clara si se lee bien. Como se pretendía que fuera en 1947.

Desde este punto de vista, el DL 105/2021 así como el DL 111/2021 promulgado a continuación, además de ser incompatibles con los reglamentos de la UE 2021/7953 y 2021/954 (que excluyen explícitamente que se lleven a cabo discriminaciones entre ciudadanos vacunados y no vacunados aún en el supuesto de que hubieran elegido no vacunarse) y de introducir una sanción anormal (que afecta a los derechos constitucionales del derecho al trabajo y a la remuneración) precisamente «por comportamiento lícito», son interesantes a los efectos de nuestro discurso por su carácter de ‘elusión’ de la vía indicada por la Constitución que, de un modo más o menos directo, introduce la obligación del tratamiento sanitario *indirecto*.

Es así como aparece una palabra clave para entender históricamente y situar conceptualmente las vicisitudes que estamos viviendo. Esto es, un poder que decide no asumir la responsabilidad política de imponer directamente una obligación, sino que traslada la asunción de esa responsabilidad a otras instancias.

Antes de profundizar en este decisivo aspecto estructural, es preciso que coloquemos en su lugar algunas piezas más. Intentando avanzar en esta dirección será entonces útil subrayar algunos aspectos de la evolución histórica de los siglos inmediatamente anteriores al nuestro, todos los cuales coinciden, con un lema de sabor muy tocquevilliano, en alertar a las democracias parlamentarias –y al correspondiente estamento de juristas– de su «excesiva confianza en las conquistas de la libertad y nada es

más frágil en la Europa moderna». No debe olvidarse a este respecto que el premio Nobel de literatura Czeslaw Milosz, de entre todos esos siglos, tuvo a bien definir al xx como «excepcionalmente infame».¹¹⁵

Por ello, daremos la palabra a un texto procedente de una época, los años sesenta, ya muy alejada de nuestro presente, pero que, sin embargo, conserva a nuestro parecer un nivel de lucidez y previsión más que sorprendente. Su provocativa diagnosis, que parece encontrar más de una confirmación hoy en día, merece que se le preste la mayor atención, aunque solo sea para generar controversias. Se trata de la reflexión de Gianfranco Miglio acerca de la transformación de los regímenes políticos de la modernidad¹¹⁶ los cuales, si se contemplan desde la perspectiva del historiador y el politólogo,¹¹⁷ presentan un aspecto que muy frecuentemente está ausente en el análisis político-constitucional.

Hablando ya entonces de la crisis de nuestro sistema constitucional, Miglio, fiel a su lema de que el científico, y aún en mayor medida el historiador, debe ante todo identificar la ‘regularidad’, las regularidades esenciales que rigen los recorridos vitales, procede a desarrollar una interesante taxonomía de la ‘duración’ de los regímenes políticos:

Ciertamente puede parecer a primera vista extraño encontrar los signos de vejez en un régimen que posee apenas veinte

115 La primera afirmación es de Curzio Malaparte, recordada por Bruno Tellia, que asimismo recuerda la segunda, en su *Presentazione a Curzio Malaparte* (1994, 7-8).

116 Miglio, Gianfranco, «Le trasformazioni dell’attuale regime politico», en *Jus*, Anno XVI, Fasc. I., 1965.

117 En el ámbito constitucional, la desconfianza a valorar positivamente reconstrucciones procedentes de estas disciplinas parece resurgir, de modo casi orlandiano, con más fuerza precisamente en este momento ‘de emergencia’. Un buen ejemplo en De Siervo, *Il contenimento di Covid-19: Interpretazioni e Costituzione*. Modena, Mucchi Edit, 2021, pp. 65-66, con importantes repercusiones, a nuestro parecer, en la valoración global del momento histórico.

años de vida. Pero con tan solo observar las cosas atentamente y con la debida distancia, se debe reconocer que el ciclo medio de vida de los más recientes sistemas políticos no supera mucho este periodo de tiempo. En efecto, si se piensa en los regímenes políticos que se han sucedido en la Italia contemporánea, se advierte que la Restauración duró treinta y cuatro años (1814-1848), la Monarquía constitucional veintiocho años (1848-1876), la Monarquía parlamentaria con el sufragio censitario treinta y cinco (1876-1911), la Monarquía parlamentaria con sufragio universal once (1911-1922) y, finalmente, la dictadura veintitrés (1922-1945). Todo ello supone una duración media de veintiséis años.

Si posteriormente dirigimos la mirada al país más cercano y afín, esto es, Francia, se comprueba que el régimen revolucionario duró once años (1789-1800) la primera dictadura militar quince (1800-1815), la Monarquía de la Restauración (con notables variaciones constitucionales) treinta y cuatro (1815-1848), la Segunda República cuatro (1848-1852), la segunda dictadura militar dieciocho (1852-1870), la tercera república setenta años (1870-1940), la cuarta república (incluyendo el Gobierno provisional) catorce años (1944-1958). La duración media es de 24 años.¹¹⁸

Una vez establecida la no perduración sustancial de los regímenes políticos y recordando algo que también nos ha afectado a alguno de nosotros en los últimos tiempos —«aquella sensibilidad ancestral que hace que las criaturas animales sepan cuando se avecina una tempestad o el peligro de los ‘rápidos’ en el curso de un río» y les hace sentir «en la atmósfera cada

118 Miglio, *Le trasformazioni*, p. 6.

vez más alterada los presagios de un cambio cada vez menos lejano»— surge la cuestión definitiva que, por lo demás, estaba presente en el núcleo de la ya señalada alternancia cronológica de los regímenes. Es la cuestión de la relación entre ‘régimen representativo’ y dictadura.

Pues bien, para Miglio, los proponentes de las dos estructuras institucionales ‘creen’ que están firmemente asentados en bancos opuestos, pero no es así

Unos y otros están generalmente de acuerdo sobre un punto como si fuera una verdad indiscutible: en sostener que entre el régimen representativo —especialmente entre el régimen representativo ‘puro’ como es el vigente en este país— y la dictadura no existe ningún rasgo común ni en las ideas inspiradoras ni en la estructura, sino solamente una antítesis radical. Y es precisamente en eso en lo que, al menos a ojos del historiador, se engañan ambos, y se engañan mucho.¹¹⁹

La tesis es clara: Puesto que el régimen representativo es un ‘consumidor’ de autoridad y la dictadura, por el contrario, es una ‘productora de autoridad’, la alternancia tiene una función bien precisa:

Es la de ‘recargar’ la autoridad gastada y, por consiguiente, tiene la finalidad de tensionar y vitalizar el propio sistema representativo. Tanto es así que las dictaduras de la edad contemporánea no son todas ‘carismáticas’ en el sentido estricto de la expresión —esto es, no duran más allá de la vida del protagonista y, con mucha frecuencia, la acortan perceptiblemente— sino que, por lo general, en seguida son seguidas de restauraciones representativas. Por ello se puede decir sin temor a errar que uno y otro régimen son solamente dos momentos del mismo

119 Ibid., p. 7.

sistema. Ciertamente el recuerdo de la dictadura conlleva un cambio a veces dramático de la constitución representativa y de alguna de sus instituciones, pero no representa de hecho el abandono del sistema histórico del que es parte la constitución representativa.¹²⁰

En resumen, se trataría de una *complementariedad* sustancial de los dos ordenamientos considerados:

El régimen ‘representativo’ y la dictadura carismática tal y como los conocemos hoy son fenómenos típicos de la edad contemporánea: surgen juntos cronológicamente y posteriormente se alternan estrechamente desde hace siglo y medio. Si nos fijamos en el país en el que la Constitución moderna ‘pura’ adquirió su forma definitiva, esto es, Francia, vemos como al gobierno revolucionario fundado por una asamblea representativa, sucede al cabo de poquísimos años la dictadura jacobina, de la misma manera que el régimen representativo del Directorio fue rápidamente sustituido por la dictadura napoleónica y a la monarquía de la Restauración y a la república del 48 le sucedieron la segunda dictadura bonapartista en tanto que la tercera y la cuarta república representativa cedieron su lugar a dos dictaduras militares. Y si miramos más atrás en el tiempo a Inglaterra vemos que la primera actuación radical del régimen representativo en el periodo del parlamento puritano fue inmediatamente seguida de la férrea dictadura de Cronwell. *Si después a las dictaduras expresamente consagradas en un ordenamiento se unen las ‘cuasi dictaduras’ ejercidas por personajes que gobernaron adscritos formalmente al marco del régimen representativo pero que, de hecho, le sustraían el poder de decisión, el en-*

120 Ibid., p. 10.

*tramado cronológico entre los dos ordenamiento es todavía mucho más estrecho.*¹²¹

Según nuestro autor, esto es una consecuencia de la propia génesis histórica del régimen representativo, nacido como oposición al absolutismo y, por consiguiente, llevando consigo un carácter intrínsecamente ‘polémico’:

Si nos atenemos a la experiencia histórica, el régimen representativo, por su origen y naturaleza, se presenta, por lo tanto, como un ordenamiento de oposición. Derivado de la metamorfosis sufrida por los antiguos instrumentos consultivos de la administración pública, ese régimen nació y se consolidó como un aparato de lucha contra el principado absoluto, es decir, contra una fuerte (o que se creía fuerte) autoridad y fue en la acción de resistencia contra esta autoridad donde patentizó la medida exacta y también los límites de su eficiencia. Todo en su estructura presupone la existencia de un poder externo y autónomo contra el que luchar y al que hay que obstaculizar y condicionar. Pero eso no es una forma acabada de organización del poder: solo existe y se mantiene en pie en la medida que le proporciona una razón de vida, una autoridad lo suficientemente amenazadora para –como ocurre en la situación a la que a veces parece mirar este país– contener al menos los vestigios organizativos y normativos de un absolutismo ya trasnochado.¹²²

121 Ibid., pp. 7-8. La cursiva es mía. «Y esto explica también por qué las clases políticas de los regímenes representativos contemporáneos, más o menos puros, han encontrado unidad de espíritu y de acción a la sombra de las semidictaduras –a veces se ejercen dentro de un partido mayoritario y, por tanto, a través de él– de un Bismarck, de un Cavour, de un Giolitti e incluso de un De Gasperi». Ibid., p. 11.

122 Ibid., p. 8. La última referencia se refiere claramente al carácter y al fundamento antifascista de nuestra Constitución, que tras el cambio de constitución material (cfr. supra la nota 9) ha necesitado, especialmente desde 1994, es decir, en la fase de la «defensa de la Constitución» abierta por Dossetti y sus «comités», realizar un replanteamiento y una rele-

Pero entonces ¿cuál es el riesgo –o la certidumbre, si comparamos totalmente la construcción de Miglio–? El fenómeno de la emergencia de poderes ‘externos’ a la forma constitucional representativo-democrática.¹²³

El régimen representativo, como ya se ha señalado, es, por su propia naturaleza, un gran ‘consumidor’ de autoridad y no un ‘productor de autoridad’. Cuando han desgastado hasta los últimos restos del poder para cuya desaparición ha nacido, se produce en la comunidad un vacío de autoridad, un vacío que no se puede rellenar por un ‘ejecutivo’ expresado en la misma Representación por las razones que acabamos de revelar y que, por ello, tiende a ser colmado por poderes que, de hecho, se han formado *fuera* del sistema representativo.¹²⁴

El análisis de Miglio, como hemos subrayado, se remonta a siglos atrás, pero, aunque en nuestra opinión carece de referencias importantes, incluso para hoy, en particular las relativas a la especificidad del siglo xx –tal es la relación entre carisma y exterminio o la noción, que tal vez también minusvaloraría como ‘ideológica’, de totalitarismo– proporciona asimismo, por la vía de la ‘complementariedad’ entre régimen representativo y ‘dictadura’ o ‘semidictadura’, un marco interpretativo insólito respecto a las lecturas prevalentes hasta el

gitimación sobre bases más amplias. Un problema que, como señalaremos, se propondría de nuevo hoy de una manera renovada.

123 Adviértase que Miglio nunca utiliza esta expresión porque, según él, es científicamente inexacta: «Yo siempre uso únicamente la expresión régimen representativo porque técnicamente es el único correcto. De hecho, las otras expresiones –como la de Estado constitucional– indican características o que ya eran comunes en otros ordenamientos (por ejemplo, en el Antiguo Régimen), o –como ocurre con ‘democracia’, ‘Estado popular’, ‘Estado liberal’– se refieren a concepciones ideológicas y no a estructuras institucionales concretas». Ibid., p. 8.

124 Ibid., p. 10.

momento entre una considerable mayoría de constitucionalistas en relación al fenómeno estado de emergencia *versus* estado de excepción.

O, al menos, un reto para posteriores análisis más profundos, incluso discrepantes.

También porque el planteamiento de un posterior y aún más decisivo desafío era la conclusión lógica que se desprendía de toda la argumentación migliana que ya entonces, aunque ciertamente ignorado por muchos, más que profetizar llevaba a cabo una diagnosis del *fin del Estado de Derecho*.

A lo que estamos asistiendo no es, por tanto, una crisis temporal del ‘Estado de Derecho’, es el principio de su fin, o, por expresarlo mejor, de su transformación en un régimen completamente diferente. La verdad es que no estaba escrito en el firmamento que ese fuera el último o más perfecto de los ordenamientos, de igual modo que no hay nada paradójico en el hecho de que una época, nacida bajo el signo de la libertad y de la igualdad, precisamente siguiendo tales constelaciones haya acabado por encontrar la estructura del Antiguo Régimen.¹²⁵

Es, no obstante, imprescindible realizar una aclaración en retrospectiva actual: los poderes carecen ya de aquel particularismo vinculado a la ‘tierra’ local, nacional o cualquiera que sea, pero siempre enraizados en la visión clásico-cristiana de la vida. Los poderes son los propios de un ‘antiguo/novísimo régimen posmoderno’, de la tecnociencia, del neofeudalismo de

125 Ibid., p. 19. Una descripción plausible de lo que significaría tal transición, también en el ámbito del abandono del Estado constitucional, en la última aportación de Venanzoni, Andrea, *Ipotesi Neofeudale. Libertà, proprietà e comunità nell'eclissi globale degli Stati nazionali*. Firenze, Passaggio al Bosco, 2020.

las grandes y enormes multinacionales, de las organizaciones nacionales y mundiales. En una palabra: son los poderes que pretenden alcanzar el *Weltstaat* al que se refería Ernst Jünger.¹²⁶

126 Jünger, Ernst, *Gespräche im Weltstaat. Interviews und Dialoge: 1929-1997*, Hrsg. Von Reiner Barbey und Thomas Petraschka. Stuttgart, Klett-Cotta. 2019. Ideas similares (el estado universal homogéneo) también fueron desarrolladas por Alexandre Kojève, para elaborar un marco referencial cfr. Tedesco, Francescomaria, «L'impero latino e l'idea di Europa. Riflessioni a partire da un testo (parzialmente) inedito di Alexandre Kojève», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, xxx, 2008. Por lo demás, Jacques Attali, banquero, economista, asesor de Mitterrand y luego de Sarkozy y uno de los «descubridores» de Macron, ya en su columna en *L'Express* en 2009, en la que, obviamente, no se refería, porque no podía hacerlo, a este tipo de 'pandemia', pedía un gobierno mundial, argumentando lo siguiente: «La historia nos enseña que la humanidad evoluciona significativamente solo cuando tiene realmente miedo. Es entonces cuando desarrollan inicialmente mecanismos de defensa; a veces intolerables (chivos expiatorios y totalitarismos); a veces inútiles (distracción); a veces eficaces (terapéutica, que elimina todos los principios morales anteriores si es necesario). Después, una vez superada la crisis, transforma estos mecanismos para hacerlos compatibles con la libertad individual e inscribirlos en una política sanitaria democrática. La pandemia que se está iniciando podría abrir la puerta a uno de estos temores estructurantes. Aunque no resulte ser más grave que los dos anteriores temores aparecidos en los últimos quince años vinculados al riesgo de pandemia (la crisis de las vacas locas en Inglaterra y la crisis de la gripe aviar en China), seguirá teniendo importantes consecuencias económicas (caída de la actividad del transporte aéreo, colapso o disminución de los precios del turismo y del petróleo)... y tendrá consecuencias para la organización (también en 2003 se tomaron medidas policiales muy estrictas en toda Asia; la oms puso en marcha procedimientos de alerta a escala mundial; y algunos países, en particular Francia y Japón, han acumulado considerables reservas de medicamentos y máscaras protectoras). Si la epidemia es un poco más grave, lo cual es posible, ya que es transmisible por el hombre, tendrá consecuencias verdaderamente planetarias... Y aunque, como obviamente debemos esperar, esta crisis no sea muy grave, no debemos olvidar, como en el caso de la crisis económica, aprender las lecciones de la misma, para que antes de la próxima –e inevitable– crisis se pongan en marcha mecanismos de prevención y control, así como procesos logísticos para la distribución equitativa de medicamentos y vacunas. Para ello, se deberá organizar una policía mundial, un sistema mundial de almacenamiento (de recursos) y, por tanto, una fiscalidad mundial. Se llegaría entonces, mucho más rápidamente de lo que la razón económica por sí sola hubiera permitido, a sentar las bases de un verdadero gobierno mundial. Por lo demás, fue con la creación del hospital cómo se inició la creación de un verdadero estado en Francia, en el siglo xvii» (Attali, 2009 – la cursiva es nuestra). En relación con la curvatura tecnocientífica y de control total a los que parece aludir la perspectiva evocada, podría ser interesante retomar la idea adelantada por Duverger de que las «dictaduras técnicas» son más duras que las «dictaduras sociológicas», porque son «ajenas a la sociedad que las sufre». (Duverger, Maurice, *La dittatura*, 1961, pp. 112ss.).

4. *SILETE VIROLOGI IN MUNERE ALIENO O DE LOS PODERES INDIRECTOS*

Al inicio de la edad moderna, un célebre jurista italiano, al menos célebre por contarse entre los padres del derecho internacional, Alberico Gentile (1552-1608), que emigró primero a Alemania y posteriormente a Inglaterra a causa de los enfrentamientos religiosos y que fue capaz de ganar la prestigiosa cátedra de *Regius Professor of Civil Law* de la Universidad de Oxford, se percató lúcidamente de la necesidad de ejercitar una *actio finium regundorum*, una acción de regulación de los límites entre disciplinas, la teología y el derecho. Y refiriéndose a la necesidad y a las competencias del recién nacido Estado moderno, lanzó desde las páginas de su *De Iure belli libri tres* (1598) su famoso grito «*Silete theologi in munere alieno*». Callad teólogos en la oficina ajena”.¹²⁷

Un grito similar se hubiera podido lanzar hipotéticamente hoy frente a la invasión casi arrolladora del nuevo estamento de ‘teólogos’ de la posmodernidad sanitaria: particularmente los virólogos, los médicos de todas las especialidades y tecnocientíficos.

Sin embargo, nadie lanzó un grito semejante.

Muy al contrario: algunas de las propuestas ‘jurídicas’ liberticidas adelantadas por ellos –citamos por todas únicamente la propuesta de sancionar a los no vacunados excluyéndoles de las prestaciones proporcionadas por el Servicio sanitario nacional (salvo, naturalmente, el ‘arrepentimiento’)– han sido tomadas seriamente en consideración por algún constitucionalista.

Ciertamente en este sentido, falta asimismo un análisis contextual más amplio.

127 Minnucci, «*Silete Theologi in munere alieno*», pp. 181ss.

Aunque por supuesto no es un fenómeno exclusivo de este momento –por más que ahora estemos ante ‘un cambio de paso’ dictado por la pandemia, aprovechada como una ocasión propicia para la ‘apertura’ hacia una nueva época o, mejor aún, una nueva ‘era’– nos encontramos en realidad ante una multiplicación e intensificación de la actividad ‘política’ de agencias que, muy frecuentemente, conforman a los ojos de un profano en la materia una nebulosa cuyos confines son difícilmente identificables y mucho menos su finalidad, modelos de acción y capacidad de transgresión (impacto).

Los científicos –que muy a menudo, debido a su imposición científica, responden más bien a la definición de tecnocientíficos– son a estas alturas en su mayor parte, aunque no solo, médicos consultores de los gobiernos, Ministerios de Sanidad y organismos de seguimiento de la pandemia. Desde Antony Fauci hasta las ramas OMS (o WHO), FDA, EMA, AIFA, ISS, CTS; después OMC o también BCE, l’ERT, l’UNICE, l’ESF, el TABD; el WEF, el FMI, la UNESCO, UNICEF, WTO, la OECD. Y las siglas y referencias son, desde luego, susceptibles de multiplicarse.¹²⁸

No es, sin embargo, necesario que nos engañemos sobre la naturaleza del proceso en curso, el cual, por lo demás, presenta ciertos aspectos perfectamente paradójicos. Como pone de relieve el análisis semántico del lenguaje utilizado por el Banco Mundial –pero los ejemplos también pueden multiplicarse– como el llevado a cabo con un término ‘central’, estimado asimismo una palabra de orden, como es el caso de *gobernanza* –aparecido por cierto por vez primera en 1990– se puede

128 Para ert, unice, esf, tabd véase el análisis minucioso que, tomando como referencia a Pierre Bourdieu, lleva a cabo Raul Marc Jennar (2004, pp. 17-45). Desde el punto de vista del texto, son interesantes las observaciones de Moretti, Franco; Pestre, Dominique, «La Neolingua della Banca Mondiale. Analisi semantica e grammaticale dei rapporti della World Bank dal 1946 al 2012», en *MicroMega*, *almanacco di filosofia*, 2/2015, pp. 181-211.

advertir que el mismo está estrechamente vinculado ante todo a tres adjetivos que lo acompañan «en su irresistible avance»: *global* (o sea, el alcance de la acción del Banco en la persecución del bien común), *ambiental* (está en juego nada menos que el futuro de ‘Gaia’) y *civil* (el Banco está abierto a la sociedad civil). Este cuadro se completa posteriormente, poniendo el acento sobre su vínculo intrínseco con el comportamiento moral (‘humanitario’) añadiendo sustantivos como *diálogo*, *participación*, *comunidades locales y población indígena* (finalmente acompañado de especificaciones como *clima*, *naturaleza*, *bosques*, *contaminación y hasta salud y educación*). «En fin, el grupo semántico de *gobernanza* abarca una serie de vocablos que expresan un sentido de compasión, generosidad, rectitud, empatía hacia los problemas del mundo».¹²⁹

Entonces, correspondería al jurista, y más en concreto al constitucionalista interesado en conservar un sistema democrático basado en la libertad, la tarea de ‘calificar’ el fenómeno que indudablemente está incluso ligado al desarrollo de las nuevas tecnologías ‘verdes’ o ‘ecológicas’ y al cada vez mayor desarrollo de la caracterización ‘biopolítica’ de los poderes.

Es cierto que se han identificado algunos elementos adecuados para dirigir esa calificación, incluso en campos ajenos al pensamiento jurídico. Es este un dato que, en todo caso, es interesante observar prestando siempre mucha atención a las confluencias específicas que conserva con tal pensamiento.

A este respecto es ilustrativo el ejemplo del contraste, probablemente solo aparente si se lee bien –y quizá hasta con una mayor radicalidad y pesimismo–,¹³⁰ que, en relación con su amigo Giorgio Agamben, presenta Jean-Luc Nancy, el filósofo

129 Ibid.

130 Y con algunos rasgos de malthusianismo que podrían añadir parte de sus reflexiones a las de los ‘despoblacionistas’, partidarios de la cuarta revolución industrial.

francés desaparecido recientemente. Y ciertamente no se trata de una postura que sostenga en solitario:¹³¹

Giorgio asegura que los Gobiernos recurren a todos los pretextos para declarar todos los estados de excepción posibles. No cae en la cuenta de que la excepción se está convirtiendo en la regla en un mundo en el que las interconexiones técnicas de todo tipo (movimientos, transferencias de toda clase, exposiciones o difusión de sustancias, etc.) adquieren una intensidad desconocida hasta ahora y que crecen al mismo tiempo que la población. En los países ricos el aumento de la población comprende incluso el aumento de la esperanza de vida, el incremento del número de ancianos y, en general, de las personas en situación de riesgo. Es preciso no equivocarse en el alcance del objetivo porque no cabe duda de que *lo que está en juego es una civilización al completo*. Existe una especie de excepción viral –biológica, informática y cultural– que nos está pandemizando. Los gobiernos tan solo son los tristes ejecutores y atacarlos parece más bien una maniobra de distracción que una reflexión política.¹³²

Como punto de arranque de esa reflexión política, nos vienen ahora a la memoria las palabras, siempre vinculadas a la verificación (y a la promoción) de la llegada de las nuevas tecnologías de la cuarta revolución industrial, que pronunció

131 Compárese, por ejemplo, Bercovici, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro, Azouge Editorial 2004 y Bercovici y Paye, Jean-Claude, *La fin de l'Etat de droit: La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*. Paris, La Dispute, 2004.

132 Citado en Contarini, Nicola, E' morto il filosofo Jean-Luc Nancy, en *Il Foglio*, 24 agosto 2021, consultado en <https://www.ilfoglio.it/cultura/2021/08/24/news/è-morto-il-filosofo-jean-luc-nancy-2810886/>

sobre el tema Klaus Schwab. Son palabras que suenan, en su misma intención, como un aviso de ineluctabilidad:

Los gobiernos deben tomar conciencia de que se está llevando a cabo una transición del poder de decisión de los actores públicos a los sujetos privados¹³³ y de instituciones consolidadas a redes que, muy frecuentemente, no están bien definidas.¹³⁴

Aún falta, sin embargo, una referencia demostrativa en el campo jurídico.

La nebulosa de las agencias y de las redes que con frecuencia ni siquiera están bien definidas o que parecen estarlo deliberadamente, representan en este punto —esta es la hipótesis ‘de calificación’ que en cuanto historiadores del derecho nos sentimos obligados a formular— no ya un mero cuestionamiento del dogma moderno de la relación de una necesaria diferenciación entre derecho y moral (esto es, una suerte de ‘moralización’ del derecho o del poder) sino, ante todo, el resurgimiento de una forma ciertamente nueva cuyos contenidos y fundamentos están alejadísimos de un *poder espiritual indirecto*.

Una nueva *potestas indirecta in temporalibus* surgiendo del deseado dominio total de la técnica que *ratione peccati* (aunque aquí los pecados son contra el humanismo maltusiano, la ecología, la reducción de emisiones, la ética del arco iris, etc., en una palabra, contra «Gaia») siempre somete a discusión la dualidad de poderes. En nombre de un poder superior al mundano (estatal/democrático) que, sin embargo, no asume la res-

133 Sobre el tema de la superación de la «Gran Dicotomía Público/Privado» y la aparición en el horizonte de poderes privados que, por su tamaño, ejercen «funciones» públicas, vid. los recientes e importantes estudios de Sordi, Bernardo, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*. Bologna, Il Mulino, 2020 y Zoppini, Andrea, *Il diritto privato e i suoi confini*. Bologna, Il Mulino, 2020.

134 Schwab, *Governare la quarta rivoluzione*, p. 89.

ponsabilidad política derivada de la toma de las decisiones (solo está legitimado por la moralidad de la autoproclamada competencia técnica) se sirve del 'brazo secular': con J. L. Nancy «los gobiernos son tan solo los tristes ejecutores...».

'indirecto' significa que no actúa bajo su propio riesgo, sino que, más bien —por usar la feliz expresión de Jacob Burckhardt— actúa «por medio de autoridades seculares» a las que, previamente, «había humillado y maltratado». En la esencia de un poder indirecto está la ignorancia de la inequívoca convergencia del mandato estatal y riesgo político, de poder y responsabilidad, de protección y obediencia. De esta manera, merced a la irresponsabilidad de un dominio que solo es indirecto —aunque no por ello menos intenso— se obtienen todas las ventajas del poder político y se evitan los riesgos. Este típico método indirecto a *deux mains* permitió (y permite) a los poderes indirectos presentar la propia acción como algo distinto de la política, esto es, como religión, cultura, economía o como asuntos privados pero que les permiten disfrutar en beneficio propio de todas las ventajas del estatismo.¹³⁵

Puede observarse que de esta lista falta la tutela de la salud. Si la adjuntamos, obtenemos una puntual representación de la *governance* de la 'pandemia'.

No por acaso uno de los padres del estatismo moderno y del nexo soberanía/libertad,¹³⁶ Hobbes, es

el gran teórico de la *potestas directa*, el *promachos* contra la doctrina de la *potestas indirecta* de la iglesia romana, el gran

135 Schmitt, loc. cit., p. 116-117.

136 Galli, loc. cit., p. 84.

adversario del cardenal Bellarmino... La relevancia intemporal de Thomas Hobbes radica en haber reconocido, de una manera conceptualmente clara, el valor estrictamente político de la pretensión de la autoridad espiritual para la decisión. Con una seguridad incomparable ha presentado la cuestión desde el punto de vista formal y no ha permitido que la simple decisión soberana de elegir entre uno y otro se perdiera en discusiones. Reconoció que todos los géneros mixtos y todos los métodos indirectos eran enmascaramientos o actos dilatorios. De esta manera, Hobbes comprendió la pretensión indirecta a la decisión y al monopolio implícito de la decisión que no había conseguido exponerse conceptualmente con claridad durante toda la Edad Media.¹³⁷

Valdría entonces la pena recordar lo escrito por el mismo Thomas Hobbes, según muchos un leviatánico defensor del absolutismo, pero muy cuidadoso de aprovechar los —si se quiere, pocos— límites de la legislación civil, «la cual consiste únicamente en el mandato del soberano», en relación a sus dos ‘fines’ imprescindibles: el derecho a la salvaguardia de la propia vida (la protección y pacificación respecto al riesgo de la guerra civil) y la salvación del alma. Y aún más: no se debe olvidar que la tercera parte del Leviatán está dedicada al tema «De un Estado Cristiano».¹³⁸

Démosle la palabra:

Como es necesario que todos los hombres que buscan la paz abandonen algunos derechos del estado de naturaleza, esto es, a no tener la libertad de hacer todo lo que quieren, de la

137 Schmitt, loc. cit., p. 141; 156-157.

138 Hobbes, Thomas, *Leviatano. Ensayo introductorio de Carlo Galli*. Bur Rizzoli, 2011, pp. 392ss.

misma manera es necesario para la vida humana que conserve alguno, como el de gobernar el propio cuerpo, disfrutar del aire, del agua, del movimiento y de las vías para ir de un lado a otro y de todas aquellas cosas sin las cuales un hombre no puede vivir y no puede vivir bien.¹³⁹

5. *CUIDAR DE LA CONSTITUCIÓN*

Incluso al concluir nuestro recorrido nos llega el eco de un «jamás» de la misma clase amenazadora que aquella con la que iniciábamos las consideraciones que hemos desarrollado. Un eco que también está dirigido al ‘pueblo’, a la gente común que se pregunta a sí misma, y que también está destinado a apagar todo disenso y a cerrar la puerta a cualquier alternativa: «Muchos de nosotros nos estamos preguntando cuando las cosas volverán a la normalidad. La respuesta es concisa: jamás».¹⁴⁰

Para que este ‘jamás’ pueda seguir, como esperamos, la suerte del anterior, será necesario retomar, en todos los planos, el tema planteado por Alessandro Pajno y llevar a cabo un «análisis significativo del estado de la democracia» y de sus problemas no resueltos, y quizá no solo «en nuestro país».

También aquí, por limitar la perspectiva a esta última cuestión, pero desde un punto de vista generalizado en cierto sentido, sería necesario retomar —he ahí de nuevo la dimensión histórica— el demasiado olvidado análisis de un Giacomo Noventa relativo a la ‘transición’ del fascismo a la democracia

139 Para la cita del primer libro de Leviatán, cfr. Warrender, Howard, *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*. Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli Editore, 1974, p. 194.

140 Cita colocada al final de su volumen por Ilaria Biffarini, Schwab, *Governare la Quarta Rivoluzione Industriale*.

y su nítida y precisa especificación de una entre las causas fundamentales de la incomprensión e inacción en el error *de la* cultura. Todo lo que aconteció (y tal vez acontezca), no puede atribuirse, quitándonos de esta manera la responsabilidad y diferenciando nuestra ‘inocencia’ de la responsabilidad de los ‘otros’, a un error *contra* la cultura, sino a un error *de la* cultura (incluso la jurídica):

*El peligro ante el que los hombres cultos de hoy, ya sean teóricos o prácticos, intentarían desesperadamente reaccionar, sería el de no participar en la lucha, de ser siempre desplazados a los márgenes de la lucha: o de participar como elementos decorativos, como flores en los ojales de los contendientes, un peligro que se agrandaría cada vez más. Pálidos herederos de la cultura oficial de ayer, mis amigos, y los amigos de mis amigos, vivirían cada vez más exclusivamente de las rentas de su herencia, y la renta y la propia herencia disminuirían cada vez más y serían ya demasiado escuálidas no solo para luchar sino para existir.*¹⁴¹

Entre los muchos errores y vicios generados al asentarse en la cultura del ayer y sobre las, dadas por descontado, conquistas de la libertad, Noventa nos recordaba «nuestro empalagoso concepto de democracia, en el que no cabría aristocracia de ninguna clase». Se trata de una concepción que, posteriormente, encontró su fuente no solo en «*nuestra informada o desinformada ignorancia* sobre el catolicismo moderno, sobre el catolicismo de los Maritain, Chesterton, Belloc, Benareggi, Papafava, Berdieff y del mismo Bergson»,¹⁴² sino «en este es-

141 Noventa, Giacomo, *Hyde Park (L'unificazione socialista o L'innocenza della cultura) All'Insegna Del Pesce D'Oro*. Milano, Vanni Scheiwiller, 1972, pp. 30-31. Cursivas del original

142 Ibid., pp 36-37. Para una perspectiva más amplia, pero relacionada, vid. el trabajo

cepticismo, en esta arrogancia antipatriótica, en este complejo de superioridad hacia el pueblo italiano (que) es el origen de nuestros errores y de nuestros peligros». Y añadía:

Encontramos ahí el origen de un vicio que será más nuestro, que es más nuestro sin duda, pero *que tenemos en común con todos los italianos*. Incluso con los menos dignos. Gobetti se preguntaba en la portada de todos sus libros como editor que cosa tenía él, que teníamos en común con los siervos. Hela aquí: tenemos en común este vicio, del que será necesario buscar sus causas y la explicación más allá del periodo en el que muchos buscan las causas y la explicación —y la justificación— de los propios vicios y de sí mismos, más allá del periodo fascista, esto es, en el periodo del positivismo o en el *Resorgimento* o en la Italia anterior al *Risorgimento*. O quizá aún más allá: *en nuestras almas medio aristocráticas. Nosotros no confiamos en el pueblo. No lo estimamos. Nos sentimos demasiado superiores al pueblo. Y le tenemos miedo.*¹⁴³

Sin embargo, ha existido en la reciente historia constitucional italiana un momento en el que este vicio se pudo superar, y se ha podido superar porque existía una persona (cristianamente retirada del mundo) que tenía la autoridad para convocar al estamento de juristas, como de hecho hizo en diciembre de 1994: Giuseppe Dossetti. En su día miembro de las Constituyentes y ahora monje, regresó, por un momento, a la escena política con su célebre escrito «Salvemos la Constitución», redactado para llevar a cabo el establecimiento de un

de uno de los principales historiadores británicos, Dawson, Christopher H., *Il Dilemma moderno. Senza il cristianesimo l'Europa ha un futuro?*, Torino, Lindau, 2012.

143 Noventa, Hyde Park, pp. 36-40. Vid. también Noventa, Giacomo, «Tre Parole sulla Resistenza, Vanni Scheiwiller». *História do Direito*: RHD. 1965, Curitiba, v. 2, n. 3, p. x.

nuevo Comité por la Constitución, promovido por el profesor Paolo Barile y el doctor Ivan Nicoletti.¹⁴⁴

Tal vez al final, puesto que en esta ocasión, y precisamente en la situación del estado de emergencia, no se encontró a nadie –al menos entre los juristas, ya que existía un discurso alternativo realizado por filósofos como Agamben y Cacciari, por otros intelectuales y por muchos ciudadanos– que tuviese la misma autoridad de entonces para asumir una tarea análoga, podremos decir suavemente –con el evocador tono del poeta alemán de la entonces República Democrática alemana Reiner Kunze: *Zimmerlautstärke* (volumen de la habitación)– que en realidad bastaría con rememorar el título de los recientes recuerdos de dos constitucionalistas marquesianos, Leopoldo Elia y Piero Alberto Capotosti: *Cuidar la Constitución*.¹⁴⁵

Sin embargo, para hacerlo es preciso ser conscientes de lo que realmente está nuevamente en juego y será importante el regreso a los orígenes y meditar, pero únicamente una vez porque no debe repetirse por una tercera –y allí se estaba solo ante la primera–, sobre todo lo que se describió inicialmente y de lo cual se hacían eco las sentidas palabras que en 1925 recogían las páginas de un pequeño volumen editado por el valiente editor Piero Gobetti, ‘inspirado’ por Sturzo y nacido de la lúcida pluma de un demasiado olvidado protagonista de aquellos años, Igino Giordani, quien, posteriormente, también fue diputado en las Constituyentes. Sonaban y suenan así:

144 Dossetti, Giuseppe, «Salviamo la Costituzione», en *La Costituzione. Le radici I Valori Le Riforme*. Introduzione di Guglielmo Simoneschi. Roma, Edizioni Lavoro, 1996, pp. 33-38.

145 Elia, Leopoldo; Capotosti, Piero Alberto, «Prendersi cura della Costituzione. Leopoldo Elia e Piero Alberto Capotosti due costituzionalisti marchigiani», en 70.º Della Costituzione Della Repubblica Italiana, editado por Giancarlo Galeazzi e Daniele Salvi. Ancona, Centro Stampa Digitale del Consiglio Regionale delle Marche, 2018.

Hoy hacemos burlas sobre la libertad, un cadáver putrefacto, sobre el parlamento, tan devaluado como si de la Asamblea de los Agustiani¹⁴⁶ se tratara, y sobre la Constitución manipulada. Sin embargo, fue por estos tres cadáveres por los que luchó y murió lo mejor de nuestra gente; generaciones de jóvenes se ofrecieron para ser masacrados; hombres maduros meditaron, creyeron y la quisieron bajo la presión militar, celosa e inexorable de la tiranía. Otros están cansados de la libertad; sobre húmeros gráciles no se sostiene esta pesada carga y requiere apoyos externos. Nosotros, con los pensadores del *Risorgimento*, creemos que esta libertad es un don divino, esencial para el cristianismo que es todo un esfuerzo de liberación. Y no hemos perdido la confianza en el parlamento.... Y así creemos que hasta ahora la Constitución es la mejor garantía para bloquear el camino a veleidades dictatoriales...¹⁴⁷

Porque, ciertamente, no se puede escapar de la pregunta –y mucho menos pueden hacerlo los juristas quienes, por el contrario, deberían contarse entre los primeros en ser interpellados para ofrecer respuestas– que, como ha observado Olivier Rey, se nos presenta, ahora, como definitiva: «¿Para qué clase de servidumbre nos estamos preparando y a qué nos vamos a enfrentar si concedemos a la “vida” el rango y la posición de principio supremo?». ¹⁴⁸

146 Se trata de un cuerpo de caballería establecido por Nerón a cambio de su apoyo en el teatro.

147 Giordani, Igino, *La Rivolta Cattolica*. Postfazione di Pietro Coda. Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2016, p. 110.

148 Rey, Olivier, *L'Idolâtrie de la vie*. Paris, Tracts Gallimard, 2020. Vid. asimismo Klein-Hartlage, Manfred, “Neue Weltordnung”. Zukunftsplan oder Verschwörungstheorie?. Schnellroda, Verlag Antaios y Camuso, 2012; Camuso, Angela, *La vita che ci state rubando*. Roma. Castelvechi editore, 2021. Elementos más que útiles de reflexión para una reevaluación global del asunto, también desde el punto de vista jurídico, diríamos que se encuentran en Doerfler, Walter, «Adenoviral Vector DNA-and SARS-CoV-2mRNA- Based

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

AGAMBEN, Giorgio, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*. Torino, Einaudi, 2005. Traducción española, *Homo Sacer. El Poder Soberano Y La Nuda Vida*. Valencia, Pre-textos, 1998 (1.^a edic.).

——— *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata, Quodlibet, 2020.

ALDANI, Lino, *37° Centigrades*. Paris, Éditions le Passeger Clandestin, 2020. Traducción española, *Treinta y siete grados centígrados*. BEM en línea, 20 de marzo de 2009.

ALLEGRETTI, Umberto, «Dossetti, difesa e sviluppo della Costituzione», en *Giuseppe Dossetti: la Fede e la Storia Studi nel decennale della morte*, a cura di Alberto Melloni. Bologna, Il Mulino, 2007.

ATTALI, Jacques, «Avancer par peur. Une pandémie majeure ferait surgir la prise de conscience de la nécessité d'un altruisme, au moins intéressé», en *L'Express*, 06/05/2009, https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/avancer-par-peur_758721.html.

BARCELLONA, P. (et alii), *Apocalisse e Post-umano. Il crepuscolo della modernità*. Bari, Edizioni Dedalo, 2007.

Covid-19 Vaccines: Possible Integration into the Human Genome - Are Adenoviral Genes Expressed in Vector-based Vaccines?, en *Science*, 302, September 2021, 198466, <https://doi.org/10.1016/j.virusres.2021.198466>. Ya en 1946, en un texto que no dudáramos en definir como profético, Romano Guardini, autor que se encuentra entre los primeros en subrayar el «fin de la era moderna», identificó las razones profundas de la debilidad de las raíces democráticas europeas en el momento de la entrada en la era de la tecnología (y el consiguiente ascenso de las élites tecnocráticas) frente al «modelo asiático». Pero merece la pena meditar detenidamente todo el ensayo. Cfr. Guardini, Romano, «Sul Problema della Democrazia. Un tentativo di chiarimento», en *Opera Omnia VI. Scritti Politici*. Brescia, Morcelliana, 1946, pp. 357-364 (2005, pp. 357-364). Las reflexiones de Belloc, Hilaire, *Lo Stato Servile*. Macerata, Liberilibri, 2006, son también significativas.

BECCHI, Paolo, *L'incubo di Foucault. La costruzione di una emergenza sanitaria*. Roma, Lastaria Edizioni, 2020.

BELLOC, Hilaire, *Lo Stato Servile*. Macerata, Liberilibri, 2008. Traducción española, *El Estado Servil*. Madrid, El buey mudo, 2010.

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e Estado de Exceção Permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro, Azouge Editorial, 2004.

BIFFARINI, Ilaria, *Il Grande Reset. Dalla pandemia alla nuova normalità*. Milano, Edizioni FAG, 2021.

BINDING, Karl; HOCHÉ, Albert, *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine dell' "eutanasia" dei malati di mente in Germania*, a cura di Ernesto De Cristofaro e Carlo Saletti. Verona, ombre corte, 2012.

CAMUSO, Angela, *La vita che ci state rubando*. Roma, Castelveccchi editore, 2021.

CANNONE, Marco, «Paolo Barile: il giurista delle libertà», in *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie, 3/2020 (anno XI, fascicolo 139), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, pp. 23-104.

CAPPELLINI, Paolo, «Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'«Inverted Totalitarianism»», in Meccarelli, M.; Palchetti, P.; Sotis, C. (2011). *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata, Eum edizioni, 2011, pp. 41-101.

——— «La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia globale'». *GLOSSAE*, vol. 10, 2013, pp. 137-159 y *História do Direito: RHD*. Curitiba, v. 2, n. 3, p. 52-81, jul.-dic. de 2021.

—— «Pensare l'eccezione», in Smorti, A. (a cura di). *L'eccezione e la regola. Opposizioni, convergenze, paradossi*. Firenze, S.E.I.D. Editori, 2014.

—— «Società postmortale e derive biogiuridiche», in *La Memoria e le Memorie. Atti delle giornate interdisciplinari di bioetica*, Centro di ricerca "Bios & Law", 18-19 maggio 2012, a cura di Salvo Randazzo. Catania, 2014, pp. 97-114.

—— y CARDONE, Andrea, «Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem», in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri, I*. Torino, Giappichelli, 2016 pp. 399-411.

—— «La storia è solo una cicatrice? Schegge su storia del diritto e sfide dell'età della 'mondializzazione'», in Birocchi, Italo e Brutti, Massimo (a cura di). *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*. Torino, Giappichelli, 2016, pp. 285-294.

—— «L'ipotesi Tocqueville. Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico'», in *História do Direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito*, v. 1, n. 1. Curitiba, UFPR, 2020, pp. 291-316.

CARDONE, Andrea, *Decisione algoritmica" VS Decisione politica? A.I. Legge Democrazia*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

CARLASSARE, Lorenza, «Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati», in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Milano, Giuffrè, 1990.

CARLASSARE, Lorenza, «Fonti del diritto (diritto costituzionale)» en *Enciclopedia del diritto*, Annali, II. Milano, Giuffrè editore, 2008.

CITRO DELLA RIVA, Massimo, *Eresia. Riflessioni politicamente scorrette sulla pandemia di Covid-19*. Milano, Byoblu Edizioni, 2021.

CONTARINI, Nicola, «E' morto il filosofo Jean-Luc Nancy», en *Il Foglio*, 24 agosto 2021, consultable en <https://www.ilfoglio.it/cultura/2021/08/24/news/è-morto-il-filosofojean-luc-nancy-2810886/>

CORBELLINO, Gilberto, «Codice di Norimberga», en *Enciclopedia della Scienza e della Tecnica*, 2008 https://www.treccani.it/enciclopedia/codice-di-norimberga_%28Enciclopedia-della-Scienza-e-della-Tecnica%29/

D'ANTONIO, Mario, *La Costituzione di carta*. Arnoldo Mondadori Editore, 1978.

DAWSON, Christopher H., *Il Dilemma moderno. Senza il cristianesimo l'Europa ha un futuro?* Torino, Lindau, 2012.

DE SIERVO, Ugo, *Il contenimento di Covid-19: Interpretazioni e Costituzione*. Modena, Mucchi Editore, 2021.

DELMASTRO, Marco; Zamariola, Giorgina, «Depressive symptoms in response to COVID-19 and lockdown: a cross-sectional study on the Italian population». *Scientific Reports*, 10, 2020, artículo número 22457, <https://doi.org/10.1038/s41598-020-79850-6>.

DOERFLER, Walter, «Adenoviral Vector DNA- and SARS-CoV-2mRNA- Based Covid-19 Vaccines: Possibile Integration into the Human Genome – Are Adenoviral Genes Expressed in Vector-based Vaccines?», en *Science*, 302, September 2021, 198466, <https://doi.org/10.1016/j.virusres.2021.198466>.

DOSSETTI, Giuseppe, «Salviamo la Costituzione», en *La Costituzione. Le radici I Valori Le Riforme*. Introduzione di Guglielmo Simoneschi. Roma, Edizioni Lavoro, 1996.

DUVERGER, Maurice, *La dittatura*. Milano, Edizioni di Comunità. Elia, Leopoldo, 1961. Traducción española, *Dictadura*. Fundacion universitaria Colombo Internacional.

CAPOTOSTI, Piero Alberto, «Prendersi cura della Costituzione. Leopoldo Elia e Piero Alberto Capotosti due costituzionalisti marchigiani». *70° Della Costituzione Della Repubblica Italiana, a cura di Giancarlo Galeazzi e Daniele Salvi*. Ancona, Centro Stampa Digitale del Consiglio Regionale delle Marche, 2018.

FARINACCI, R., *Realtà storiche*. Cremona, Stab. Tip. Soc. Ed. Cremona Nuova, 1939.

FASANELLA, Giovanni; Pellegrino, Giovanni, *La guerra civile*. Rizzoli, BUR, 2005.

GALGANO, Francesco, *Lex mercatoria*. Bologna, Il Mulino. 2001.

GALIZIA, Mario, Paolo Barile. «Il Liberalsocialismo e il Costituzionalismo», en *Il Politico*, Maggio-Agosto 2001, vol. 66, n.º 2 (197), 2021, pp. 193-228.

GALLI, Carlo, *Sovranità*. Bologna, Il Mulino, 2019.

GALVÁN, José M., «Transumanesimo e human enhancement», en *Bollettino di dottrina sociale della Chiesa*, aprile-giugno 2016, n. 21, anno XII, pp. 47-52.

GERHARDT, Uta, *Genocidio e carisma. Analisi sociologica del potere nazionalsocialista*. Sant'Oreste, APEIRON, 2004.

GINZBURG, Carlo, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*. Milano, Adelphi, 2015.

GIORDANI, Igino, *La Rivolta Cattolica*. Postfazione di Pietro Coda. Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2016.

GUARDINI, Romano, «Sul Problema della Democrazia. Un tentativo di chiarimento» en *Opera Omnia VI. Scritti Politici*. Brescia, Morcelliana, 1946, pp. 357-364.

HOBBS, Thomas, *Leviatano*. Saggio introduttivo di Carlo Galli, Bur Rizzoli, 2011.

JENNAR, Raul Marc, Europe, *La trahison des élites*. Paris, Fayard, 2004.

JÜNGER, Ernst, *Gespräche im Weltstaat. Interviews und Dialoge: 1929-1997*, Hrsg. Von Reiner Barbey und Thomas Petraschka. Stuttgart, Klett-Cotta, 2019.

KLEINE-HARTLAGE, Manfred, “*Neue Weltordnung*”. *Zukunftsplan oder Verschwörungstheorie?* Schnellroda, Verlag Antaios, 2012.

LAFONTAINE, Céline, *Il sogno dell’immortalità. La società postmortale. Morte individuo e legame sociale nell’epoca delle tecnoscienze*. Milano, Medusa. Lanchester, 2009.

FULCO, *La Costituzione tra elasticità e rottura*. Milano, Giuffrè Editore. Lanchester, 2011.

——— *La Costituzione sotto sforzo. Tra ipercinetismo elettorale e supplenza degli organi costituzionali di garanzia*. Wolters Kluwer CEDAM, 2020.

LEOTTA, Carmelo Domenico, *Il genocidio nel Diritto penale internazionale. Dagli scritti di Raphael Lemkin allo Statuto di Roma*. Torino, G. Giappichelli Editore, 1989.

MANGIA, Alessandro (2021). «Obbligo vaccinale e green pass/ “Moro contro Draghi, L’Europa sta con l’ex Dc”(titolo redazionale)», en *il Sussidiario.net*, 2021 <https://www.ilsussidiario.net/news/obbligo-vaccinale-e-green-pass-moro-contro-draghi-leuropa--sta-con-lex-dc/2205455>.

MANGIA, Alessandro, «Si caelum digito tetigeris. Osservazioni sulla legittimità costituzionale degli obblighi vaccinali», en *Rivista AIC*, n.º 3/2021, 2021, pp. 431-454.

MANNONI, Stefano, *Millenarismo 2.0: il diritto al cospetto della nuova era digitale*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2016.

MIGLIO, Gianfranco, «Le trasformazioni dell'attuale regime político», en *Jus*, Anno XVI, 1965, Fasc. I.

MINOIS, Georges, *Storia del male di vivere. Dalla malinconia alla depressione*. Bari, Edizioni Dedalo, 2005.

MINNUCCI, Giovanni, «SILETE THEOLOGI IN MUNERE ALIENO». *Alberico Gentili tra diritto, teologia e religione*. Milano, Momduzzi Editoriale, 2016.

MOBILIO, Giuseppe, *Tecnologie di riconoscimento faciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*. Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

MORETTI, Franco; Pestre, Dominique, «La Neolingua della Banca Mondiale. Analisi semantica e grammaticale dei rapporti della World Bank dal 1946 al 2012», in *MicroMega, almanacco di filosofia*, 2/2015, pp. 181-211.

NEGRONI, Alessandro Attilio, «Articolo 32 della Costituzione e superamento delle vaccinazioni obbligatorie», en *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020, Disponibile en: www.forumcostituzionale.it.

NOBILE, Umberto, *La Tenda Rossa. Memorie di neve e di fuoco*. Milano, Arnoldo Mondadori editore, 1969.

NOVENTA, Giacomo, *Tre parole sulla Resistenza. All'insegna del pesce d'oro*. Milano, Vanni Scheiviller, 1965.

——— *Hyde Park (L'unificazione socialista o L'innocenza della cultura) All'Insegna Del Pesce D'Oro*. Milano, Vanni Scheiviller, 1972.

OULLIER, Olivier, *Le Neurotecnologie*, in Schwab, Klaus. *Governare la Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano, Franco Agnelli, 2019.

PAJNO, Alessandro, «Democrazia e governo della pandemia», en *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of law nella società digitale*, Vol. I. Problemi di governo, a cura di Alessandro Pajno, Luciano Violante. Bologna, Il Mulino, 2021.

PASOLINI, Pier Paolo, *Saggi sulla Politica e sulla Società*, a cura di Walter Siti e Silvia de Laude con un saggio di Piergiorgio Bellocchio. Cronologia a cura di Nico Naldini. Milano, Arnoldo Mondadori Editore, 1999, pp. 1723-1730.

PAYE, Jean-Claude, *La fin de l'Etat de droit: La lutte antiterroriste, de l'état d'exception à la dictature*. Paris, La Dispute. 2004. Traducción española, *El final del estado de Derecho. La lucha antiterrorista: Del estado de excepción a la dictadura*.[†] Hiru Argitaletxea, 2008.

PROSPERI, Adriano, *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*. Torino, Einaudi, 2021.

REY, Olivier, *L'Idolâtrie de la vie*. Paris, Tracts Gallimard, 2021.

SCHMITT, Carl, *La dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo. Roma, Edizioni Settimo Sigillo, 1928. Traducción española *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid, Revista de Occidente, 1968.

——— *Sul Leviatano*. Bologna, Il Mulino, 1965. Traducción española, *El leviatán en la teoría del estado de Tomás Hobbes*. Traducción de Francisco Javier Conde, Varias ediciones.

SCHWAB, Klaus, *La Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano, Franco Angeli. 2016. Traducción española, *La cuarta revolución industrial*. Debate, 2016.

——— *Governare la Quarta Rivoluzione Industriale*. Milano, Franco Angeli, 2019.

SCHWAB, Klaus; Malleret, Thierry, *COVID-19: The Great RESET*. Forum Publishing, Amazon Italia, 2020.

SECHER, Reynald, *Il genocidio vandeano*, Prefazione di Jean Meyer. Presentazione di Pierre Chaunu. Milano, effedieffe, 1989.

SORDI, Bernardo, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*. Bologna, Il Mulino, 2020.

TEDESCO, Francescomaria, «L'impero latino e l'idea di Europa. Riflessioni a partire da un testo (parzialmente) inedito di Alexandre Kojève», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (QFSPGM), XXXV, 2006.

TELLIA, Bruno, *Tecnica del colpo di stato*. Introduzione di Giorgio Luti. Con un saggio di Bruno Tellia. Vallecchi Editore, 1994.

VATINNO, Giuseppe, *Il Transumanesimo. Una nuova filosofia per l'uomo del XXI secolo*. Armando Editore, 2010.

VENANZONI, Andrea, *Ipotesi Neofeudale. Libertà, proprietà e comunità nell'eclissi globale degli Stati nazionali*. Firenze, Passaggio al Bosco, 2020.

WARRENDER, Howard, *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*. Roma-Bari, Gius. Laterza & Figli Editore, 1974.

ZOPPINI, Andrea, *Il diritto privato e i suoi confini*. Bologna, Il Mulino, 2020.

ZUBOFF, Shoshana, *Il Capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*. Bologna, LUISS University Press, 2020. Trad. Española: *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*. Traducción de Albino Santos. Buenos Aires, Paidós, 2020.

CAPÍTULO II

PENSAR LA EXCEPCIÓN

1. *LA CONSTITUCIÓN COMO «PUNTO MUERTO DE LA RAZÓN JURÍDICA»*

Al comienzo de su discurso sobre el estado de excepción –un discurso fundamental, aunque se debería investigar mejor su trascendencia– Giorgio Agamben indica que, a causa precisamente de Schmitt, «falta en el derecho público una teoría sobre el estado de excepción y tanto los juristas como los publicistas parecen considerar el problema más cómo *quaestio facti* que como un genuino problema jurídico». ¹⁴⁹ Esta sobresaliente falta aparece resaltada incluso antes del inicio propiamente dicho del discurso, por cuanto es verdad que en el exergo del mismo sitúa la advertencia, extraída obviamente de aquella bastante más célebre expresión de Alberico Gentile, *Quare silentis giuristae in munere vestro?* (Juristas ¿por qué guardáis silencio en vuestro despacho?)

Podemos, a este respecto, decir que, aunque quizá tras realizar una

149 Agamben, Giorgio, «Stato di eccezione», en *Homo sacer, II*, 1. Torino, Einaudi, 2003, p. 6. Traducción española, *Homo Sacer, II, 1. Estado de excepción*. Valencia, Pre-textos, 2004.

profunda investigación en el “campo jurídico» se pudieran obtener algunos indicios más de los que ya poseemos, esa diagnosis a día de hoy seguiría siendo correcta en el fondo.

Ciertamente para el promedio de los juristas formados en el positivismo jurídico y a pesar (o tal vez a causa) de la difusión del así llamado neoconstitucionalismo (posmoderno o globalizado, cualquiera que sea la denominación), un tema como este resulta, una vez más, extremadamente difícil de enfrentar. Más allá de los aspectos metodológicos, de las fuentes y de temas que, por definición, no forman parte de los tradicionales, los juristas advierten con razón que, entre excepción y norma, entre orden y negación del orden, entre derecho «normal» y derecho excepcional, entre decisión y regla, al final del recorrido argumentativo se podría encontrar una relación (en lugar de una no-relación). Y esos juristas positivistas advierten, asimismo con razón, que ese resultado se conseguiría reafirmando, como de hecho hace Carl Schmitt,¹⁵⁰ su copresencia en el seno del «dato jurídico».

Sin embargo, es exactamente ahí dónde, incluso si esto llegara a ser real, permanecería intacta, y de hecho aumentaría, su desconfianza y su «perturbación» y malestar porque, cómo sagazmente ha subrayado Carlo Galli, esa relación sería en sí misma «*unheimlich*» (aterradora), incluso perturbadora en el sentido freudiano del término. De hecho, esa relación sería bien distinta de la «mediación moderna, racional, constructiva—entre particular y universal, entre *empirie* y razón, entre sujeto y mundo, entre ciudadano y Estado—».¹⁵¹

150 Pero precisamente no Agamben, quien, en lugar de aceptar la referencia histórica a la plenitudo potestatis ‘premoderna’, habla de un ‘estado kenomático’, de un vacío del derecho, calificando al primero como «mitologema jurídico». Agamben, *Homo sacer*, p. 13.

151 Galli, Carlo, Lo sguardo di Giano- Saggi su Carl Schmitt. Bologna, Il Mulino, 2008, p. 57.

Esa relación es, en efecto, como el propio Galli evidencia con claridad

la decisión que rompe la transitividad y la discursividad de la mediación moderna porque, ante la excepción, un pensamiento únicamente racionalista ‘queda sin palabras’. Es decir, se bloquea la prestación narrativa y ordenativa del *logos* moderno, esto es, el punto en el que permanecen juntos el derecho y el no derecho y hasta aquel en que razón y no razón aparecen unidas en el origen. En la edición de 1934 de su *Teología política*, Schmitt pensó acerca del punto muerto de la razón, el punto en que derecho y no derecho, ley y contingencia, se tocan en el origen. Es decir, ideó el paso aporético, el tránsito accidentado —la decisión— entre nada-de-norma y forma jurídico-política.¹⁵²

Desde el punto de vista histórico-político, la reflexión schmittiana acerca del ‘estado de excepción’ arranca ciertamente —y arranca ‘en serio’, tratando de pensarlo radicalmente con todo su alcance—¹⁵³ de la regulación del *Notzustand* (estado de emergencia) contemplado en el famoso artículo 48 de la Constitución de Weimar.¹⁵⁴ Esto es, de aquel que atribuía poderes

152 Galli, *Lo Sguardo*, p. 57.

153 Galli se refiere a «radicalización extrema». Galli, *Lo sguardo*, p. 55.

154 El profesor Cappellini utiliza aquí, «para comodidad del lector» la traducción del artículo 48 de la Constitución de Weimar realizada por Costantino Mortati. Con el fin de evitar una traducción de la traducción, se incorpora la más divulgada en castellano: Artículo 48: Si un país (Land) no cumple los deberes que le impone la Constitución o las leyes del Imperio el presidente de este podrá obligarle a ello, con ayuda de la fuerza armada. Cuando se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden públicos en el Imperio, el presidente puede adoptar las medidas indispensables para el restablecimiento de los mismos, incluso en caso necesario con ayuda de la fuerza armada. Con este fin puede suspender temporalmente en todo o en parte los derechos fundamentales fijados en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 Y 153. El presidente del Imperio habrá de dar conocimiento inmediatamente al Reichstag de todas las medidas que adopte con arreglo a los párrafos 1.º y 2.º de este artículo. A requerimiento de este, dichas medidas quedarán sin

excepcionales al presidente del Reich con la finalidad de «Si el orden público y la seguridad se encuentran gravemente perturbados o amenazados en la Federación, el presidente podrá tomar todas las medidas necesarias para restablecerlos».¹⁵⁵

Sin embargo, y no por casualidad, de la inspiración interpretativa surge una reflexión general sobre los fundamentos que, haciendo emerger con claridad paradójica «la diferencia principal entre los fenómenos jurídicos normales y los propios del estado de excepción» trastorna los hábitos de pensamiento establecidos entre los juristas coetáneos. Y no solo, porque

la separación profundamente jurídica entre medidas y otros actos o normas dominadas por la idea de derecho y por la conformidad con el derecho, también contradice determinado hábito de pensamiento que no se deja desviar voluntariamente de lo que, para simplificar, denomina positivismo. Pero todo tratamiento científico-jurídico de una dictadura conduce a repetir la vieja distinción, que es fundamental para el estado de derecho y, es más, que aparece siempre después de todas las

efecto. El Gobierno de un País (Land) podrá aplicar provisionalmente en su territorio medidas de las expresadas en el párrafo 2.º de este artículo cuando implique peligro el retraso en adoptarlas. Tales medidas quedarán sin efecto si lo reclaman el presidente del Imperio o el Reichstag. Una ley del Imperio regulará los detalles». «constitución del imperio (reich) alemán, de 11 de agosto de 1919», *Textos Constitucionales españoles y extranjeros*. Zaragoza, Editorial Athenaeum, 1930. Acerca del nodo problemático weimariano y sobre las sugerencias derivadas del mismo para nuestro tema, Bercovici adelanta un análisis muy relevante. Bercovici, Gilberto, *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.

155 Schmitt, Carl, «La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 de la Costituzione di Weimar», en Shmitt, Carl, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 1921, 1928 (traducción italiana *La dittatura*. Roma, Settimo Sigillo, 2006). Versión española. *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Traducción José Díaz García 1945. Madrid, Alianza, D. L. 1985, pp. 267ss.

experiencias histórico-jurídicas cuando los juristas se ven obligados a volver a los principios, pues los casos de excepción y las situaciones de excepción no pueden resolverse con la rutina de la vida cotidiana. Se trata del principio del estado de Derecho y de el del derecho. Incluso en la Monarquía absoluta, en la que absolutamente todo sin distinción debe basarse en la voluntad del soberano, la práctica jurídica, por ser práctica jurídica, estaba obligada a distinguir entre meras medidas y mandatos, por un lado y, por el otro, entre actos y normas jurídicas en sentido estricto.

Esta distinción en particular es necesaria donde, en relación con el caso de la excepción, se debe abolir una situación anormal a través de medidas. Desde un punto de vista jurídico-científico no se sale de la misma repitiendo la frase, incuestionablemente exacta, de que las situaciones excepcionales requieren medidas excepcionales, u otras expresiones similares. «Forma parte de la naturaleza del estado de excepción el ser limitado y esta limitación se manifiesta exactamente en el hecho de que debe ser eliminado y continuar siendo una excepción».¹⁵⁶ No estamos aquí ante una expresión superficial. De hecho, *podemos decir que en cada átomo jurídico persiste un orden, que presupone una situación anormal distinta del derecho, el cual debe valer en una situación normal*. La ciencia jurídica no debe perder, al menos, la consciencia de esta diferencia.¹⁵⁷

156 La cita que introduce Schmitt en el desarrollo de su argumentación es central y lo veremos más tarde. Pero también es extremadamente significativa la nota que la acompaña y que, por ello, la reproducimos íntegra aquí: «El canciller del Reich en la 392 sesión del Reichstag del 22 de noviembre de 1923 (Relaciones, p. 12191) e igualmente el ministro del Interior del Reich el 5 de marzo de 1924 (405.ª sesión, Relaciones, p. 12595). Es obvio que el estado de excepción como corresponde a su propio nombre debe quedar como una excepción y debe ser eliminado inmediatamente que las circunstancias lo permitan». Schmitt, *La dittatura del presidente*, p. 294, nota 31; Traduc. esp. p. 326.

157 Schmitt, *La dittatura*, p. 294

Es el ‘punto muerto de la razón’ lo que asusta al jurista, y lo aterra ‘ontológicamente’, quizá porque, al menos desde el punto de partida, y posteriormente a menudo, cuando verifica los hechos de sus operaciones, está acostumbrado a considerar al derecho en cuanto tal únicamente como límite al uso de la fuerza y de la violencia.

Para que el ‘punto muerto’ pueda, metafóricamente hablando, convertirse en el ‘punto ciego’, esto es, ese punto del ojo que permite la visión, para que el «átomo jurídico» simplemente aislado e identificado pueda inducir un punto de inflexión ‘copernicano’ (o, mejor aún, ‘heinsenberghiano’) abriendo así la vía hacia una nueva «física» del derecho, queda un largo camino por andar.

Cómo aquí no podemos detenernos en todo, trataremos fundamentalmente de ‘marcarlo’ con ‘fuegos’. Fuegos temáticos, algunos de los cuales solamente los señalaremos.

2. LA EXCEPCIÓN Y LA DIMENSIÓN ‘SACRA’ DE LA ‘SITUACIÓN LÍMITE’

Está, en primer lugar, el horizonte radical en el que, verdaderamente, solo se puede situar el itinerario al final. A nuestro parecer, está bien identificado en una profunda reflexión de Mircea Eliade, el cual en 1957 tras interrogarse en su *Poder y sacralidad en la historia de las religiones* acerca de la relación entre ‘personal’ e ‘impersonal’ y, en particular, sobre el «destino del Ser Supremo» en este marco, señalaba lo siguiente:

Los Hebreos se dirigían Yahvè después de que ocurrieran catástrofes históricas y cuando la historia amenazaba con su aniquilación (los grandes imperios militares), los “primitivos”

se acordaban de sus «Seres Supremos» en los casos de catástrofes cósmicas, pero este retorno al Ser Supremo significaba lo mismo para los unos y los otros. En una situación extremadamente crítica, en una *situación límite*, cuando está en peligro la mismísima existencia de la colectividad, se abandonan las divinidades que aseguran y exaltan la vida en un tiempo normal, y se regresa al Ser Supremo. Virtualmente, esto se nuestra como una enorme paradoja. En apariencia, estas divinidades eran fuertes y poderosas. Su actualidad religiosa encontraba, precisamente, explicación gracias a su fuerza, a sus ilimitadas reservas vitales, a su fecundidad. Aun así, sus adoradores, ya fueran los «primitivos» o los hebreos, sentían que todas estas Grandes Diosas, todos esos dioses solares o agrícolas, y todos esos antepasados y demonios eran incapaces de *salvarlos*, esto es, de asegurar su existencia en los momentos realmente críticos. Estos dioses y diosas solamente podían *reproducir* la vida y *desarrollarla* y, lo que es más importante, solamente podían ejercer tales funciones en épocas «normales». En pocas palabras, eran divinidades que dirigían admirablemente los ritmos cósmicos, pero que eran totalmente incapaces de salvar el cosmos o la sociedad humana en un momento de crisis (crisis «histórica» para los hebreos) ¿Cómo se explica este fenómeno? Lo veremos en seguida: las deidades que remplazaron a los Seres Supremos acumulaban en sí mismas los poderes más *concretos* y más visibles, esto es, los poderes de la vida, pero debido precisamente a ello se «especializaron» en la *procreación* y perdieron los poderes más selectos, más «nobles», más «espirituales» de los *dioses creadores*.¹⁵⁸

158 Eliade, Mircea, *Miti, sogni e misteri*. Milano, Rusconi Libri, 1976, pp. 158-59. Traducción española, «Poder y sacralidad en la historia de las religiones», en *Mitos, sueños y misterios*. Traducción. Miguel Portillo, Editorial Kairos, 2001.

Por consiguiente, contemplando las reflexiones de Eliade a la luz del problema de lo que es lo jurídico se consigue perfectamente —cierto que por un camino distinto del de Schmitt, aunque en el fondo ambos son convergentes—, sacar esa doble dimensión.

Releamos, pues, y, con absoluta fidelidad a la intención del texto, interpolemos: «en una situación extremadamente crítica, en una *situación límite*, cuando la misma existencia de la colectividad está en peligro, —y, por consiguiente, para el jurista estamos a punto de entrar en un «estado de excepción», esto es, cuando (y aquí simplificamos mucho con el fin de conseguir una mejor comprensión) estamos frente a una situación de emergencia y, expresándolo en términos modernos, peligra la propia existencia del Estado—, se abandonan las divinidades que aseguran y exaltan la vida en un tiempo normal —es decir, se abandona la creencia en la autofundación, en la autonomía y autosuficiencia de los poderes jurídicos que son constitucionalmente normales, legales, impersonales, formales, encarnados en el derecho positivo considerado como algo estático, exactamente, como algo «reproducible» normalmente— para volver al Ser Supremo —esto es, volver de nuevo a la creencia no en la «reproducción» normal del derecho, sino en la absoluta necesidad de la presencia de «un mandato personal, prelegal y prerracional»—. ¹⁵⁹ Y eso se concreta en la decisión fundadora, creadora, siempre y cuando, y damos de nuevo la palabra a Schmitt, «una situación normal debe ser *creada*, y soberano es el que definitivamente decide si reina de verdad este estado de normalidad». ¹⁶⁰

¹⁵⁹ Galli, *Lo sguardo*, p. 54.

¹⁶⁰ Schmitt, Carl, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur lehre von der Souveränität*, 1922, 2.ª edic., München und Leipzig, 1934, pp. 19-20; traducción italiana de Teología Política en C. Shmitt, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*. Bologna, Il Mulino, 1972

Ahí, por consiguiente, ya se contiene la estructura profunda y dinámica, teológica o mítica, de la relación y, paralelamente, en su plan está también identificada la dificultad del jurista ‘especialista’, encerrado en el horizonte de su técnica sectorial y disciplinar, para concebir tal dinámica.

Esto es aún más evidente —aunque aquí tan solo puedo esbozarlo— si tenemos presente que la cita con la que concluye el primer capítulo de la *Teología política* de Carl Schmitt en 1922, a la que ya nos referimos más arriba, remite, implícita, aunque claramente, al problema que había abordado en 1842 S. Kierkegaard refiriéndose a Abraham (y contra Hegel) en *Temor y temblor* preguntándose si

«¿Hay una suspensión teleológica de la moral?». La fe es justamente esa paradoja según la cual el Individuo se encuentra como tal por encima de lo general, reglado frente a este, pero no como subordinado, sino como superior, y siempre de manera tal que —tómese nota— es el Individuo quien, luego de haber estado como tal subordinado a lo general, alcanza a ser ahora gracias a lo general el Individuo, y como tal superior a este; de suerte que el Individuo como tal se halla en una relación absoluta con lo absoluto. *Esta posición escapa a la mediación, la cual se efectúa siempre en virtud de lo general.* Es y permanece siendo siempre una paradoja inaccesible al pensamiento.¹⁶¹

pp. 19-20. Aquí utilizamos como referencia la autorizada y divulgada edición española C. Schmitt, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, 1922, 2.^a edic., Munich y Leipzig, 1934, pp. 19-20. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo José Luis Villacañas. Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 18, en la que Conde traduce así este párrafo: «Es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal». 161 El profesor Cappellini cita por la edición italiana de Frygt og Bæven, *Timore e tremore*, Trad. Franco Fortini con un escrito de Jean Wahl, SE, Milano, 1999. BUR Classici del pensiero, Milano, 2010, p. 68. Aquí, con el fin de evitar una traducción de la traducción, se ha incluido la española realizada directamente del danés: Kierkegaard, Søren,

Ir contra Hegel y su intento de superar la contradicción y resolver la paradoja, es, por consiguiente, ir contra los juristas ‘racionalistas’ –es decir, moderno-positivistas, pero, obsérvese bien, también los posmodernos/positivistas–. Porque si la norma, la ‘validez’ –tanto en un ordenamiento continental como en uno anglosajón– es el nivel superior

pues si lo moral (lo virtuoso) es el supremo estadio y si lo único que en el hombre queda de inconmensurable es el mal, es decir lo particular que debe expresarse en lo general –la moral es exactamente lo general y, en cuanto general, es lo que es válido para todos; en otro sentido se puede decir que es lo que es válido en todo momento–, no se ha menester de otras categorías que las de la filosofía griega o las que de ella se deducen. Y puesto que ha estudiado a los griegos, Hegel no habría debido ocultarlo.¹⁶²

Si debido a ello, como advierte Cornelio Fabro, la suspensión de la moral inherente a la historia de Abraham manifiesta la esencia de la religiosidad, es decir, que «la religión (la fe) es el fundamento de la moral y no la moral el fundamento de la fe»¹⁶³ comparablemente se puede decir, recurriendo a una paradoja similar, que no es en el legalismo de la dimensión (normal) del normativismo jurídico –perfectamente coherente este con el moralismo liberal-burgués que conforma su humus cultural– dónde puede ser investigado el fundamento del derecho sino que, por el contrario, este se encuentra en otra *suspensión*:

Temor y Temblor. Traducción de Jaime Gringberg. Buenos Aires, Losada, 2.^a edic., 1958, pp. 46-47.

¹⁶² Kierkegaard, *Timore*, p. 80; Temor, p. 46.

¹⁶³ Fabro, Cornelio, *La fenomenologia della percezione*, Roma, Edivi, 2010, p. 17; del mismo, *Partecipazione e causalità*. Roma, Edivi, 2010.

la que representa la decisión soberana siempre, sin embargo, que sea correctamente entendida, no según los cánones iuspositivistas, sino de otro modo.

La soberanía, en efecto, en sentido jurídico no se define exactamente como el monopolio de la sanción o del poder, sino como el monopolio de la última decisión. No es tanto la potestad de hacer las leyes —el modelo por excelencia de la última decisión— cuanto el poder de suspender su aplicación.

Desde una perspectiva aún más paradójica, es precisamente la suspensión del derecho el fundamento del mismo derecho. O para ser más exactos, su eliminación, como señalaba con agudeza el prologuista del libro de Jean Cau:

También el filósofo liberal ha dicho que la violencia es la levadura de la historia, pero el caballero de Durerio y de Jean Cau, lo sabía desde siempre y precisamente a la luz de este conocimiento no tuvo escrúpulos de remover el derecho cuando se convertía en un obstáculo para su luminosa marcha.¹⁶⁴

En resumen, una legalidad que simplemente se refiere a una validez posible no se sostiene, precisamente por esa referencia, aun cuando no la haga explícitamente, al postulado de la completud del derecho o del ordenamiento jurídico. Tal legalidad no resiste el examen posterior más consecuente porque la moderna pretensión de la autofundación es rebatida desde su raíz por el ‘teorema de la incompletud’¹⁶⁵ que Schmitt hizo emerger del comprobado ligamen con lo *sagrado* y lo *teológico* (cristiano). Solo la legitimidad, en la medida que significa exactamente la encarnación de una exigencia histórica concreta y

164 Bartolini, Sigfrido, «Prefazione», en J. Cau (eds.), *Il Cavaliere, la Morte e il Diavolo*. Roma, Settimo Sigillo, 1977, p. 9.

165 Galli, *Lo sguardo*, pp. 70 y 77.

determinada, y el sentimiento de ser la forma viva que se afirma sobre lo que está destinado a acabar, puede entonces devolverle el aliento.

3. UN «TÓPICO» DE LA EXCEPCIÓN

Dejando atrás un terreno sobre el quizá debíamos continuar y acercándonos un poco más a un discurso que recupera, a la luz de estas pre-comprensiones, argumentos que son más «familiares» al jurista, podremos aprovechar algunos textos ‘tópicos’ para circunscribir el tema y adentrarnos en el «centro» de la cosa.

a) El primero nos aproxima mucho al problema del significado científico de la excepción.

En su *Psicología de la Gestalt* aparecida en 1947 y citando, quizá no por casualidad, al William James de la *Will to Believe* («Alrededor de los hechos establecidos y ordenados de toda ciencia fluctúa siempre una especie de ráfaga de observaciones extraordinarias») Wolfgang Köhler iniciaba, en efecto, el capítulo tercero dedicado a la «Crítica de la introspección» con la siguiente observación:

William James ha descrito muy bien cómo el interés improvisado por algunos fenómenos «fuera de la norma», marca a menudo el inicio de una nueva época en la historia de la ciencia. En tales ocasiones, el trabajo científico se centra exactamente sobre lo que hasta ese momento era la excepción. Ahora conoceremos la introspección como un procedimiento con el que un artificioso sistema de psicología se protege contra una revolución similar. La protección se desarrolla por una técnica que sirve para descartar observaciones de interés particular.¹⁶⁶

166 Köhler, Wolfgang, «*Gestalt psychology: an introduction to new concepts in modern*

b) El segundo nos indica, por el contrario, el escepticismo «político» sobre el tema y cómo su origen –veremos que no por casualidad– se halla en la concepción liberal.

De todos modos, las excepciones no son la regla, y la regla no se encuentra en la mezcolanza de las actitudes, sino en la especificación; la regla que se ha formado en el curso de la historia y se establece porque es saludable. Y por esa regla no es necesario esperar raras apariciones y prodigios para llevar a cabo la unión de la política con las otras formas de la actividad humana, porque la unión está en la concreción de aquellas mismas formas.¹⁶⁷

c) El tercero, en cambio, nos aproxima por contraste (el testimonio es evidentemente el de un católico contrario a la introducción de la institución) a la posible estrategia de utilización normalizada de la excepción dentro de la misma perspectiva política que le es adversa: «El divorcio, introducido probablemente por gente de buena fe e incluso defendido por muchas almas bellas y devotas para poner solución a los ‘casos difíciles’», ha cambiado radicalmente la mismísima idea de matrimonio y familia. «La Iglesia –expone Chesterton– tenía razón al rechazar también las excepciones, y las excepciones se han convertido en la regla».¹⁶⁸

¿Podremos repetir, con las aceptadas variaciones, la afirmación del psicólogo estonio-alemán? Esto es, repetir: «Ahora conoceremos el “normativismo” o el «legalismo” (en el

psychology». New York, Liveright, 1947. Trad. ital. *Psicologia della Gestalt*. Milano, Feltrinelli, 1983, p. 52.

167 Croce, Benedetto, «Note di ética», *Giornale critico della filosofia italiana*, vol. I. (1920). Reedic. Fac., Firenze, 1976, p. 200.

168 Biffi, Giacomo, «Gilbert Keith Chesterton ovvero il contravveleno», en Biffi, Giacomo, (ed.), *Pinocchio Peppone l'Anticristo e le altre divagazioni*. Siena, Cantagalli Editore, 2005, p. 147.

lugar de introspección) como un procedimiento con el que un sistema artificial de derecho (en el lugar de la psicología) está protegido contra una revolución como esta»?

Eso es lo que aquí se trata de establecer, obviamente en lo que nos concierne, indicando las líneas principales de uno o más recorridos históricos. Esto es, líneas de ‘movimiento’ y eventualmente de ‘desencuentro’.

Y a este propósito, es necesario subrayar la importancia de considerar el «fondo», el «contexto», la «totalidad» de la Gestalt en el seno de aquellos «movimientos» que se desarrollan. Se trata, particularmente, de decidir entre permanecer en el contexto de la época que definimos como moderna (aceptándolo como permanente) o si, por el contrario, ese contexto puede y debe ser probado, e incluso contaminado, con otras dimensiones diferentes de cualquier clase.

4. *LO NORMAL NO PRUEBA NADA, LA EXCEPCIÓN PRUEBA TODO*

En el ámbito del derecho, el campo moderno está —o mejor, tal y como señalaremos en la conclusión, estaba— bien configurado por un conflicto de fondo. Este conflicto surge en las palabras de Julen Freund:

En términos generales, en el párrafo (de la *Reine Rechtslehre*—Teoría pura del Derecho—) dedicado a los conflictos entre normas, (Kelsen) indica que solo se trata de tensiones aparentes y todas pueden resolverse. Y es precisamente esta posibilidad de resolver todos los conflictos lo que yo cuestiono en mi exposición y por ello Kelsen se ha convertido, por regla general, en el adversario de la tesis que defiendo. Desde el momento en que el derecho es mediación, existe la posibilidad permanente de

conflictos en el mismo derecho sin que pueda darse una solución definitiva.¹⁶⁹

Tal y como diligentemente comenta Augusto Carrino:

El conflicto que Freund captura en el pensamiento moderno y contemporáneo es, por lo tanto, el decisivo: es el que existe entre el que piensa (y cree) que el mundo puede racionalizarse, hacerse «transparente» por alguna actividad lógico-científica y que, mientras comprende los procesos de racionalización y de desencanto (del mundo, de la sociedad, del derecho), sabe que jamás todo será explicable racionalmente, que siempre quedará un núcleo irreducible frente a cualquier esfuerzo (¿violencia?) de racionalización. Por consiguiente, de un lado están Nietzsche, Weber (con Lask y quizá también Rickert) y Schmitt. Del otro Kelsen. La importancia de Kelsen, sin embargo, no radica en ser, por así decir, tetragonal a lo irracional del mundo. Muy al contrario, también él sabe acerca del poder, la fuerza y la violencia y de todo ello habla conjuntamente en su teoría ‘pura’ del derecho. Con la diferencia, que en lo que aquí interesa es decisiva, de que él cree que se puede reprimir lo irracional, de poder subyugar las fuerzas de lo «profundo», *de poder conjurar la imprevisión de la «excepción»*. Como es sobradamente conocido, el juego de Kelsen tuvo una larga duración, pero incluso él al final hubo de deponer las armas en aquella verdadera y propia rendición ideológica que es su obra póstuma *Allgemeine Theorie der Normen*¹⁷⁰ (Teoría general de las normas).

169 Freund, Julien, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*. Napoli, Guida, 2008 (ed. Or.), p. 7.

170 Carrino, Agostino, «Introduzione», en J. Freund (ed. Or.), *La crisi dello Stato decisione e norma*. Napoli, Guida, 2008, p. 8.

Las «extrañas apariciones y los prodigios» crocianos, los acontecimientos raros y las situaciones imprevisibles que siempre son, en alguna medida, amenazadoras para el orden, es decir, aquello a lo que los juristas –aunque la ‘serie’ solo es válida para los juristas modernos– se refieren con las expresiones «estado de excepción» (estado de peligro, estado de necesidad, ley marcial, *état de siège*, *martial law*, *emergency power*, *Ausnahmezustand*, *Notstand*, etc.), representan el *proprium*, uno de los elementos cardinales de la discusión/lucha moderna en torno al derecho y, al mismo tiempo, un desafío hacia lo que se autoimpone como la concesión más «pura» del derecho que surgiría de tal lucha. Es decir, la tradición liberal de los derechos universales del hombre y el Estado de derecho.

Esto, al menos, es así desde el análisis radical que desarrolló Carl Schmitt (a partir de 1921 con la *Diktatur*), sobre todo en el primer capítulo de la *Politische Theologie* en la edición de 1922.

La afirmación de la tendencia «*rechtsstaatliche*» o, por expresarlo más brevemente, de los principios del Estado de derecho y de la garantía de los derechos (individuales) como «fundamento» y «fin» del Estado, conlleva la regulación de la manera más amplia posible del estado de excepción, dándole, en última instancia, sustancia pero solo al esfuerzo de circunscribir y describir de un «modo preciso» el caso en el cual el Derecho se suspende a sí mismo («*den Fall genau umschreiben, in welchem das Recht sich selber suspendiert*»; «para describir exactamente el caso en que el derecho se suspende a sí mismo») como sucede en el artículo 48 de la Constitución de Weimar.¹⁷¹

171 Schmitt, *Politische Theologie*, pp. 19-20; traduc. italiana, *Teología*, p. 20; traduc. esp. «La tendencia del Estado de Derecho de regular lo más a fondo posible el estado de excepción no entraña sino el intento de circunscribir con precisión los casos en los que el derecho se suspende a sí mismo». *Teología*, p. 19.

La prueba de un racionalismo más consecuente frente a una afirmación como esa consiste en sostener que «la excepción no prueba nada y que únicamente lo Normal puede ser objeto de interés científico». De hecho, «*Die Ausnahme verwirrt die Einheit und Ordnung des rationalistischen Schemas*» (La excepción confunde la unidad y el orden del esquema racionalista).

Sin embargo, esto es la prueba de que el liberalismo no puede

comprender la naturaleza de la excepción, ni le hace frente sin traicionarse a sí mismo, desde el momento en que se adhiere a una concepción estrictamente procedimental o jurídico-formal del orden social, el cual tiene la pretensión de que una regla o una norma preexistente puede aplicarse a cualquier situación, cosa que la propia experiencia histórica desmiente.¹⁷²

En realidad, el liberalismo jurídico no comprende completamente el qué y el lugar de la soberanía. (por el contrario, intenta desgastarla y volatilarla). La famosa ‘palabra’ que abre la *Politische Theogíe* «soberano es quien decide sobre el estado de excepción», significa al mismo tiempo que «es soberano quien decide en caso de excepción, pero igualmente es soberano quien decide acerca de la misma excepción, esto es, decide si se sale de una situación normal y que la regla no puede ser aplicada».¹⁷³

Pero el liberalismo ni siquiera comprende el necesario «enraizamiento» contextual de la norma, de la regla «normal».

Aquí es, por supuesto, obligatorio seguir al pie de la letra el dictado textual schmittiano a lo largo de su concentradísimo

172 De Benoist, Alain, *Terrorismo e «guerre juste»*. Napoli, Guida, 2007, p. 82.

173 De Benoist, *Terrorismo*, p. 83.

recorrido argumentativo. Daremos el largo paso en una traducción ligeramente modificada de la italiana de referencia: «la excepción es lo que no es subsumible, se sustrae a la formulación general, pero coetáneamente, manifiesta un elemento formal específicamente jurídico (*«ein espezifish-juristisches Formelement»*), la decisión en su más absoluta pureza.

Lo excepcional es lo que no se puede subsumir, escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico (*«ein espezifish-juristisches Formelement»*), la decisión. El caso excepcional, en su determinación (*«Gestalt»*) absoluta, se impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos. Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal (*«eine normale Gestaltung»*). La norma exige un medio homogéneo”.¹⁷⁴

174 «Die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare; sie entzieht sich der generellen Fassung, aber gleichzeitig offenbart sie ein spezifisch-juristisches Formelement, die Deziision, in absoluter Reinhert. In seiner absoluten Gestalt ist die Ausnahme dann eingereteten, wenn erst die Situation geschaffen werden muss, in der Rechtssätze gelten können. Jede generellen Norm verlangt eine normale Gestaltung der Lebensverhältnisse, auf welch sie tatbestandsmässig Anwendung finden soll und die sie ihrer normativen Regelung unterwirft. Die Norm braucht ein homogenes Medium. Diese faktische Normalität ist nicht bloss eineine “aussere Voiraussetzung”, die der Jurist ignorieren kann; sie gehört vielmehr zu ihrer immanenten Geltung. Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muss hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muss eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitive darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht. Alles Recht ist “Situationsrecht”. Der souverän schafft und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität. Er hat das Monopol dieser letzten Entscheidung; Darin liegt das Wesen der staatlichen Souveranität, die also richtigerweise nicht als Zwang-order Herrschaftsmonopol, sondern als Entscheidungsmonopol juristisch zu definieren ist, wobei das Wort Entscheidung in dem noch weiter zu entwickelnden allgemeinen. Sinne gebraucht wird. Der Ausnahme dann offerbart das Wesen der staatlichen Autorität am Klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht». «Lo excepcional es lo que no se puede

La norma funciona solo en la «normalidad» de los casos y en el seno de un orden jurídico constituido. En consecuencia, la soberanía no es tanto el poder de hacer la ley –la moderna «omnipresencia del legislador»– como el poder de suspender la misma. Por supuesto, esto no significa dejar campo abierto a la arbitrariedad. Sobre todo, porque, como con agudeza recalca De Benoist ante la presencia de posibles cortocircuitos puramente irracionales, «Schmitt subraya que, al decidir en el caso de excepción, el soberano no está en absoluto libre para gestionar las circunstancias a su placer, sino que, por el contrario, está obligado a actuar de un modo conforme a su propia responsabilidad». De hecho, desde esta perspectiva, donde la excepción adquiere el carácter fundador en virtud de su propia fuerza creadora del orden, «quien decide sobre la derogación de la norma, también establece la norma».¹⁷⁵

subsumir, escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico (“ein spezifisch-juristisches Formelement”), la decisión. El caso excepcional, en su determinación (Gestalt) absoluta, se impone la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos. Toda norma general requiere que las relaciones vitales a las cuales ha de ser aplicada efectivamente y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, tengan configuración normal (“eine normale Gestaltung”). La norma exige un medio homogéneo. Esta normalidad fáctica no es un simple “supuesto externo” que el jurista pueda ignorar; antes bien, es parte de su validez inmanente. No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Es menester que el orden sea restablecido, si el orden jurídico ha de tener sentido. Es necesario de todo punto implantar una situación normal y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal. El derecho es siempre “derecho de una situación”. El soberano crea esta situación y la garantiza en su totalidad. Él asume el monopolio de la última decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberanía del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando, hay que definirla jurídicamente como el monopolio de la decisión en el sentido general que luego tendremos ocasión de precisar. El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Veremos que, en tal caso, la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho». Schmitt, *Politische Theologie*, pp. 19-20; traducción italiana de *Teologia Politica*, cit., pp. 39-40; traduc. esp. *Teología política*, cit., p. 18.

175 De Benoist, *Terrorismo*, p. 83.

No es ciertamente por casualidad que, en 1922, Schmitt eligiera cerrar su obra con una sorprendente cita de «La ripresa» (*La recuperación* o, como se ha traducido usualmente, *La repetición*) de S. Kierkegaard:

La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no solo confirma la regla, sino que esta vive de aquella. En la excepción la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en la repetición.¹⁷⁶

Por consiguiente, podremos, siguiendo a De Benoist, realizar la siguiente síntesis:

el estado de excepción es importante también porque revela el carácter original no normativo de la ley. No es de todos modos el derecho en cuanto tal (*Recht*) lo que se suspende (o debería ser suspendido según la consideración «medieval») en el estado de excepción, sino solamente el elemento normativo de la ley (*Gesetz*). El estado de excepción pone de relieve así el carácter existencial de la ley. La excepción es esencial no porque es rara, sino porque es imprevisible. Al igual que exactamente ocurre con el enemigo, el cual no puede identificarse *a priori* por una norma general preexistente —ya que la enemistad siempre está vinculada al contexto del momento concreto— la excepción tampoco puede

176 Schmitt, *Teología política*, p. 20 (edic. ital. *Teología política*, p. 41). Cfr. también Kierkegaard, Sören, *La repetición*. Traducción directa del danés y notas de Demetrio Gutiérrez Rivero. Madrid, Alianza Filosofía, 2009, p. 209. El prof. Cappellini cita por la edición italiana, «*La ripetizione*» en D. Borso (editado por) *La ripetizione*. Kierkegaard, 2, I. Clásicos del pensamiento. Milano, Mondadori, 2010, p. 127. Una reflexión significativa sobre los contextos Kierkegaardianos desde un punto de vista pedagógico en Fabbri, Maurizio, *Nel cuore della scelta. Kierkegaard, l'etica senza fondamenti e l'angoscia della formazione*. Milano, Unicopli, 2005.

ser codificada anticipadamente. Reconectando el derecho con su fuente «no jurídica» en el caso de la decisión soberana, Schmitt critica todas las formas de racionalismo constitucional, en particular —como ya hemos señalado— la teoría del Estado de Derecho o la teoría positivista, conforme a las cuales, el soberano debe respetar en todas las circunstancias las reglas del derecho. La ocurrencia de una situación de excepción, con todo lo que ella conlleva, muestra que esto no es posible en absoluto porque la norma no puede prever la excepción. *En este sentido, una Constitución siempre es incompleta.* Como mucho, puede prever una situación en la cual ya no encontrará aplicación.¹⁷⁷

5. «CONTRA SCHMITT». *ES DECIR, DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN PERMANENTE*

Si, hasta ahora, los asuntos críticos respecto al liberalismo captan perfiles importantes será sin embargo necesario —y, por supuesto, a estas alturas solo lo haré *en passant*— detectar que ellos son precisamente válidos entre adversarios, siempre que ambos se muevan en horizonte de lo ‘moderno’.

La fuerza crítica del discurso de Schmitt se incrementa, por el contrario, si, en el plano de la genealogía histórica, se tiene en cuenta el hecho de que «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 absolutista».¹⁷⁸

Debe añadirse a esto que, en el pensamiento jurídico medieval, y en su derecho doctrinal-jurisprudencial (a causa, precisamente, de sus específicos presupuestos cristiano-católicos),

177 De Benoist, *Terrorismo*, pp. 83-84.

178 Agamben, *Stato di eccezione*, p. 14.

la teoría de la necesidad¹⁷⁹ no es más que una «teoría de la excepción»¹⁸⁰ en virtud de la cual un caso particular se sustrae a la obligación de la observancia de la norma. La necesidad no es fuente de la ley y muchísimo menos suspende propiamente la ley: se limita únicamente a sustraer el caso particular de la aplicación literal de la norma (...). Es evidente que no estamos aquí ante un *status*, ante una situación derivada del orden jurídico en cuanto tal (el estado de excepción o necesidad) sino, en todas las ocasiones, ante un caso particular en el que la *vis* y la *ratio* de la ley (cuyo fin es la *salus animarum* y el bien común) no se aplican (...). La idea de que una suspensión de la aplicación del derecho puede ser necesaria para el bien común, es ajena al mundo medieval».¹⁸¹

Pero cuando nos adentramos en la fase postmoderna y globalizada del derecho –aunque determinadas advertencias ya se detectaban en tiempos muy anteriores–, subintra un último y decisivo elemento. Este elemento, que podemos denominar de la última «indeterminación» y de «disolución de los confines», «deslocaliza», desplaza el conflicto de sus posiciones anteriores y, además, hace perder de vista el elemento de la limitación necesaria de la duración inherente a la propia noción».

Con ello se corre el riesgo de hacer saltar de esta manera (aunque según ciertas diagnosis ya estamos en su definitivo final) incluso las caracterizaciones «positivas» correspondientes al rigor conceptual que movía la crítica de la excepción «fundacional».

179 La Glosa que recuerda un pasaje de Graciano: «muchas cosas por necesidad o por cualquier otra causa se llevan a cabo contra la regla», pars I, dist. 48. También Tomás de Aquino Prima secundae, q. 96, art. 6. Cfr. Agamben, *Stato di eccezione*, p. 35.

180 Entendida, sin embargo, como dispensatio y en este sentido criticada expresamente por Schmitt, vía Bodino. Schmitt, *Teología política*, pp. 15 y 17 (edic. italiana, *Teología*, p. 15).

181 Agamben, *Stato di eccezione*, pp. 36-37.

De hecho –precisamente por querer mantener el rigor conceptual– surgía otro límite, además del ya señalado, en el discurso schmittiano. Esto es, «que la excepción es por definición excepcional, lo que quiere decir que no puede transformarse en un estado de hecho permanente. La excepción es a la regla o a la norma lo que la guerra es a la paz».

A este respecto, se podría en efecto añadir el modelo hobbesiano, lo que también trae a colación el problema de la distinción jurídica moderna entre interno y externo.

Según Schmitt la separación entre interno y externo se produce normalmente a través del Estado. Hacia el exterior, el Estado tiene la posibilidad de hacer la guerra, mientras que en el interior debe instaurar la concordia y un modo de vida social regulado por el derecho. Desde este punto de vista, se podría decir que la distinción interno/externo coincide, al menos parcialmente, con la existente entre norma y excepción¹⁸². La suspensión, por consiguiente –ya sea como restauradora del orden que existía anteriormente, como sucede en el caso de la dictadura comisaria, o también cuando es capaz de abrir un nuevo ciclo del derecho, como ocurre en el caso de la dictadura soberana–, siempre es «constitucional». La suspensión del orden legal no significa, en efecto, su abolición y ahí está, como testigo de ello, el «átomo jurídico».

Sin embargo, cuando se abole esa distinción entre interno y externo, «la excepción puede ser asimismo instaurada en el interior».

Ese «cuando» –incluso si se opta por guardar silencio acerca de la experiencia nazi que Schmitt encubrió parcialmente des-

182 De Benoist, *Terrorismo*, p. 84

pués— ya es parte de nuestro presente. Especialmente después de la *Patriot Act* del 24 de octubre de 2001 y la *Military Order* del 13 de noviembre de ese mismo año (que establecía el enjuiciamiento de presuntos terroristas por las *military commissions* —que no deben confundirse con los tribunales militares previstos por el derecho de guerra— y la detención ilimitada de individuos que ni eran prisioneros de guerra según la convención de Ginebra ni habían sido imputados en conformidad a las leyes americanas), las nuevas medidas excepcionales anti-terroristas, aunque no solo, están llamadas a formar parte del núcleo fundamental de aquel «derecho ilimitado» que, por lo general, se considera una consecuencia fisiológica y «normal» de los así llamados procesos de globalización.

Y esto es lo que se confirma cada vez que se define un «enemigo interno» o que se acusa a ciudadanos de ser cómplices de un enemigo externo. *El estado de excepción consiste en importar aquí la lógica de la guerra, que normalmente rige solo en el exterior, al interior de la sociedad, suspendiendo las reglas del derecho.*¹⁸³

Pero he aquí que, procediendo ‘*antischmittianamente*’, es precisamente el «liberalismo», aquel liberalismo incapaz de tolerar el estado de excepción, y, verdaderamente, ni siquiera de concebirlo, el que lo instala de la manera más conveniente: exactamente, leyéndolo a la luz de la superioridad jerárquica de la norma (de lo normal) ‘normalizándolo’, ‘digiriéndolo’ sin un fin, sin «confines» y en el que podía adquirir toda su

183 De Benoist, *Terrorismo*, p. 84.

relevancia aquel *Elogio de las fronteras* que Régis Debray elevó en el 2019.¹⁸⁴

En resumen: el estado de emergencia se institucionaliza y se convierte en endémico. Tiende «evidentemente a institucionalizarse de una manera definitiva, esto es, a durar infinitamente. *El estado de excepción cesa entonces de ser excepcional para convertirse en permanente*».¹⁸⁵

En efecto, como Jean Claude Paye acertadamente ha puesto de relieve en sus reflexiones sobre el proceso penal, al que considera un acto constituyente «invertido», las nuevas legislaciones sobre seguridad y la excepción (de las que tal vez la antiterrorista posterior al 11 de septiembre es la manifestación más sorprendente)

aseguran el dominio del procedimiento de excepción. De esta manera, el rol tradicional del derecho penal (y del proceso penal) se invierte. En vez de ser ese lugar de protección de las diferentes libertades públicas y privadas, se convierte en el medio por el cual estas son sistemáticamente violadas. Neutralizando las diferentes garantías constitucionales, se procede a una suspensión del derecho (...) El cambio es tan significativo que conduce a una inversión de la norma y así las derogaciones se convierten en la regla. El proceso de excepción sustituye a la Constitución y a la ley.¹⁸⁶

184 Debray, Régis, *Elogio delle frontiere*. Torino, Add Editore, 2012. Traduc. esp. *Elogio de las fronteras*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2029.

185 De Benoist, *Terrorismo*, p. 86.

186 Paye, Jean-Claude, *La fin de l'État de droit. La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*. Paris, La Dispute, 2004, pp. 173 ss.; Traducc. esp. *El final del Estado de derecho. La lucha antiterrorista: del Estado de excepción a la dictadura*. Hondarribia, Editorial Hiru, 2004.

Las medidas que tienen por objeto la «guerra infinita» (y al mismo tiempo proporcional) contra el enemigo total y global (terrorismo, estados rebeldes, individuos que apoyan a las personas de las ‘*black listed*’, etc.), pero ahora ya interno, hacen «de la suspensión del derecho un acto fundacional de una Constitución del *Weltstaat* (Estado mundial) de memoria jungeriana. Tal lucha «es el punto más avanzado en la realización de un estado de excepción mundial».

Es así como el liberalismo (jurídico), que en su origen era ‘enemigo’ de la excepción, en su fase de difusión global sufre —engañándose a sí mismo de una forma ‘realista’ de ser ya el único actor legitimado de la escena— la tentación de ser, paradójicamente, el corifeo no, al menos directamente, de la «revolución permanente» que siempre será un imperativo del terreno económico, sino del «estado de excepción permanente». Es decir, de aquello que perspicazmente se ha definido como la *annihilation of the exception* (aniquilación de la excepción)¹⁸⁷ por cuanto, en este punto, la doctrina del estado de excepción se «utiliza incluso para hacer aparecer la ‘normalidad’ político-jurídica como una clase de excepción continuada».¹⁸⁸

Tal vez no sea totalmente paradójico si tenemos en cuenta que ya en 1948 Clinton L. Rossiter podía concluir su investigación con las siguientes palabras: «Ningún sacrificio es demasiado grande por nuestra democracia y mucho menos el sacrificio temporal de la misma democracia».¹⁸⁹

¿Temporal o permanente?

187 Johns, Fleur, E., «Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception». *European Journal of International Law*, vol. 16, n.º 4, 2005, Sydney Law School Research Paper n.º 06/17, Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=847285>.

188 De Benoist, *Terrorismo*, p. 95.

189 Rossiter, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*. New York, Princeton U. P., 1948, p. 314.

BIBLIOGRAFIA DE REFERENCIA

AGAMBEN, Giorgio, «Stato di eccezione», en *Homo sacer, II, 1*. Torino, Einaudi, 2003, p. 6. Traduc. española, *Homo Sacer. II, 1. Estado de excepción*. Valencia, Pre-textos, 2004.

BARTOLINI, Sigfrido, «Prefazione», en Cau, Jean (ed.), *Il Cavaliere, la Morte e il Diavolo*. Roma, Settimo Sigillo, 1977.

BIFFI, Giacomo, «Gilbert Keith Chesterton ovvero il contravveleno», en Giacomo Biffi (ed.), Pinocchio *Peppone l'Anticristo el altredivagazioni*. Siena, Cantagalli Editore, 2005.

BERCOVICI, Gilberto, *Constituição e estado de exceção permanente. Atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004.

CARRINO, Agostino, «Introduzione», en J. Freund (ed. Or.), *La crisi dello Stato deizione e norma*. Napoli, Guida, 2008.

CROCE, Benedetto, «Note di ética», *Giornale critico della filosofia italiana*, vol. I. (1920). Reedic. Fac., Firenze, 1976.

DE BENOIST, Alain, *Terrorismo e «guerre justes»*. Napoli, Guida, 2007.

DEBRAY, Régis, *Elogio delle frontiere*. Torino, Add Editore, 2012. Traduc. esp. *Elogio de las Fronteras*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2019.

ELIADE, Mircea, *Miti, sogni e misteri*. Milano, Rusconi Libri, 1976, pp. 158-59. Traduc. española, «Poder y sacralidad en la historia de las religiones», en *Mitos, sueños y misterios*. Traduc. Miguel Portillo, Editorial Kairos, 2001.

FABBRI, Maurizio, *Nel cuore della scelta. Kierkegaard, l'etica senza fondamenti e l'angoscia della formazione*. Milano, Unicopli, 2005.

FABRO, Cornelio, *La fenomenologia della percezione* Roma, Edivi, 2010, p. 17.

——— *Partecipazione e causalità*. Roma, Edivi, 2010.

FREUND, Julien, *La crisi dello Stato tra decisione e norma*. Napoli, Guida, 2008 (ed. Or.). Traduc. esp. *La crisis del Estado y otros estudios*. Tarragona, Edición de Molinagambescia, 2021.

GALLI, Carlo, *Lo sguardo di Giano-Saggi su Carl Schmitt*. Bologna, Il Mulino, 2008, p. 57.

JOHNS, Fleur E., Guantanamo Bay and the Annihilation of the Exception». *European Journal of International Law*, Vol. 16, n.º 4, 2005, Sydney Law School Research Paper No.

KIERKEGAARD, Sören, *Frygt og Bæven*. Edic. Italiana, *Timore e tremore*. Traduzione Franco Fortini con un scritto de Jean Wahl. Milano, SE, 1999. BUR, Classici del pensiero, Milano 2010. Edición española, *Temor y Temblor*. Traduc. de Jaime Gringberg. Buenos Aires, Losada, 2.ª edic., 1958.

——— «*La ripetizione*» en D. Borso (a cura di) *La ripetizione. Kierkegaard, 2, I. Classici del pensiero*. Milano, Mondadori, 2010. Edición española, *La repetición*. Traducción directa del danés y notas de Demetrio Gutiérrez Rivero. Madrid, Alianza Filosofía, 2009.

KÖHLER, Wolfgang, «*Gestalt psychology: an introduction to new concepts in modern psychology*». New York, Liveright, 1947. Traduc. Ital. *Psicologia della Gestalt*. Milano, Feltrinelli, 1983.

PAYE, Jean-Claude, *La fin de l'État de droit. La lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*. Paris, La Dispute, 2004. Traducc. esp. *El final del Estado de derecho. La lucha antiterrorista: del Estado de excepción a la dictadura*. Hondarribia, Editorial Hiru, 2004.

ROSSITER, Clinton L., *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*. Mew York, Princeton U. P., 1948, p. 314.

SCHMITT, Carl, «La dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 de la Costituzione di Weimar», en Shmitt, Carl, *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen*

Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf, 1921, 1928) (traduc. italiana *La dittatura*. Roma, Settimo Sigillo, 2006). Edición española *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Traduc. José Díaz García 1945. Madrid, Alianza, D. L. 1985.

——— *Politische Theologie. Vier Kapitel zur lehre von der Souveränität* 1922, 2.^a edic, München und Leipzig, 1934, pp 19-20; traducción italiana de *Teología Política en C. Schmitt, Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*. Bologna, Il Mulino, 1972. Edición española *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía* (1922, 2.^a edic., Munich y Leipzig, 1934). Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo José Luís Villacañas. Madrid, Editorial Trotta, 2009.

TEXTOS CONSTITUCIONALES ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS. Zaragoza, Editorial Athenaeum, 1930.

CAPÍTULO III

LA «VENGANZA» DE LA TEOLOGÍA POLÍTICA NOTAS MARGINALES A LOS PROCESOS DE NORMALIZACIÓN DE LA EXCEPCIÓN EN LA ÉPOCA DE LA ‘DEMOCRACIA GLOBAL’

En las grandes ciudades los hombres se mantienen unidos por el deseo de obtener ganancias. En lo que respecta a los creadores de riqueza, estos no cooperan, sino que actúan aisladamente y, además, no les importa el prójimo. El cristianismo nos enseña a amar a nuestro prójimo (pero) la sociedad moderna no reconoce a ningún prójimo.

B. Disraeli

A mi parecer, la más grande historia conocida por la literatura del mundo es *¿Tiene necesidad un hombre de mucha tierra?*

J. Joyce

1. *ICONOCLASTIA MODERNA*

La mirada del arte –aunque con importantes excepciones desde el *The King Two Bodies* de E. H. Kantorowicz (1957) hasta las imágenes de la Justicia de M. Sbriccoli– es muy raramente utilizada por los historiadores del derecho.

Sin embargo, nos parece que, de un modo mucho más que esporádico, sería la adecuada para captar y expresar de manera apropiada lo que en una época se denominó «espíritu del tiempo» y que, anticipando una reflexión que nos preocupa, también nos gustaría mostrar aquí como lo «no dicho» y lo «no visible» de ese mismo momento histórico. Quizá porque, usando precisamente las palabras del gran pintor italiano Domenico Gnoli (1933-1970) en las que ahondaremos un poco más adelante, «la función de los artistas, incluso los de ‘vanguardia’, no es entonces el de ser adivinos o videntes, sino la antigua de cronistas del propio tiempo...».

Pero vayamos a la ‘epifanía’, a la manifestación que, a pesar de que es de 1966, nos ha inspirado por su valiente precisión para su época –aunque es ‘noticiosa’ incluso hoy– y que, con sus palabras, hace emerger con tan solo unos pocos trazos el inicio de nuestro recorrido:

En un momento como este de anti-pintura iconoclasta que querría romper todos los puentes con el pasado, yo quiero situar mi trabajo en aquella tradición «no elocuente» nacida en la Italia del *Quattrocento* que llega hasta nosotros pasando, finalmente, por la escuela metafísica. En tanto aparece concluida la experiencia de todos los que quisieron interpretar, deformar, descomponer y recrear, se nos vuelve a presentar impertérrita e intacta la realidad. El objeto común, aislado de su contexto habitual, se nos aparece como el testimonio más inquietante de

esta nuestra soledad ya sin más recorrido ideológico y carente de certezas...¹⁹⁰

«Anti-pintura iconoclasta» o también, como exponía Yves Klein en la conferencia que pronunció en la Sorbona en 1957, «evolución del arte hacia lo inmaterial», en el intento de querer «superar el arte –superar la sensibilidad– superar la vida»¹⁹¹ por la voluntad de «rellenar el vacío». Después de lo expuesto, uno estaría inmediatamente tentado de añadir «(anti)derecho iconoclasta».

La intuición es, puntualmente, precisa. Si en la historia del Occidente (d. de C.) se ha marcado como su momento decisivo la lucha victoriosa contra la iconoclastia; si el cristianismo ortodoxo y católico se diferencian radicalmente en este punto de las otras religiones ‘monoteistas’ no aceptando «la adhesión al precepto anicónico del culto hebreo que, de una manera análoga a lo que todavía hoy sucede en una parte de la tradición islámica, rechaza toda representación de la persona humana a la que consideran un signo de idolatría y negación del exclusivo señorío creador de Dios»;¹⁹² si la aceptación de las imágenes, de los iconos, hace posible, incluso sobre el plano jurídico y aún más propiamente en el jurídico-constitucional, el surgimiento de la idea de la *raepresentatio*, de *Representation* (sobre la que volveremos enseguida) he aquí que, ‘progresivamente’, la edad moderna quiere volver a concebirse a sí misma bajo el signo de la iconoclastia.

190 Gnoli, Domenico, *Lettere e scritti*, editado por Walter Guadagnini. Milano, Abscondita, 2004, Dal catalogo del premio Marzotto (1966), p. 91.

191 Klein, Yves, *Verso l'immateriale dell'arte. Con scritti inediti (Agli estremi dell'Occidente)*. O Barra O Edizioni, 2008.

192 Cfr. Rizzi, Marco, Cesare e Dio. *Potere spirituale e potere secolare in Occidente*. Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 46-47, citado en Borghesi, Massimo, *Critica della teologia politica. Da Agostino a Peterson: la fine dell'era costantiniana*, Marietti 1820, 2013, p. 11, nt. 3.

2. EL RETORNO DE LA TEOLOGÍA POLÍTICA

Sobre el fondo de esta iconoclastia, latente o declarada pero «no visible», es donde emerge el drástico *fin de non recevoir* que habitualmente se opone a todo discurso que no se refiera a la *Great Separation* entre lo divino y lo humano –los juristas positivistas la conocen demasiado bien a través de una forma disminuida y ‘tardía’ que es la existente entre ser y deber ser– y que, por consiguiente, quiere retejer en el plano significativo los fragmentos de una historia conceptual que no destruya los planes de vida y de la acción humana, sino que, según el ya olvidado lema maritainiano, busca «diferenciar para unir».

Así, por ejemplo, una de las más lúcidas diagnosis ‘políticas’ acerca de las profundas raíces de la ambigua actitud del pensamiento moderno hacia la razón y sus derivas ‘accionistas’ y totalitarias, es la realizada por el pensador luganés Romano Amerio, que la vincula con el problema teológico-trinitario de la controversia acerca del *Filioque*. Exactamente, a la ‘precedencia’, o no, de la verdad, del conocimiento (Verbo) y, por tanto, de ‘proceder’ el amor (Espíritu Santo) de esta (y no solo del Padre), ofreciendo así un vivo ejemplo de aquella *complexio oppositorum*, central para la comprensión de lo político, a la que, en 1923, se refería Carl Schmitt en *Römischer Katholizismus und politische Form*.

Esta cuestión del *Filioque*, que parece un teorema de teología abstracta, es un planteamiento formidablemente práctico, porque el mundo está impregnado de la idea de que el verdadero valor es la acción, el dinamismo. Los nazis estaban contra el *Filioque*, los comunistas están contra el *Filioque* y el dinamismo moderno que únicamente valora la acción, el entusiasmo, el ímpetu, no quiere el *Filioque*. Cuando hablo de acción tengo

presente el enorme fenómeno del dinamismo, del tecnicismo, que caracteriza al mundo moderno. Los comunistas no comparten el *Filioque* porque repudian la razón: el comunismo es un sistema que maneja al hombre sin observar su naturaleza. Ahora bien, la naturaleza del hombre es algo que se lee a la luz de la razón. La acción, en estos sistemas totalitarios —nazismo y bolchevismo—, no tiene más ley que la de la propia acción porque repudia el *Filioque*. Ellos dicen: la acción, el amor, son un valor que precede a todo, no «*procede*» sino que solo «*precede*». Y si el amor, por el contrario, procede, hay algo de lo que procede y del que recibe leyes y orden. Por consiguiente, el *Filioque* es una cuestión intrínseca al problema del totalitarismo.¹⁹³

Cierto, esta diagnosis, más allá de la comprobación bastante obvia de ser casi desconocida vista la relegación de un autor que solo recientemente ha sido parcialmente descubierto, no puede sino resultar difícil, por no decir inaceptable, a los oídos que confían demasiado en el ‘proyecto’ de la modernidad o, usando asimismo un término con demasiada frecuencia utilizado como equivalente, ‘laica’.

Pero detengámonos por un momento en la ‘alienante’ proposición conclusiva: «Por consiguiente, el *Filioque* es una cuestión intrínseca al problema del totalitarismo».

En síntesis, se trata, al menos a mi parecer, de una de las formulaciones más embarazosas de la cuestión que nos hemos propuesto afrontar: el ‘retorno’, o mejor, la ‘venganza’ de la teología política en el marco de la política y en el discurso jurídico de nuestros días. Es indiscutible y está fuera de toda

193 Amerio, Romano, «La Questione del Filioque, ovvero la Dislocazione della Divina Monotriade» (1994), en *Associazione culturale Centro Studi Oriente Occidente, Romano Amerio, il Vaticano II e la Variazioni nella Chiesa Cattolica del xx secolo. Convegno di studi in Ancona, 9 novembre 2007*, Fede & Cultura, Verona, 2008, p. 140.

duda que es esta una cuestión que se propone y se presenta con fuerza y con diversas e insospechadas alternativas después de los dos «colapsos» de la época contemporánea, esto es, la caída del muro de Berlín en 1989 y de las Twin Towers de Nueva York el 9 de septiembre.

Fue en 2007 cuando Marc Lilla, científico político y economista estadounidense, profesor de Historia de las Ideas en la Columbia University de Nueva York, publicó en la editorial Knopf el volumen *The Stillborn God: Religion, Politics and de Modern West* (*El Dios que no nació: Religión y política en el occidente moderno*. Debate, 2010). Como ha señalado Jörg Lau, en este texto —significativamente titulado así por la presunta (para los modernos) muerte de Dios y en consecuencia, tal y como transmite el subtítulo de la traducción alemana (München, 2013), de la política en el ‘campo de fuerza’ de las religiones—

Lilla adelanta la proposición de que tomemos decididamente en consideración *la idea de abandonar el pensamiento conforme al cual la época de la teología política ya habría acabado*. Occidente con su *Great Separation* entre lo que pertenece a la esfera de lo divino y las cosas estrictamente humanas, *no es un caso normal*, sino más bien la excepción en el marco de la historia universal, un gran y arriesgado experimento —y para la mayor parte de los hombres que habitan la faz de la tierra un riesgo incluso ‘erróneo’—. Para el resto del mundo, no existe ninguna necesidad histórica de dirigir nuestros pasos por esta vía. Debemos, por consiguiente, ser conscientes de que representamos la improbable excepción. Y, consecuentemente, ni siquiera podemos permitirnos esperar el momento en que los demás se decidan a seguir nuestro ejemplo (hacia el que, por otra parte, no muestran sentir ninguna atracción

en absoluto). En resumen, debemos individualizar un *modus vivendi* para vivir en un mundo (y muy a menudo dentro de una misma sociedad) juntamente con otros hombres que no encuentran de ningún modo absurdos los presupuestos y las exigencias requeridas por la teología política. Y tal vez podrá ayudarnos a encontrar este nuevo *modus vivendi* precisamente la conciencia adquirida de la improbabilidad del desarrollo histórico occidental, conciencia que podremos alcanzar mejor si nos trasladamos intelectualmente a la época de las guerras de religión, si retornamos a Hobbes, a Rousseau, a la ‘teología liberal’, al mesianismo político en una palabra, *regresar a la altura y profundidad de nuestra propia teología política*.¹⁹⁴

194 Lau, Jörg, *Ein Blog über Religion und Politik, Die Wiederkehr der politischen Theologie* Von Jörg Lau 22. August 2007 um 17:47 Uhr: «Lilla schlägt vor, dass wir uns von der Vorstellung verabschieden, dass das Zeitalter der politischen Theologie vorbei sei. Der Westen ist nicht der Normalfall mit seiner “Great Separation” zwischen menschlichen und göttlichen Dingen – sondern die welthistorische Ausnahme, das große, gewagte – und für die meisten Menschen auf der Erde irrwitzig gewagte – Experiment. Es gibt keine historische Notwendigkeit für den Rest der Welt, uns auf diesem Weg zu folgen. Wir sind die unwahrscheinliche Ausnahme. Und wir können es uns nicht leisten zu warten, bis die anderen unserem Beispiel folgen (wozu sie ohnehin keine Lust zu haben scheinen). Wir brauchen einen *modus vivendi* zum Leben in einer Welt (oft in einer Gesellschaft) mit Menschen, die die Ansprüche der politischen Theologie keineswegs absurd finden. Und vielleicht kann es uns helfen, diesen *modus* zu finden, wenn wir uns der Unwahrscheinlichkeit der westlichen Entwicklung bewusst werden, indem wir zurückgehen zu den Religionskriegen, zu Hobbes, zu Rousseau, zur “liberalen Theologie”, zum politischen Messianismus – also zu den Höhen und Tiefen unserer eigenen politischen Theologie». «Lilla sugiere que nos despedamos de la idea de que la era de la teología política ha terminado. Occidente no es la norma con su Great Separation entre lo humano y lo divino, sino la excepción histórica mundial, el gran experimento, audaz y, para la mayoría de la gente de la tierra, ridículamente atrevido. No hay necesidad histórica de que el resto del mundo nos siga por este camino. Somos la improbable excepción. Y no podemos darnos el lujo de esperar a que otros sigan nuestro ejemplo (lo que no parecen querer hacer de todos modos). Necesitamos un *modus vivendi* para vivir en un mundo (a menudo en una sociedad) con personas que no encuentran absurdas en absoluto las afirmaciones de la teología política. Y tal vez nos pueda ayudar a encontrar este modo si nos damos cuenta de la improbabilidad de un desarrollo occidental volviendo a las guerras de religión, a Hobbes, a Rousseau, a la “teología liberal”, al mesianismo político, es decir, a los altibajos de nuestra propia teología política».

Tras el argumento teórico de Lilla acerca de un *regreso de la teología política* destacan ciertamente, por un lado, las motivaciones teológico-políticas de matriz islámica implícitas en los atentados suicidas culminados el 11 de septiembre del 2011, pero, por otra parte, también el resurgimiento –después del paréntesis debido primero a la guerra del Vietnam y, posteriormente, a la fase correspondiente a los dos mandatos de Clinton–, especular y en forma de la corriente *teocon*, de lo que ya hacía tiempo que Robert Bellah (*Civil Religion in America*, 1967), tomando como referencia el discurso inaugural del presidente Kennedy de 20 de enero de 1960 que, evidentemente, formaba parte de los rituales más significativos de este credo ya que «la toma de posesión de un presidente es un importante evento ceremonial en esta religión», había definido, y no por casualidad, «la religión civil americana»:

A pesar de que representa en gran parte una derivación selectiva del cristianismo, claramente esta religión no es en sí misma cristianismo. Por ejemplo, ni Washington, ni Adams ni Jefferson mencionan a Cristo en su discurso inaugural, ni lo hizo ninguno de los presidentes que les sucedieron, no obstante, ninguno de ellos hubiera dejado de nombrar a Dios. El Dios de la religión civil no es solo bastante ‘unitarista’, también está del lado austero *mucho más cercano al orden y al derecho* que a la salvación y al amor. Aunque tenga características deístas no es en absoluto un Dios «relojero». Se interesa activamente y se involucra en la historia, con un cuidado especial hacia América. Esta analogía está mucho más próxima al antiguo Israel que a la ley natural. La ecuación América-Israel en conformidad a la idea de un Israel americano no es extraña. Por el contrario, en cuanto tema el «nuevo Israel» aparece en el segundo discurso inaugural de Jefferson, que identifica a Europa con Egipto y

a América con la tierra prometida y claramente se encuentra dentro de la Nueva Frontera de Kennedy y de la Gran Sociedad de Johnson.¹⁹⁵

Es difícil no advertir que muchos de los temas mencionados –*Ausnahme (Ausnahmezustand)/Normalfall* (Excepción, estado de emergencia/caso normal), pero también secularización, simbolismo religioso en la ‘representación’ de la unidad política y de la soberanía, etc., hasta la misma enunciación del *Wiederkehr der politischen Theologie*– evocan, más o menos directamente, la teoría político-jurídica de Carl Schmitt.

3. EL ‘RIESGO’ TEOLÓGICO POLÍTICO: LA *POLITISCHE THEOLOGIE* Y SUS CRÍTICOS

No sorprende que en su importante contribución de 2003, dedicada precisamente a *Wiederkehr der politischen Theologie* (*Retorno de la teología política*) significativamente subtítuloado *Über die Vorwegnahme des Selbstmord-Attentats bei Carl Schmitt* (*Sobre la anticipación del atentado suicida en Carl Schmitt*), Gerhard Scheit lo invoque directamente al ver en él «el primer crítico de la globalización». Se trata de una crítica anticipadora aparecida durante la Segunda Guerra Mundial, pero capaz de ver mucho más allá del periodo de la guerra fría que estaba por llegar para captar las características de nuestro mundo unificado:

Carl Schmitt war der erste Globalisierungskritiker. Mitten im Zweiten Weltkrieg perhorresziert er eine Weltordnung, die weit

195 Citado por Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 263.

über den Kalten Krieg hinausweist: die One World, in der eine einzige Supermacht übriggeblieben ist.¹⁹⁶

Sigue, en buena medida, siendo verdad lo que observaba Hans Maier en 1995 a partir de la introducción realizada por Eric Voegelin en 1938 del concepto de *Politische Religionen*. Es decir, que en relación a la definición de los modernos *Gewaltregime* (régimen violento), aún nos encontramos muy lejos de una reconstrucción completa y, por tanto, de una valoración compartida¹⁹⁷ de los contextos relativos a los términos *Redivivisation*, '*politische theologie*', '*theopolitie*' y otros similares. Pero a este respecto, es, en todo caso, necesario tomar nota de que, en muchos casos, el reconocimiento de la actualidad del tema schmittiano va casi inmediatamente acompañado por una contraposición crítica, en ocasiones polémicamente legítima —sobre todo en los enfrentamientos con quien, por su parte, había afirmado que «*en primer lugar* todos los conceptos, las expresiones y los términos políticos poseen un significado *polémico*»¹⁹⁸ y a veces casi 'discriminatorio' (otro concepto por cierto muy querido por él).

196 («Carl Schmitt fue el primer crítico de la globalización. En medio de la Segunda Guerra Mundial, persigue un orden mundial que apunta mucho más allá de la Guerra Fría: el Mundo Único, en el que queda una sola superpotencia»). Scheit, Gerhard, «Wiederkehr der politischen Theologie. Über die Vorwegnahme des Selbstmord Attentats bei Carl Schmitt», en konkret 4/2003. Sobre el tema que nos abruma sigue siendo fundamental la consulta de Ellul, Jacques, «Le Fondement théologique du Droit», *Cahiers Théologique de l'Actualité Protestante* 15/16, Neuchâtel, 1946.

197 Maier, Hans, «Totalitarismus» und «politische Religionen» Konzepte des Diktaturvergleichs», en *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 43 Jahrg., 3 H. (Jul. 1995), pp. 387-405, spec. p. 391ss.

198 El profesor Cappellini cita por la edición italiana Schmitt, C., *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica* a cura di Gianfranco Miglio e di Pierangelo Schiera, Il Mulino, Bologna, 192, Il concetto di 'politico'. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari, p. 113. En esta versión se ha utilizado la traducción española, Schmitt, Carl, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Versión de Rafael Agapito. Madrid, Alianza Editorial, 1991, p. 60.

Hemos utilizado una definición: tema schmittiano, lo que obliga a realizar una brevísima digresión. El más agudo crítico, mejor dicho, el que ha sostenido de manera más radical desde el punto de vista cristiano y en virtud del dogma trinitario la imposibilidad teológica de una ‘teología política’, esto es, Erik Peterson (*Der Monotheismus als politischer Problem*, El mono-teísmo como problema político, 1935), comenzaba exponiendo que «el concepto de ‘teología política’, que yo sepa, se ha introducido en la literatura por Carl Schmitt con su *Politische Theologie*. München 1922».¹⁹⁹

Vaya por delante que, a este respecto, Peterson ciertamente incurre en una doble inexactitud. La primera y más relevante es la de no tematizar la diferencia entre la teología política (mejor, *civil*) tradicional, pagana y ‘cristiana’ (p. ej., eusebiana), que –y este es un dato esencial– estructuralmente no tenía necesidad de la dialéctica amigo-enemigo, por un lado y, por el otro, la moderna, para la que esa dialéctica es esencial. La segunda inexactitud, diríamos que tiene una naturaleza filológica consistente en no advertir que el término ya había aparecido precisamente en el mundo moderno (después de la revolución francesa), si bien de una manera esporádica, con Donoso Cortés y más explícitamente en 1871 con Bakunin quien, al criticar la ideología de Mazzini, la vuelve a catalogar explícitamente de *théologie politique*,²⁰⁰ así como en otros autores.

199 Cfr. Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 165.

200 Bakunin, Michael Alekxandrovic, *La théologie politique de Mazzini et l'Internationale* (Neuchâtel 1871) (trad.it., *La teologia politica di Mazzini e l'Internazionale*, Novecento grafico, Bergamo, 1960) cit. secondo Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 15, nt. 8. Cfr. también Bakunin, Michael Alekxandrivic, *Dio e lo Stato*, Introduzione di Giuseppe Rose, BFS edizioni Biblioteca Franco Segantini, Pisa, 2008. De esta obra de Bakunin existen varias versiones en castellano. Entre las más recientes *Dios y el Estado*. Traduc. de Alicia Martorell Linares y estudio de J. Maiz. Madrid, Alianza. 2021.

Desde esta perspectiva podemos suscribir, al menos parcialmente, lo que se ha afirmado recientemente a estos efectos:

En la perspectiva schmittiana, la “teología política” –un concepto antiguo con el que se habían confrontado en el siglo XIX pensadores de muy diferentes tendencias– es la clave de bóveda de una determinada época histórica. Este punto, sin embargo, necesita una aclaración. La tesis de la existencia de una analogía entre conceptos teológicos y políticos y, por consiguiente, de la centralidad de la teología política como clave hermenéutica de la realidad, no es un resultado original de la producción schmittiana. La correspondencia entre concepciones de Dios y concepciones de la sociedad ya la habían formulado, antes que Schmitt, contrarrevolucionarios como Donoso Cortés, anarquistas y socialistas como Michail Bakunin y Pierre-Joseph Proudhon, sociólogos como Émile Durkheim y Max Weber, teólogos como Ernst Troeltsch, además del mismo Hans Kelsen. La originalidad de la tesis schmittiana debe más bien identificarse en la atención que Schmitt dedica al concepto de soberanía. Se trata de un concepto que él interpreta como una reafirmación del nexo existente entre teología y derecho, subrayando la insuficiencia de una hermenéutica inmanente para impostar el problema del orden moderno.²⁰¹

En efecto. Aunque, como veremos más adelante, las últimas afirmaciones nos aproximan a una respuesta explicativa de nuestro problema –que, en definitiva, es el de la relevancia que tiene para el jurista la teología política– tampoco diremos que, a pesar de las inexactitudes observadas, E. Peterson estuviera del todo equivocado al sostener que, en su sustancia

201 Pietropaoli, Stefano, *Schmitt*. Carocci editore, 2012, p. 54.

(moderna), «el concepto de "teología política", que yo sepa, se ha introducido en la literatura por Carl Schmitt». La concepción schmittiana atesora, de manera totalmente personalista, para el derecho precedentes (creando así su propia genealogía), no solo en la especificación original de aquella analogía –que utiliza el concepto de secularización, pero juntamente con la introducción de la categoría del enemigo– sino más allá de la misma en la reflexión sobre la *Sichtbarmachung* (Visualización) y, por consiguiente, sobre su posición como estructura teórica de los conceptos jurídicos modernos (Duso). Asume así una centralidad como llave hermenéutico-jurídica que no se puede decir que esté presente en las otras elaboraciones y mucho menos en las reflexiones kelsenianas, significativas, pero en última instancia laterales, sobre Dios y el Estado. No es, además, casualidad que la tematización de la teología política haya permanecido viva en el campo jurídico, sobre todo dentro de la escuela schmittiana, hasta llegar a las reiteradas tomas de posición de un Böckenförde.

Pero regresemos al asunto de la crítica de la teología política y veamos cómo, en un primer nivel, se desarrolla en su conexión con los ‘colapsos’ de la contemporaneidad y en la perspectiva de su tragedia.

La obra de Scheit, de hecho, con su articulada escansión siguiendo las distintas fases de elaboración del discurso schmittiano, puede servir de modelo de esta primera tipología de la crítica.

Antes que nada, Scheit percibe muy bien, a partir de su «reaparición» actual, que la teología política es en realidad un hilo rojo que inerva toda la reflexión schmittiana hasta comprender plenamente las reflexiones posteriores sobre la teoría del partisano:

*Was er bereits vor dem Nationalsozialismus befürchtete und dann durch diesen abgewendet sah, das werde nun doch verwirklicht: „Der Souverän, der im deistischen Weltbild, wenn auch außerhalb der Welt, so doch als Monteur der großen Maschine geblieben war, wird radikal verdrängt. Die Maschine läuft von selbst.“ (Politische Theologie, 1922). Aber der politische Theologe hörte nicht auf, nach dem Sandkorn im Getriebe zu suchen. Und er fand es trotz seiner politischen Herkunft und bereits mitten im Kalten Krieg –also jener Ordnung, die er als abstrakte so sehr verabscheute –im Phänomen des Partisanen. Von ihm war er offenkundig fasziniert, ihm widmete er eine eigene Theorie (Theorie des Partisanen, 1963) –denn der Partisan erscheint wie der Retter des Politischen in einer Welt, in der die Souveränität preisgegeben wird”.*²⁰²

También se capta bien la importancia que alcanza en el discurso la reaparición del problema de la ‘representación’ de la soberanía –en su existencia personal– como crítica al pensamiento constitucional liberal que

se mueve en cambio dentro de una polaridad típica y siempre renovada de dos esferas heterogéneas, esto es, la de la ética y la de la economía, espíritu y comercio, cultura y propiedad

202 «Lo que ya había temido antes del nacionalsocialismo y que luego evitó, ahora se está realizando, después de todo: “El soberano, que había permanecido en la visión deísta del mundo, aunque fuera del mundo, al menos como ensamblador de la gran máquina, es radicalmente reprimido. La máquina funciona sola». (Politische Theologie, 1922). Pero el teólogo político no dejó de buscar el grano de arena en los engranajes. Y a pesar de sus orígenes políticos y ya en plena Guerra Fría –es decir, el orden que tanto detestaba como un orden abstracto–, lo encontró en el fenómeno del partisano. Obviamente estaba fascinado por él, y le dedicó su propia teoría (Theorie des partisanen, 1963), porque el partisano aparece como el salvador de lo político en un mundo en el que se renuncia a la soberanía». Scheit, Gerhard, *Wiederkehr der politischen Theologie*, cit. Acerca de la última obra de Schmitt citada, se recomienda la traducción al castellano realizada por la hija de Schmitt, Anima Schmitt de Otero, *Teoría del partisano. Acotación al concepto de lo político*. Madrid, CEP, 1966.

(...). En determinados casos, la unidad política debe pretender el sacrificio de la vida: esta premisa no puede de ningún modo estar fundada y sostenida por el individualismo del pensamiento liberal. Un individualismo que otorga el poder de disposición de la vida física a otro que no es el mismo individuo, sería un sin sentido al igual que una libertad liberal en la que fuese otro distinto del titular de la libertad quien decidiera el contenido y medida de la misma”.²⁰³

Y de hecho

Mit seinem ‚intensiv politischen Charakter‘ ist der Partisan gewissermaßen der letzte Vertreter einer Existentialpolitik, die ad personam noch realisiert, was einstmals Sache des ‚erstaunlichsten aller Monopole‘, des Gewaltmonopols, war: die Bereitschaft zur Vernichtung. Schmitt gibt mehrere Bestimmungen des Phänomens: ‚Irregularität, gesteigerte Mobilität des aktiven Kampfes und gesteigerte Intensität des politischen Engagements. Der Partisan ist sozusagen der Einzelkämpfer des Ausnahmezustands, Stellvertreter einer Souveränität, die objektiv verdrängt worden ist. Er ist das Gefährliche, das aus der rechtlichen Sphäre des Staats herausfällt‘.”²⁰⁴

Sin embargo, la posible ‘instrumentalización’ de las tesis adelantadas, que es innegable que se llevó a cabo incluso por movimientos alejadísimos de la comprensión schmittiana del mundo –y nos hallamos ante un movimiento crítico mucho más difundido de lo que pudiera suponerse–, corre el riesgo de prevalecer sobre la valoración del potencial analítico contenido en aquella:

203 Schmitt, *Le categorie del ‘politico’*, p. 157; *El concepto de lo político*, 69.

204 Scheit, *Wiederkehr der politischen Theologie*, cit.

Nun wird die Begeisterung der deutschen Linken für Carl Schmitt verständlich: dieser Theoretiker des Ausnahmezustands vereinigte die deutsche Vergangenheit mit der maoistischen Gegenwart im gemeinsamen Kampf gegen USA und SU [...] In der Gegenüberstellung von Konkretem und Abstraktem, konkreter deutscher Großraumordnung und abstrakter Weltherrschaft der USA bzw. des Kommunismus antizipiert Schmitt das ideologische Muster der deutschen Friedensbewegung der achtziger Jahre: „Die Feindschaft wird so furchtbar werden, daß man vielleicht nicht einem mehr von Feind oder Feindschaft sprechen darf und beides sogar in aller Form vorher geächtet und verdammt wird, bevor das Vernichtungswerk beginnen kann. Die Vernichtung wird dann ganz abstrakt und ganz absolut. Sie richtet sich überhaupt nicht mehr gegen einen Feind, sondern dient nur noch einer angeblich objektiven Durchsetzung höchster Werte, für die bekanntlich kein Preis zu hoch ist.“ Wenn Schmitt sich selbst nun als Theoretiker des „gehegten Kriegs des europäischen Völkerrechts“ darstellt, der den abstrakten unmenschlichen Krieg „revolutionärer Klassen- und Rassenfeindschaften“, den „gerechten Krieg“, als äußersten Gegensatz zur konkreten und humanen Großraumordnung perhorresziert, dann schließt genau dieser gehegte Großraum die Feindschaft um der Feindschaft willen, die Bereitschaft zum Nichts ein, da doch der Theoretiker an seinem Souveränitätsbegriff festhält. Darin liegt die Bedeutung, die er dem Partisanen beimißt: er möchte ihn am liebsten aus der Konstellation des Kalten Krieges herauslösen, befreien von den übergeordneten Mächten und zur Perspektive seiner Großraumordnung machen. Im Jahre 1914 seien „die Völker und Regierungen Europas ohne wirkliche Feindschaft in den ersten Weltkrieg hineingetaumelt. Die wirkliche Feindschaft entstand erst aus dem Kriege selbst, der als ein konventioneller Staatenkrieg des europäischen Völkerrechts begann und mit einem Weltbürgerkrieg der revolutionären Klassenfeindschaft

*endete. “ Es ist kein Zufall, daß Schmitt hier den Nationalsozialismus und den Zweiten Weltkrieg überspringt: im Übersprungenen liegen nach wir vor seine Hoffnungen, daß sich der Großraum doch noch realisiere: „Wer wird es verhindern, daß in einer analogen, aber noch unendlich gesteigerten Weise, unerwartet neue Arten der Feindschaft entstehen, deren Vollzug unerwartete Erscheinungsformen eines neuen Partisanentums hervorruft? Der Theoretiker kann nicht mehr tun als die Begriffe wahren und die Dinge beim Namen nennen. Die Theorie des Partisanen mündet in den Begriff des Politischen ein, in die Frage nach dem wirklichen Feind und einem neuen Nomos der Erde“.*²⁰⁵

Pero si el teórico realmente no podría hacer otra cosa que tomar en serio y verificar la estanqueidad de los conceptos y llamar a las cosas por su nombre, el crítico, sin embargo, puede proyectar aquel pensamiento en su presente y, posteriormente, puede prolongar en él las líneas hasta bautizar la intrínseca ‘peligrosidad’ nihilista, hasta construirse la imagen de una posible ‘exultación’. En resumen, hasta situar su figura en la parte de los ‘enemigos’ de occidente:

Die Theorie des Partisanen hat den Untertitel: „Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen“. Und damit hält sie die Hoffnung fest, daß dem Partisanen wieder ein Souverän entspringe; daß aus wirklichen Feindschaft und dem echten Partisanen ein Großraum der Vernichtung hervorwächst. Wäre Schmitt so alt geworden, die Selbstmordanschläge in Israel und das Attentat auf das World Trade Center noch zu erleben, er hätte darin die Konsequenz seines gesamten Lebenswerks sehen können: seine Partisanen-Theo-

205 Scheit, *Wiederkehr der politischen Theologie*, cit.

*rie erscheint wie eine Beschwörung des islamistischen Selbstmordattentäters. (Das Glänzen in den Augen Scholl/Latours, wenn er diese Ereignisse kommentiert, gibt einen Eindruck von der Befriedigung, die Schmitt darüber empfunden haben würde.) Der Partisan, der einmal gegen Faschismus und NS-Herrschaft rebellierte, verkehrt sich allmählich in sein Gegenteil; verwandelt sich dem Feind an. Gerade jene rein formalen Merkmale seiner politischen Aktivität, die Schmitt konsequent von allen inhaltlichen Voraussetzungen abgetrennt hatte und in dieser Abstraktion fetischisierte, werden nun unmittelbar inhaltlich, realisieren, worauf die Theorie vom Ausnahmezustand immer gezielt hat: Opfer und Vernichtung. Suicide attack ist der neue Begriff des Politischen.*²⁰⁶

La teología política, por consiguiente, con sus categorías (soberanía, excepción, amigo-enemigo) recopiladas no como instrumentos interpretativos sino como un recóndito programa político, desde sus orígenes contrarrevolucionarios cuya intención es restaurar la primacía de la teología, fluye por necesidad ineluctable, a través de un *telos* interno, hacia un ‘gran espacio de aniquilación’, literalmente, hacia la legitimación, precisamente, del terrorismo suicida.

En la medida que el cortocircuito de una crítica directamente política instrumentalice la teoría analizada, se presenta, a su vez, un problema de fondo que tampoco tematiza directamente. Se trata del potencial sacralizante de la realidad profana de lo político y jurídico modernos, que puede suponer la referencia al valor, todavía permanente, de lo teológico en su conexión con lo político.

Este es el valor de una crítica que es muy profunda, precisamente, porque no es ajena al filón cultural que representa la

206 Scheit, *Wiederkehr der politischen Theologie*, cit.

teología política y, por consiguiente, puede aprehender implicaciones más fundamentales. Evidentemente estamos aludiendo a la crítica de la teología política que, a partir de la famosa obra de Peterson, lejos de considerarla 'ocasional', toma muy en serio la temática teológica ofrecida por Schmitt.

Entre esta temática adquiere una relevancia paradigmática particular la línea desarrollada por Jacques Maritain²⁰⁷, el cual estaba bien informado acerca de los desarrollos doctrinales alemanes coetáneos a través de su amigo Waldemar Gurian, quien, además de ponerlo en contacto con Erik Peterson, había sido en su juventud discípulo de Schmitt, aunque posteriormente se distanció del mismo a causa de la influencia ejercida por su amigo francés. Se trata del análisis crítico realizado 'petersonadamente' en 1936 en su fundamental obra *Humanisme integral*. Maritain comienza analizando el significado lingüístico de la expresión alemana, del que agudamente pone de relieve su especificidad evidenciando la necesidad de

señalar que el sentido alemán de las palabras *politische theologie* es completamente diverso del correspondiente en francés a *teología política*. El sentido francés de la expresión *teología política* es: que la política, como todo lo que corresponde al ámbito moral, es objeto para el teólogo (como para el filósofo), a causa de la primacía de los valores morales y espirituales comprometidos en el orden político mismo, porque esos valores morales y espirituales implican, en el estado de naturaleza caída y redimida, una referencia al orden sobrenatural y al orden de la revelación, objeto propio del teólogo. Existe, pues, una teología política (como una filosofía política, una ciencia de objeto *profano y temporal*, que juzga y conoce este objeto a la luz de

207 Borghesi, *Critica della teologia politica*, pp. 115-118.

los principios revelados). Por el contrario, el sentido alemán de *politische theologie* es: que el objeto mismo de que se trata no es realmente profano y temporal, sino *sagrado* (*heilig*).²⁰⁸

Por consiguiente, después de haber establecido la clara diferencia existente entre la *politische theologie* ‘a la alemana’ y teología *de la* política como aquella única posición aceptable para un cristiano (católico) en la medida que salvaguardaba la meta-politicidad de una teología no ‘absorbida’ por lo político, el pensador francés elegía como representante de la tendencia criticada a quien había sido su amigo, incluso íntimo, y que ahora estaba ‘aplastado’ por su rol público de *Kronjurist* del nazismo:

C. Schmitt, que ha sido uno de los inspiradores y consejeros del régimen nazi, ya había intentado mostrar en las grandes ideas políticas y jurídicas modernas una transposición de temas esencialmente teológicos. Por lo tanto, *desde un punto de vista práctico y concreto* lo traemos aquí por su condición especular y, sin considerar la distinción de los objetos formales, *se verá fácilmente que las realidades políticas son las mismas que las del orden divino y sagrado*.

En resumen, Carl Schmitt, precisamente por vincular la *politische Theologie* a la tesis de la secularización de los conceptos político-jurídicos, sería el iniciador de la orientación sacral (del régimen), de una *teologización del poder*, posteriormente seguida por muchos. Entre ellos, y quizá no por casualidad,

208 Maritain, Jacques, *Humanisme intégral*. Paris, Aubier, 1936. El profesor Cappellini cita por la edición italiana, *Umanesimo integrale*. Bolonia, Borla, 1962, p. 163. Aquí se ha utilizado la traducción española, *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*. Madrid, Palabra, 1999, p. 136.

se encontraba, y subrayamos su rol, otro amigo de Schmitt, el teólogo protestante Wilhelm Stapel (ciertamente nacionalista extremado y antisemita, pero también desdeñoso en las confrontaciones con los nacionalsocialistas):

Este era el significado que los teólogos alemanes contemporáneos del *Sacrum Imperium* otorgaron a la palabra *Politische Theologie*. Se referían de esta manera a la idea mesiánica y evangélica del *Reino de Dios*, cuya realización quieren encontrar en el tiempo y en la historia. Así, el teólogo protestante Stapel escribe que para la consumación de la redención no solo se necesita la unificación de los hombres en la Iglesia sino también en el imperio —el cual debe estar bajo la dirección de los alemanes, esto es, de Prusia debido al grado superior de humanidad que poseía—. ²⁰⁹

Ahora bien, es verdad que en su *Vorbemerkung* (prefacio, 1933) a la segunda edición de su *Teología política* en 1934, Schmitt también se refiere, precisamente por su tesis de la secularización, a conocidos teólogos protestantes, uno de los cuales ya se había afiliado al nazismo en 1933,

Vom protestantischen Theologen haben besonders Heinrich Forsthoff und Friedrich Gogarten gezeigt, dass ohne den Begriff einer Säkularisierung ein Verständnis der letzten Jahrhunderte unserer Geschichte überhaupt nicht. ²¹⁰

209 Maritain, *Humanisme intégral*, Aubier Paris, 1936, trad.it. *Umanesimo integrale*, p. 143 (citado según Borghesi, *Critica della teologia politica*, pp. 123-124). Humanismo Integral, p. 116.

210 Schmitt, C., *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Zweite Ausgabe, Verlag Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934, *Vorbemerkung* (1933), p. 7. «Entre los teólogos protestantes Heinrich Forsthoff y Friedrich Gogarten, han mostrado en particular que sin el concepto de secularización no es posible en general

Es este un párrafo que merece una exégesis que no podemos dedicarle aquí, aunque lo que es interesante observar es que, en una reseña por lo demás bastante favorable —en particular por la afirmación de la tesis de que todos los conceptos de la moderna doctrina del Estado son conceptos teológicos secularizados, lo que quizá sea el exponente más sobresaliente de la teología protestante prorrégimen—, Emanuel Hirsch reprocha a Schmitt, precisamente, el no haber continuado por el recto camino para identificar el punto clave de la intersección entre teología e historia constitucional, ignorando directamente la noción de *Reich Gottes* (Reino de Dios) y, en consecuencia, cerrándose la posibilidad de utilizar el concepto orgánico de *Gemeinschaft*²¹¹ (comunidad).

De esta manera, aunque se contienen indicaciones parcialmente compartibles en el plano religioso en el que se desarrolla, partiendo siempre de ese plano, incluso se puede continuar individualizando en las posiciones schmittianas un caso paradigmático de «teología política post-cristiana, que consigue que la política, totalizándose, se convierta en religión» y que «lejos de ser una secularización del cristianismo, se convierte, como ocurre con Carl Schmitt, en un *teomaniqueísmo*, una teopolítica gnóstica tal y como lo entendió Eric Voegelin».²¹² Pero si todo esto es, en efecto, verdad, aún permanece abierta la cuestión relativa a la función específica de tal doctrina *en el seno* del contexto del que nació y del discurso schmittiano. A la fascinación,

comprender los últimos siglos de nuestra historia». Schmitt, *Teología Política*. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo de José Luis Villacañas, Madrid, Trotta, 2009 (8.ª edic.) p. 11.

211 Stroup, John, «Political Theology and secularisation Theory in Germany, 1918-1939: Emanuel Hirsch as a Phenomenon of his Time», en *Harvard Theological Review*, vol. 80, n.º 3, julio 1987, pp. 321-368, p. 339.

212 Así lo hace, icásticamente, Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 14, quien se suma a un filón crítico que además del nombre mencionado (y a los ya señalados por Peterson y Maritain) se añaden otros del relieve de K. Löwith o Leo Strauss, entre otros.

por más que sea negativa (no en vano toma de la ‘deconstrucción’ la inevitabilidad cual piedra con la que se tropieza), de la que surge este análisis puede entonces seguir una toma de distancia, una duda²¹³ que nos conduzca a un plano diferente.

4. TEOLOGÍA POLÍTICA Y CONCEPTOS JURÍDICOS

Podremos abrir este diferente plano de análisis con una afirmación paradójica, aunque quizá no lo sea tanto: la *Politische Theologie* constitutivamente es, en realidad, una teoría jurídica, o mejor, una teoría del derecho.

Es el núcleo de la respuesta schmittiana a su problema fundamental y recurrente, es el verdadero y exacto *leitmotiv* de su reflexión: la cuestión «*Wie wird Nicht-Recht zu Recht? Und was genau geschieht in der Welt dazwischen?*» (¿Cómo se convierte en derecho la no ley? ¿Y qué sucede exactamente en el mundo intermedio?).²¹⁴ Por lo demás, el ‘lugar de nacimiento’, la *Ortung* de esta doctrina es, evidentemente, la respuesta, la búsqueda de un instrumento de respuesta a la crisis de la jurisprudencia positivista, en particular la neokantiana.²¹⁵

Como con agudeza ha señalado Duso

este su *pensar los conceptos jurídicos*, en buen derecho se puede definir como *filosófico* siempre que con ese término no se entienda una especulación abstracta guiada por la escisión del ser y el deber ser, o una *Weltanschauung*, una concepción

213 Vogl, Joseph, Sull'esitare. Milán, ObarraO, 2010.

214 Wenger, David R., «Eine Formsache: Zur Begründungsferne von Carl Schmitt Dezi-sionismus. Eine Antwort auf Andreas Fischer-Lescano und Ralph Christensen», *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht* 44, Band 2005 Heft 2, p. 243.

215 Cfr. También las agudas consideraciones de Stroup, *Political Theology and secularisation Theory in Germany, 1918-1939*, p. 351.

del mundo ni, mucho menos, una propuesta de solución de los males del mundo, sino más bien un pensamiento radical de lo político y de los conceptos jurídicos que lo determinan en la modernidad.²¹⁶

La teología política pierde entonces esas connotaciones —a la postre, de naturaleza ideológica— que, como hemos visto, se le han atribuido desde diversos planos y pasa a asumir el carácter de instrumento heurístico, analítico, capaz de hacer surgir, en la singularidad, pero asimismo en la complejidad, lo *no dicho* de la técnica jurídica moderna y así posibilitar la comprensión no del estatismo del derecho, sino de su movimiento:

De este modo se puede comprender como su ser y el hecho de definirse como “jurista” no está en contradicción con la dirección seguida por su pensamiento que, desde las dos primeras décadas de su producción se orienta hacia la metafísica y la teología y lo hace, justamente, para comprender la veracidad de los conceptos jurídicos. Precisamente a través de la clave filosófica que adelantamos aquí se puede entender porque nunca la constelación de los conceptos jurídicos modernos —centrados como están en el binomio soberanía-representación— se abre no solo a lo formalmente estructurado como *decisión*, sino *al marco de la teología política, que es la única que nos permite entender lo que esos conceptos implican por sí mismos*, mientras que aquellos, con su simple formulación de lo que *dicen* explícitamente, no acababan de evidenciar estas implicaciones ni a mostrar su concreto movimiento.²¹⁷

216 Duso, Giuseppe, «Carl Schmitt: teologia politica e logica dei concetti politici moderni», en *Δαίμων, Revista de Filosofía*, n.º 13, 1996, p. 81.

217 Duso, *Carl Schmitt: teologia politica*, cit.

Desde esa perspectiva, las famosas palabras del principio de secularización se releen y sopesan con muchísima más atención:

*Alle prägnanten Begriffe der modernen Staatslehre sind säkularisierte theologische Begriffe. Nicht nur ihrer historischen Entwicklung nach, weil sie aus der Theologie auf die Staatslehre übertragen wurden, indem zum Beispiel der allmächtige Gott zum omnipotenten Gesetzgeber wurde, sondern auch in ihrer systematischen Struktur, deren Erkenntnis notwendig ist für eine soziologische Betrachtung dieser Begriffe.*²¹⁸

La conceptualización radical va mucho más allá de la simple afirmación –habitualmente percibida, de forma aislada, como primaria– del «paso» de los conceptos teológicos a los políticos o jurídicos, para, por el contrario, adquirir la necesaria dimensión estructural de apertura de los propios conceptos modernos en cuanto tales:

Etwas ganz anderes ist die Soziologie von Begriffen, die hier vorgeschlagen wird und die gegenüber einem Begriff wie dem der Souveränität allein Aussicht auf ein wissenschaftliches Resultat hat. Zu ihr gehört, daß, hinausgehend über die a den nächsten praktischen Interessen des Rechtslebens orientierte juristische Begrifflichkeit, die letzte, radikal systematische Struktur gefunden und

218 Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Zweite Ausgabe, cit., p. 49. «Todos los conceptos centrales de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no solo por razón de su evolución histórica, en cuanto fueron transferidos de la teología a la teoría del Estado, convirtiéndose, por ejemplo, el Dios omnipotente en el legislador todo poderoso, sino también en razón de su estructura sistemática, cuyo conocimiento es imprescindible para la consideración sociológica de estos conceptos», *Teología política*, traduc. F. J. Conde, p. 37.

diese begriffliche Struktur mit der begrifflichen Verarbeitung der sozialen Struktur einer bestimmten Epoche verglichen wird.

Ob das Ideelle der radikalen Begrifflichkeit hier der Reflex einer soziologischen Wirklichkeit ist, oder ob die soziale Wirklichkeit als die Folge einer bestimmten Art zu denken und infolgedessen auch zu handeln aufgefaßt wird, kommt hierfür nicht in Betracht. Vielmehr sind zwei geistige, aber substantielle Identitäten nachzuweisen.

Es ist also nicht Soziologie des Souveränitätsbegriffes, wenn beispielsweise die Monarchie des 17. Jahrhunderts als das Reale bezeichnet wird, das sich im kartesianischen Gottesbegriff „spiegelte“. Wohl aber gehört es zur Soziologie des Souveränitätsbegriffes jener Epoche, zu zeigen, daß der historisch-politische Bestand der Monarchie der gesamten damaligen Bewusstseinslage der westeuropäischen Menschheit entsprach und die juristische Gestaltung der historisch-politischen Wirklichkeit einen Begriff finden konnte, dessen Struktur mit der Struktur metaphysischer Begriffe übereinstimmte. Dadurch erhielt die Monarchie für das Bewußtsein jener Zeit dieselbe Evidenz, wie für eine spätere Epoche die Demokratie. Voraussetzung dieser Art Soziologie juristischer Begriffe ist also radikale Begrifflichkeit, das heißt eine bis zum Metaphysischen und zum Theologischen weitergetriebene Konsequenz. Das metaphysische Bild, das sich ein bestimmtes Zeitalter von der Welt macht, hat dieselbe Struktur wie das, was ihr als Form ihrer politischen Organisation ohne weiteres einleuchtet. Die Feststellung einer solchen Identität ist die Soziologie des Souveränitätsbegriffes. Sie beweist, daß in der Tat, wie Edward Caird in seinem Buch über Auguste Comte gesagt hat, die Metaphysik der intensivste und klarste Ausdruck einer Epoche ist.²¹⁹

219 Schmitt, *Politische Theologie*, p. 58ss. «Algo completamente distinto es la sociología de los conceptos que aquí se propugna, y la única capaz de llegar a un resultado científico respecto a un concepto como el de la soberanía. Obliga a rebasar el plano de la conceptualidad

El famoso ejemplo de la definición del concepto esencial de representación en la *Verfassungslehre* (Teoría de la Constitución, 1928) puede aportarnos claridad:

representar significa hacer visible y temporalmente presente un ser invisible mediante un ser que esta públicamente presente, donde «la dialéctica del concepto consiste en el hecho de que lo invisible se presume como ausente y, al mismo tiempo, se vuelve presente».²²⁰

No puede sorprender que, después de todo lo observado, esta definición responda a una estructura típica del pensamiento teológico. Se tratará de captar los vínculos genéticos en la tesis de la *complexio oppositorum* y de la Iglesia Romana como

jurídica, atenta solo a los intereses prácticos inmediatos de la vida jurídica y a explorar la última estructura radical sistemática y comparar esa estructura conceptual con la articulación conceptual de la estructura social de una época determinada. Nada nos importa saber si lo que esa conceptualidad radical tiene de ideal es reflejo de una realidad sociológica o si, por el contrario, la realidad social se explica como consecuencia de una manera de pensar y, por consiguiente, de una manera de obrar determinada. Se trata más bien de poner de manifiesto dos identidades espirituales, pero también sustanciales. Decir, por ejemplo, que la monarquía del siglo xvii era el sustrato real que se “reflejaba” en el concepto cartesiano de Dios, no es sociología del concepto de soberanía. Sí pertenece, en cambio, a la sociología de la soberanía de aquella época mostrar que la existencia histórica y política de la monarquía correspondía al estado de conciencia de la humanidad occidental en aquel momento., y que la configuración jurídica de la realidad histórico-política supo encontrar un concepto cuya estructura armonizaba con la estructura de los conceptos metafísicos. Por eso tuvo la monarquía en la conciencia de aquella época la misma evidencia que había de tener la democracia en época posterior. Presupone, por tanto, esta clase de sociología de los conceptos jurídicos, la conceptualidad radical, es decir, una consecuencia llevada hasta el plano metafísico y teológico. La imagen metafísica que de su mundo se forja una época determinada tiene la misma estructura que la forma de la organización política que esa época tiene por evidente. La comprobación de esa identidad constituye la sociología del concepto de soberanía. Ella nos demuestra que, en realidad, como ha dicho Edward Caird en su libro sobre Auguste Comte, la metafísica es la expresión más intensa y más clara de una época». *Teología Política*, traduc. española, pp. 43-4.

220 Duso, *Carl Schmitt: teología política*, p. 88.

depositaria de la «*Kraft zur Repräsentation*» (poder para la representación) expresada en *Römischer Katholizismus*

*Sie repräsentiert die civitas humana , sie stellt in jedem Augenblick den geschichtlichen Zusammenhang mit der Menschwerdung und dem Kreuzesopfer Christi dar, sie repräsentiert Christus selbst, persönlich, den in geschichtlicher Wirklichkeit Mensch gewordenen Gott. Im Repräsentativen liegt ihren Überlegenheit über ein Zeitalter ökonomischen Denkens,*²²¹

o incluso en la doctrina luterana del *verbotten Gott*,²²² del Dios oculto detrás del mundo y la historia. Pero aún revela más. Manifiesta el sentido profundo del trabajo schmittiano sobre lo teológico-político. Volvamos a dar la palabra a Duso:

La estructura de la representación moderna, en efecto, contiene, a mi parecer, el elemento teológico característico de lo político y, al mismo tiempo, revela una estructura teórica que manifiesta una aporía fundamental de la praxis humana. Pienso que el núcleo más fuerte de la teología política schmittiana se encuentra justamente en la estructura de la representación y entonces es precisamente en ella donde se puede comprender que cosa es en Schmitt aquella teología política, cuya diversa interpretación es la causa de los diferentes modos de entender

221 Schmitt, C., *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart, 1984, pp. 31ss. Cfr. Rissing, M. & Rissing, T., *Politische Theologie. Schmitt-Derrida-Metz. Eine Einführung*, Wilhelm Fink, München, 2009. «Representa a la civitas humana, expone en cada momento el nexo histórico con la Encarnación y el sacrificio en la cruz de Cristo, representa al propio Cristo en persona, al Dios hecho hombre en la realidad histórica. Su superioridad sobre una época de pensamiento económico reside en lo representativo». Carl Schmitt, *Catolicismo romano y forma política*. Estudio preliminar de Ramón Campderrich Bravo, traducción y notas de Pedro Madrigal. Madrid, Tecnos, 2011, pp. 23-24.

222 Stroup, «*Political Theology and secularisation Theory in Germany*», 1918-1939», p. 350.

su pensamiento. No creo que por teología política deba entenderse una fundación teológica de lo político y pienso que incluso la sugerencia extraída de textos schmittianos de concebirla como un proceso de secularización, esto es, del paso de conceptos teológicos a conceptos políticos, no es por sí misma suficiente y pueden conducir fácilmente a interpretaciones que no captan el profundo sentido de todo lo que aportan los textos schmittianos. Más bien me parece que por teología política debe entenderse la presencia en lo político, por su misma forma de constituirse, de una trascendencia, mejor aún, de un movimiento de trascendencia de la realidad empírica que es necesario y que al mismo tiempo está irresuelto o que jamás ha sido resuelto de una vez por todas.²²³

Después de que, como es conocido, él haya afirmado que

el estado de excepción tiene en la jurisprudencia análoga significación que el milagro en la teología. Solo teniendo conciencia de esa analogía se llega a conocer la evolución de las ideas filosófico-políticas de los últimos siglos. Porque la idea del estado de derecho se afirmó a la par que el deísmo, con una teología y una metafísica que destierran del mundo el milagro y no admiten la violación con carácter excepcional de las leyes naturales implícita en el concepto de milagro y producido por intervención directa, como tampoco admiten la intervención directa del soberano en el orden jurídico vigente. El racionalismo de la época de la ilustración no admite el caso excepcional en ninguna de sus formas,²²⁴

223 Duso, Carl Schmitt: *teologia política*.

224 El profesor Cappellini cita por Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, p. 49; la traducción italiana es la consignada en Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 61. En el texto, para evitar una traducción de la traducción, se incluye,

también se podría decir, *sin embargo*, que «para Schmitt el Estado, carente de contenidos «dados», solo puede hacer coexistir forma y decisión *imitando* la acción representativa de la Iglesia y sustituyendo la persona de Cristo por una ‘idea’ con función análoga».²²⁵ Sin embargo, esto solo es posible si la secularización, en realidad, se manifiesta finalmente ‘imposible’, es decir, de manera diferente de cómo habitualmente se entiende *inmediatamente*:

En este contexto, en concomitancia con la actividad del *Sichtbarmachen* (hacer visible), surge un concepto de *secularización* que, a causa del significado de esta estructura teórica de la teología política, es bastante más relevante que el que a menudo se ha reconocido en el conocidísimo ensayo schmittiano dedicado a la *Politische Theologie*. Ahí secularización no es el paso, llevado a cabo en una determinada época, de lo teológico a lo político, de lo trascendente a lo mundano. Por el contrario, al ser realmente imposible de efectuarse, este paso, precisamente por el carácter estructural que tiene aquí el concepto de secularización, está iluminado por el de *Sichtbarmachung* (visualización); esto es, consiste en el intento propio de lo político, pero se podría decir lo mismo de la praxis del hombre, de visibilizar, y por tanto de hacer entrar en el *saeculum*, lo que es trascendente e ideal. La secularización, en la medida que se entienda como el paso de lo trascendente a lo mundano, es imposible por cuanto es estructural para la realidad la implicación de lo que lo trasciende y, por otro lado, lo trascendente solo es decible en este plano mundano. Por consiguiente, no hay ningún *paso*. Si

como se viene haciendo, la traducción española de *Teología política*, p. 37 realizada por F. J. Conde

225 Galli, Carlp, «Presentazione» a C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*. Milano, Giuffrè, 1986, p. 17; cfr. Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 172.

la idea en cuanto es trascendente es invisible, esta invisibilidad se convierte en perceptible y, por tanto, solo *es real para nosotros* en el plano de la visibilidad.

En conclusión: los propios planos ‘secularizados’ de la política y el derecho modernos deben necesariamente, como iconológicamente demuestra Schmitt en el cristal de Hobbes (l. *Veritas: Jesus Christus*) estar insertos en el *Begriff des Politischen* (1927/8,32) (Concepto de lo político) «abierto a la trascendencia», en el mismísimo preciso modo (en sentido estructural) en que los ordenamientos decididos en épocas anteriores deberían haber estado, pero, contemporáneamente, también ‘en su específico modo’, que es trágico y ‘discontinuo’.

Esto conlleva la consecuencia que la teología política cuestiona, al mismo tiempo, de una manera analítica, esto es, haciendo surgir de ahí la íntima contradicción, la crisis latente, ya sean las concepciones laico-inmanentísticas, ya las totalitarias del derecho y de la política:

La tensión, estructural para la política, consistente en el intento de hacer presente un elemento trascendente, otorga al concepto de secularización que se encuentra en la *Teología política I* un significado más embarazoso y específico. Porque no supone tanto el paso de lo trascendente a lo mundano *cuanto más bien indica el hecho de que el plano mundano de la política (y del derecho) no puede resolverse por sí mismo sino que implica conceptos de origen teológico precisamente en la medida en que no puede, a pesar de todas las pretensiones, resolverse en el plano de la inmanencia y de la mundanidad*, sino que implica la idea de un constante movimiento de trascendencia de la realidad empírica. Sin este continuo movimiento de trascendencia de la realidad empírica, la política (y el derecho) no logra constituirse, ni si-

quiera en su forma más laica y terrenal. Pero entonces, sobre este obligatoriamente implicado movimiento de trascendencia *es necesario reflexionar sobre todos los modos de entender la política (y el derecho) que, a pesar de que no pueden eludir la idea, pretenden o excluirla de la propia consideración debido a la concepción laica de la política guiada por la máxima de que las cosas se gobiernan por sí solas o, por el contrario, convertirla en una posesión segura orientada a una dirección totalitaria, implicando así, y al mismo tiempo negando contradictoriamente, la trascendencia de la ideas.*²²⁶

Este es el fruto, de acuerdo a las acertadas consideraciones de Carlo Galli, del verdadero y propio, y radical, ‘*teorema de la incompletud*’ de Schmitt, de su lucha incesante «contra la autosuficiencia de lo Moderno, entendida como autocreación y completud, pero también como separación y neutralización de la política y la religión». Una lucha, en definitiva, «contra la exhaustividad de sus categorías» que, sin embargo, tal y como señalábamos al inicio del párrafo, se ‘funda’ sobre una aserción-clave que sitúa la cuestión decisivamente sobre *el plano jurídico*:

el *salto*, la desconexión principal entre idea y realidad, el origen no normativo de la forma y del orden, *es para Schmitt un problema jurídico*. La ausencia del fundamento actúa sobre el orden jurídico: la desconexión entre idea y contingencia es también, al mismo tiempo, su co-implicación necesaria.²²⁷

226 Duso, Carl Schmitt, *Teología política*, cit., p. 90.

227 Galli, Carlo, *Lo Sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, cap. II: «Le teologie politiche di Schmitt», en particular, pp. 60-70. Hay traducción española, *La mirada de Jano. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica España, 2011.

5. EL TEOREMA DE BÖCKENFÖRDE Y LA NORMALIDAD DE LA EXCEPCIÓN

Pero ¿cuáles serán entonces las dinámicas interpretativas desarrollables sobre este fondo cuando aparentemente hemos entrado en la época del *One World* democrático global? Es decir, de una estructura político-jurídica que parece poder ‘tener’ una y otra característica y que ya en su tiempo Schmitt desmitificó al sostener que es

totalmente errónea la difundida opinión de que todo hombre adulto tiene derechos en cuanto hombre y no como ciudadano (dado que) la igualdad de todas las personas en su calidad de tales no es una democracia sino un determinado tipo de liberalismo”, llegando incluso a aumentar luego la dosis con la ‘escandalosa’ afirmación de que “dictadura no es lo contrario de democracia”.²²⁸

O que, recurriendo a las palabras de un teólogo político en ciertos aspectos muy distante de Schmitt –esto es, de Jürgen Moltmann, el teólogo luterano «de la esperanza» (1971)–, puede ser definida, precisamente en cuanto democracia –y este *dictum* no es en absoluto extraño aquí, basta con remitirnos a nuestro exordio– como *iconoclastia permanente*.²²⁹

228 El profesor Cappellini cita por Schmitt, Carl, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Verlag Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1923 (trad. it. *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 17 y 39). Aquí, para evitar una traducción de la traducción, cito por la traducción española *Sobre el parlamentarismo*. Estudio preliminar de Manuel Aragón y traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso. Madrid, Editorial Tecnos, 1990, pp. 17 y 53. Sobre este tema vid. Pietropaoli, S., Schmitt, pp. 61-68.

229 Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 231. Naturalmente, para el teólogo la definición tiene un valor positivo en la medida que «representa la desmitificación de la idolatría política» y sirve para situar en el mismo lado la teología luterana –en particular la

Una respuesta que –si bien en una forma, diríamos, ‘débil’– retoma la temática de la trascendencia de la teología política schmittiana (aunque con una relevantísima diferencia), es ciertamente la que adelanta Ernst Wolfgang Böckenförde en un ensayo de 1976, no por casualidad dedicado a *El surgimiento del Estado como proceso de secularización*.²³⁰ Ahí la secularización aún se entiende fundamentalmente en su primer y más común significado: sustancialmente, como un ‘paso’ sin ‘retorno’. La ideología estatal al mando así como la reanimación de la tradición aristotélica de la *polis* o la proclamación de un «sistema de valores» objetivo, anulan precisamente la separación (existente entre Estado y sociedad civil) sobre la cual se construyó la libertad del Estado. *No hay camino de regreso más allá del umbral de 1789 sin destruir el Estado como ordenamiento de libertad*.²³¹

Esta respuesta, oportunamente calificada por M. Borghesi como el ‘teorema’ Böckenförde, aprovecha aquello que el propio autor –y, quizá por pudor, olvidó aquí las observaciones de su maestro sobre aquellos «determinados casos (en los que) la unidad política debe intentar el sacrificio de la vida»– define como una cuestión de principio más profunda: ¿En qué medida los pueblos reunidos en un Estado pueden vivir únicamente de la garantía de la libertad del individuo sin que exista un vínculo unificador preexistente a esa libertad?²³²

theologia crucis– y la ilustración. Sería así “una teología dialéctica” que entendería la cruz como la incesante *negación* toda forma».

230 Böckenförde, Ernst-Wolfgang, «La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione», en ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, editado por G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007. Hay traducción castellana: *El surgimiento del Estado como proceso de secularización*. Traduc. Carlos Pérez Crespo. Madrid, Trotta, 2024.

231 Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, p. 53. Sobre la situación de este autor en el debate general, vid. Borghesi, *Critica della teologia politica*, pp. 249-260 y 283-304.

232 Böckenförde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, p. 52.

El 'teorema' responde entonces de la siguiente manera:

Así se sitúa de nuevo, en su verdadero y exacto núcleo, la cuestión de las fuerzas unificadoras: *el Estado liberal, secularizado, vive del presupuesto de que eso no se puede garantizar per se.*

Ese es el gran riesgo que debe afrontar el Estado por amor a la libertad. Como Estado liberal, él, por una parte, solo puede subsistir si la libertad que *concede* (sic) a sus ciudadanos se regula a partir del fuero interno, de la sustancia moral del individuo y de la homogeneidad de la sociedad. Y por otro lado, él no puede tratar de garantizar estas fuerzas reguladoras internas por sí solo —o sea, por medio de restricciones jurídicas y del mandato autoritario— sin renunciar a su naturaleza liberal y, en el plano secularizado, sin retroceder a aquella pretensión de totalidad de la que salió tras las guerras de religión.²³³

Es cierto que el 'teorema' representa una de las más refinadas formulaciones jurídicas (continentales) del neoliberalismo imperante. Un neoliberalismo que tiene miedo o define como impracticable el retorno a la filosofía práctica aristotélica defendido por W. Hennis, pero, a pesar de sostener que «el momento teológico tiene una relevancia política incluso cuando es *solamente* teológico»,²³⁴ no tiene escrúpulos en volver a Hegel y su concepción de la relación Estado y religión y a la idea de un *ethos* prepolítico.

Permítasenos, pues, tener una cierta nostalgia de la «coherencia desesperada»²³⁵ con la que el Schmitt 'existencial' y

233 Böckenforde, *La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione*, p. 53.

234 Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 283.

235 Borghesi, *Critica della teologia politica*, p. 287 con riferimento a Preterossi, Gemignano, «Prefazione» a Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato*

‘personalista’²³⁶ se aferró al mecanismo de la hostilidad, incluso en el plano de los conceptos jurídicos, autoprohibiéndose un retorno a un Hegel que, a pesar de los puntos de contacto y aún de proximidad, le era esencialmente extraño, precisamente por defender síntesis demasiado conciliadoras para tomar en serio la seriedad o incluso lo trágico de las antítesis.²³⁷

Es wäre konsequenter Rationalismus, zu sagen, daß die Ausnahme nichts beweist und nur das Normale Gegenstand wissenschaftlichen Interesses sein kann. Die Ausnahme verwirrt die Einheit und Ordnung des rationalistischen Schemas²³⁸ [...] Die Ausnahme ist das nicht Subsumierbare; sie entzieht sich der generellen Fassung, aber gleichzeitig offenbart sie ein spezifischjuristisches Formelement, die Deziision, in absoluter Reinheit²³⁹ [...] Alles Recht ist “Situationsrecht”[...] Der

moderno all'Europa unita, editado por G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. XII.

236 Es el mismo Schmitt, como tal vez ya se ha advertido, quien, sirviéndose de Hobbes, establece el paralelismo, mejor, la relación de cohesión, la conexión, entre ‘decisionismo’ como una ‘concreta’ perspectiva existencial y personalismo: «Hobbes acertó a esgrimir un argumento decisivo que lleva implícito el entronque de este tipo de decisionismo con el personalismo y rebate cualquier intento de poner en lugar de la soberanía concreta del Estado un órgano abstractamente válido» (Schmitt, *Politische Theologie*, p. 44; *Teología política*, traduc. cast., p. 33). Y ni siquiera hace falta mencionar el hecho de que tal Personalismus no tiene mucho ver con el de E. Mounier. Es sin embargo curioso el hecho de que la traducción italiana, por lo demás muy cuidada y bien hecha haya sustituido el *ablehnt* (rechazo) por un *verifica* (Hobbes también ha aportado un argumento decisivo que considera el nexo existente entre este decisionismo y el personalismo y que verifica todos los intentos de sustituir la concreta soberanía del Estado por un ordenamiento de validez abstracta). Naturalmente podría tratarse de un error tipográfico por «vanifica» (anula), aunque curiosamente se ‘despersonaliza’, precisamente con este cambio en la frase, el movimiento del duro rechazo a aquellos intentos.

237 Rissing Michaela & Rissing, Thilo, *Politische Theologie: Schmitt - Derrida* – Metz. Brill | Fink, 2009, p. 68.

238 Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, p. 21. «Racionalismo consecuente sería decir que la excepción nada prueba y que solo lo normal puede ser objeto de interés científico. La excepción perturba la unidad y el orden del esquema racionalista», *Teología política*, p. 19.

239 Schmitt, *Politische Theologie*, p. 21. «Lo excepcional es lo que no se puede subsumir;

Ausnahmefall offerbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht...“ [...] Alles Recht ist “Situationsrecht” [...] Der Ausnahmefall offerbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht...²⁴⁰

La respuesta más radical –y en este sentido también más schmittiana– al teorema de Böckenförde podría ser, precisamente, que se refiere solamente a ‘sus’ ciudadanos y aun así solamente en una *Normalfall* (regla) fantasma –un caso normal ‘escenificado’, que las continuas experiencias ya se encargan de desmentir casi cotidianamente–. Y, en una respuesta aún más profunda, que aquel (el Estado liberal-democrático ‘mundial’, esto es, ‘total’), *vive de presupuestos que no quiere (ha decidido no querer) garantizar más per se*.

La todavía viva capacidad heurística del discurso teológico-político schmittiano permanece largamente vinculada a uno de sus elementos más desacreditados: la lucidez polémica de la antítesis, del o-o existencial y kierkegaardiano²⁴¹ que

escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión», *Teología política*, p. 18.

240 Schmitt, *Politische Theologie*, p. 20. «El derecho es siempre “derecho de una situación” [...] El caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. Vemos que en tal caso la decisión se separa de la norma jurídica y, si se nos permite la paradoja, la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho». *Teología política*, p. 18.

241 Acerca de la proximidad de Schmitt a Kierkegaard en algunos aspectos fundamentales de su pensamiento, una proximidad que, a nuestro parecer, es esencial y sobre la cual ya nos hemos reafirmado en un capítulo anterior, pueden verse algunas pistas significativas en Nicoletti, Michele, «Sul concetto di ‘Teologia Politica’ in Carl Schmitt», en *Il dio mortale*:

contrasta en ocasiones con su *Bewunderung* (admiración) intelectual del y-y de la *complexio oppositorum* católica, pero que agudiza su reflexión.

*Erstens haben alle politischen Begriffe, Vorstellungen und Worte einen polemischen Sinn; sie haben eine konkrete Gegensätzlichkeit im Auge, sind an eine konkrete Situation gebunden, deren letzte Konsequenz eine (in Krieg oder Revolution sich äussernde) FreundFeindgruppierung ist, und werden zu leeren und gespenstischen Abstraktionen, wenn diese Situation entfällt. Worte wie Staat, Republik, Gesellschaft, Klasse, ferner: Souveränität, Rechtsstaat, Absolutismus, Diktatur, Plan, neutraler oder totaler Staat usw. sind unverständlich, wenn man nicht weiss, wer in concreto durch ein solches Wort getroffen, bekämpft, negiert und widerlegt werden soll.*²⁴²

Para convencernos de lo expuesto, será suficiente una breve referencia a una cuestión constitucional representativa, aunque hasta hace poco tiempo ‘silenciada’. Nos referimos al proceso que –quizá sin haber advertido aún todo su contenido

teologie politiche tra antico e contemporáneo. Brescia, Morcelliana, 2002, p. 336.

242 Schmitt, C., *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 29. Cfr. Hoffmann, H., „Feindschaft – Grundbegriff des Politischen?“, del mismo, *Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1986, pp. 212-241. La traducción española: «En primer lugar, todos los conceptos, ideas y palabras tienen un sentido polémico, se formulan con vistas a un antagonismo concreto, están vinculados a una situación concreta cuya consecuencia última es una agrupación según amigos y enemigos (que se manifiesta en guerra o revolución), y se convierten en abstracciones vacías o fantasmales en cuanto pierde vigencia esa situación. Palabras como Estado, república, sociedad, clase o también soberanía, Estado de Derecho, absolutismo, dictadura, plan, estado neutral, estado total, etc., resultan incomprensibles si no se sabe a quién en concreto se trata en cada caso de afectar, de combatir, negar y refutar con tales términos». Carl Schmitt, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Versión de Rafael Agapito. Madrid, Alianza Editorial, 1991, pp. 60-61.

‘sistémico’ y, añadimos, que, contemplada desde determinados perfiles, tampoco toda la ‘peligrosidad sistémica’ – ha llevado a la constitucionalización del equilibrio presupuestario. Un proceso que ha involucrado de manera (casi) simultánea a los mayores ordenamientos europeos.

Sin embargo, se trata de un «principio» sobre el que no se puede considerar introducir una modificación constitucional *normal*, precisamente porque se ‘encaja’ en el marco de las Constituciones que, en diversos grados, se han construido en la línea del horizonte del «Estado Social de Derecho», inclinándose, respecto a la situación anterior que no elegía explícitamente ninguna, por «una específica opción política de la hacienda pública», esto es, «la prohibición, salvo algunas excepciones, del ‘recurso al endeudamiento’». ²⁴³

Tal desarrollo se ha leído por una parte de la comunidad constitucionalista –a la que, obviamente forzando su significado, definiremos como creyente en el ‘teorema Böckenförde’– desde una perspectiva de respaldo sustancial, subrayando la existencia «de una relación diferente, por no decir nueva, entre los ordenamientos nacionales y el ordenamiento de la Unión Europea (UE)». Aunque no pudieron evitar indicar que «jamás había sucedido que la Constitución llevara a cabo –*en una materia tan delicada para la conservación de su soberanía*– una sustancial remisión variable a las normas del derecho primario de la UE, es decir, a estatutos de la Unión, para la determinación de la política presupuestaria», lanzando así la hipótesis de que

243 Brancasi, Annalisa, «Introduzione alla seconda sessione», Roselli, Orlando & Bifulco, Raffaele (ed.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Atti del Convegno-Fondazioni Cesfin Alberto Predieri, 15 maggio 2012, G. Giappichelli, Torino, 2013, pp. 119-122.

tales revisiones dan lugar «a una delicada fase del proceso federal dirigido al progresivo reforzamiento de los poderes de la UE».²⁴⁴

Algunos economistas (Alessandro Petretto), sin embargo, mantienen variedad de opiniones que van de lo sustancialmente inocuo a lo moderadamente positivo. Consideran que, puesto que tal «inserción, más allá de toda la debilidad de la norma en sí misma» e incluso si «el precedente de las reglas fiscales de la UE no es ciertamente consolador», podría llevar a cabo una función pedagógica, de una pequeña amenaza, en los enfrentamientos de una clase política, como la italiana, en cuyas manos el gasto público se pega como papel matamoscas».²⁴⁵

La realidad, sin embargo, es muy diferente. Confirmando la nitidez heurística a la que nos hemos referido, con acotaciones que van mucho más allá del caso nacional, un constitucionalista francés como Françoise Fraysse, ha podido ver cómo, a partir de la pretendida «excepcionalidad» de la crisis financiera se ha introducido ‘schmittianamente’ —aunque con una modalidad que tal vez Schmitt nunca hubiera hecho suya— un ‘régimen de excepción’ constitucional generalizado (con el riesgo de hacerse permanente), en el que el ‘principio del presupuesto equilibrado’ —la ‘regla de oro’— representa uno de sus posibles instrumentos.

La neutralización de la democracia parlamentaria se está llevando a cabo trabajando en beneficio de la institucionalización

244 Bifulco, Raffaele, «Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo», Roselli, O. & Bifulco, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, pp. 139-152.

245 Petretto, Alessandro, «Costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, stabilità e crescita economica», Roselli, O. & Bifulco, R. (ed.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, cit., p. 226.

del equilibrio presupuestario impuesto por Europa. En otras palabras, se trata de suspender la democracia para a continuación hacerla posible de nuevo según el esquema definido por Jean Bodin, teorizado mucho tiempo después por Carl Schmitt.

Obviamente esto sería posible con la condición de que se pudiera mantener la ‘temporalidad’ de la suspensión (y, por consiguiente, el carácter ‘puro’ de su excepcionalidad), cuestionando entonces un ‘deber’ de vigilancia de los pueblos que, sin embargo –hablando precisamente en términos schmittianos– nos parece difícilmente ‘representable’ y, por tanto, no fácilmente realizable.

Los pueblos tienen el deber de vigilar con la finalidad de que los responsables reciban las competencias necesarias para obrar eficazmente, pero es necesario fijar algunos límites para hacerlo de modo que la democracia se restablezca y que el proceso no se bloquee por las transformaciones llevadas a cabo en las instituciones.²⁴⁶

En efecto, como ha señalado Gonzalo Maestro Buelga a propósito de la reforma del artículo 135 de la Constitución española,

es la preferencia absoluta por el pago de la deuda la que aleja formalmente el contenido de la reforma de la, obstinada, lógica técnica por vincularla a un principio ideológico del fundamentalismo monetarista y de la tradición constitucional liberal. Se trataría, en sustancia –y, en este particular caso, en

246 Fraysse, Françoise, «La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio in Francia», en Roselli, O. & Bifulco, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, cit., p. 195.

el ‘anticipo’— de llevar al extremo los contenidos del Tratado de Estabilidad, extremismo que, a pesar de su peculiaridad, forma parte «del discurso común acerca de la constitucionalización del monetarismo a través de la fórmula del equilibrio presupuestario».

De forma lapidaria,

esta norma constitucionaliza el monetarismo que, en su génesis teórica, se opone radicalmente al modelo de Estado Social y su constitucionalización económica porque, al final, «las reformas no son normas técnicas, ni de racionalización, sino que son normas profundamente ideológicas que expresan la ruptura de la Constitución material del Estado Social y la inserción del Estado en una reorganización del poder global». ²⁴⁷

Este proceso —que, ‘técnicamente’, consiste en la ‘inoculación’ de la excepción hasta convertirla en endémica, en ‘normal’, dentro de los diversos planos de la normatividad y que llega a alcanzar el plano más alto, esto es, el de la propia Constitución— no es un proceso aislado y no se desarrolla únicamente en el ámbito de un (en apariencia) derecho económico global, sino que afecta progresivamente a todos los sectores. ²⁴⁸

247 Maestro Buelga, Gonzalo, «La costituzionalizzazione dell’equilibrio di bilancio nella riforma dell’art. 135 della Costituzione spagnola», en Roselli, O. & Bifulco, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, cit., p. 187.

248 Fitzpatrick, Peter & Joyce, Richard, «The Normality of the Exception in Democracy’s Empire» en *Journal of Law and Society*, vol. 34, n.º 1 Democracy’s Empire: Sovereignty, Law and Violence, pp. 65- 76.

De hecho, tal y como acertadamente Jean Claude Paye ha puesto de relieve en sus reflexiones acerca del procedimiento penal como acto constituyente ‘invertido’, las nuevas legislaciones sobre seguridad y sobre la excepción (de las cuales la antiterrorista posterior al 11 de septiembre es quizá la manifestación más llamativa),

aseguran el dominio de los procedimientos de excepción. Es así como se invierte la función tradicional del procedimiento penal. En lugar de ser el marco de protección de las diferentes libertades públicas y privadas, se convierte en el medio a través del cual estas últimas se violan sistemáticamente. Neutralizando las diferentes garantías constitucionales, esa legislación lleva a cabo una suspensión del derecho (...). El cambio es tan significativo que conlleva la inversión de la norma, las derogaciones se convierten en la regla. El procedimiento de excepción sustituye a la Constitución y a la ley.²⁴⁹ Las medidas que tienen por objeto la ‘guerra infinita’ (y, al mismo tiempo, parcelaria) contra el enemigo total y global (terrorismo, Estados rebeldes, individuos flanqueadores, ‘*black listed*’, etc.) pero ya ‘interno’, hacen «de la suspensión del derecho un acto fundador» de una Constitución del *Weltstaat* de memoria jüngeriana.²⁵⁰ Esta lucha «es el punto más avanzado en la realización de un estado de excepción mundial».²⁵¹

249 Paye, Jean-Claude, *La fin de l'État de droit. La lutte antiterroriste: de l'état d'exception à la dictature*. Paris, La Dispute, 2004, p. 94. Sobre este tema merece la pena recordar el inquietante análisis de Langewiesche, William, *The Distant Executioner. Predators* (2010, 2011), ahora en trad.it., *Esecuzioni a distanza*. Milano, Adelphi, 2011.

250 De Benoist, Alain, *Terrorismo e 'guerre giuste'*. Napoli, Guida, 2007, III. Dal «caso d'emergenza» allo stato di eccezione permanente, pp. 81ss.

251 Sobre el tema cfr. También, Ackerman Bruce, «The Emergency Constitution», *Yale Law Journal*, CXIII, pp. 1029-1076.

En un ensayo de 1959, dedicado al gran teólogo jesuita Erich Przywara. Schmitt cita una frase de Carl Joachim Friedrich definiéndola –en lo que, atendiendo a su contenido, es un feliz oxímoron– «casi luminosa»: *All power hinds*.²⁵² Revelar este ‘ocultamiento’ es quizá una de las tareas de quienes investigan los conceptos jurídicos.

Pero también el intento de construir otros nuevos más adecuados para prevenirlo, impedirlo. Quizá la ‘fantasia conceptual’, tal vez un poco polemológica de Schmitt, nos deja en herencia algo más; nos deja un acto de apoyo al *pluriversum* contra la deriva mundialista, ante la cual con demasiada frecuencia los juristas permanecen mudos, o al menos *faut de mieux*, contra la ‘iconoclastia permanente’: el de «*iconografía regional*».

La idea, tomada del geógrafo Jean Gottmann, sirve para mostrar cómo «las diferentes imágenes y concepciones del mundo surgidas de diferentes religiones, de las tradiciones del pasado histórico y de las organizaciones sociales, conforman espacios peculiares» contribuyendo conjuntamente a diseñar «la iconografía de una determinada región».²⁵³

Nuestro camino teológico-político se ha iniciado con la iconoclastia moderna y acaba con la iconografía regional. Pero se comienzan a atisbar otros itinerarios. Quizá.

252 Schmitt, Carl, «*Nomos – Nahme – Name, Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Przywara*, hrsg.von Siegfried Behn, Glotz und Lutz-Verlag, Nürnberg, 1959, pp. 92-105, ahora en trad.it. con el título «*Nomos – Presa di possesso – Nome*», Appendice a Resta, Caterina, «*Stato mondiale o Nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*». Reggio Emilia, Diabasis, 2008, pp. 117-140, 119.

253 Resta, *Stato mondiale o Nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*, p. 109.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

ACKERMAN, Bruce, «The Emergency Constitution», *Yale Law Journal*, CXIII. Vol. 113, 2004, pp. 1029ss.

AMERIO, Romano, «La Questione del Filioque, ovvero la Dislocazione della Divina Monotriade» (1994), en Associazione culturale Centro Studi Oriente Occidente, Romano Amerio, *il Vaticano II e la Variazioni nella Chiesa Cattolica del xx secolo*. Convegno di studi in Ancona, 9 novembre 2007, Fede & Cultura, Verona, 2008.

BAKUNIN, Michael Alekxandrovic, *La théologie politique de Mazzini et l'Internationale* (Neuchâtel 1871) (trad.it., *La teologia politica di Mazzini e l'Internazionale*, Novecento grafico, Bergamo, 1960).

——— *Dio e lo Stato*, Introduzione di Giuseppe Rose. Pisa, BFS edizioni Biblioteca Franco Segantini, 2008. De esta obra de Bakunin existen varias versiones en castellano. Entre las más recientes *Dios y el Estado*. Traduc. de Alicia Martorell Linares y estudio de J. Maiz. Madrid, Alianza. 2021.

BIFULCO, Raffaele, «Le riforme costituzionali in materia di bilancio in Germania, Spagna e Italia alla luce del processo federale europeo», en Roselli, O. & Bifulco, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*.

BÖCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, «La nascita dello Stato come processo di secolarizzazione», en ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007. Traducción española: *El surgimiento del Estado como proceso de secularización*. Traduc. Carlos Pérez Crespo. Madrid, Trotta, 2024.

BORGHESI, Massimo, *Critica della teologia politica. Da Agostino a Peterson: la fine dell'era costantiniana*. Marietti 1820, 2013. Traducción española del capítulo *Desde Peterson hasta Ratzinger. «Agustín y la crítica de la teología política»*. <https://editorial.uniagustiniana.edu.co/index.php/editorial/catalog/download/29/27/244?inline=1>.

BRANCASI, Annalisa, «Introduzione alla seconda sessione», Roselli, Orlando & Bifulco, Raffaele (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, Atti del Convegno-Fondazioni Cesifin Alberto Predieri, 15 maggio 2012, G. Giappichelli, Torino, 2013.

DE BENOIST, Alain, *Terrorismo e 'guerre giuste'*. Napoli, Guida, 2007.

DUSO, Giuseppe, «Carl Schmitt: teologia politica e logica dei concetti politici moderni», *Δαίμων, Revista de Filosofia*, n. 13, 1996.

ELLUL, Jacques, «Le Fondement théologique du Droit», *Cahiers Théologique de l'Actualité Protestante* 15/16, Neuchâtel, 1946. Traducción Española, *El fundamento teológico del derecho* (1946), https://contra-mundum.org/index.htm/files/Ellul_FundTheoDerecho.pdf.

FITZPATRICK, Peter & JOYCE, Richard, «The Normality of the Exception in Democracy's Empire», *Journal of Law and Society*, vol. 34, No. 1 Democracy's Empire: Sovereignty, Law and Violence, pp. 65-76.

FRAYSSE, Françoise, «La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio in Francia», Roselli, O. & Bifulco, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra*

internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale, cit.

GALLI, Carlo, «Presentazione» a C. Schmitt, *Cattolicesimo romano e forma politica*. Milano, Giuffrè, 1986.

——— *Lo Sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, cap. II: Le teologie politiche di Schmitt. Traducción española, *La mirada de Jano. Ensayos sobre Carl Schmitt*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica España, 2011.

GNOLI, Domenico, *Lettere e scritti*, a cura di Walter Guadagnini. Milano, Abscondita, 2004, Dal catalogo del premio Marzotto (1966).

KLEIN, Yves, *Verso l'immateriale dell'arte. Con scritti inediti (Agli estremi dell'Occidente)*. O Barra O Edizioni, 2008 Traduc. española, *La evolución del arte hacia lo inmaterial*, <https://es.scribd.com/document/393449006/Yves-Klein-La-Evolucion-Del-Arte-Hacia-Lo-Inmaterial>.

LANGEWIESCHE, William, *The Distant Executioner. Predators* (2010, 2011), ora in trad.it, *Esecuzioni a distanza*. Milano, Adelphi, 2011.

LAU, Jörg, *Ein Blog über Religion und Politik, Die Wiederkehr der politischen Theologie* Von Jörg Lau 22. August 2007.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo, «La costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio nella riforma dell'art. 135 della Costituzione spagnola», in ROSELLI, O. & BIFULCO, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale, cit.*, p. 187.

MAIER, Hans, «Totalitarismus» und «politische Religionen». Konzepte des Diktaturvergleichs», en *Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte*, 43 Jahrg., 3 H. (Jul. 1995).

MARITAIN, Jacques, *Humanisme intégral*. Paris, Aubier, 1936. El profesor Cappellini cita por la edición italiana, *Umanesimo integrale*. Bolonia, Borla, 1962. Aquí se ha utilizado la traducción española, *Humanismo integral. Problemas temporales y espirituales de una nueva cristiandad*. Madrid, Palabra, 1999.

NICOLETTI, Michele, «Sul concetto di ‘Teologia Politica’ in Carl Schmitt», en *Il dio mortale: teologie politiche tra antico e contemporaneo*. Brescia, Morcelliana, 2002.

PAYE, Jean-Claude., *La fin de l'État de droit. La lutte antiterroriste: de l'état d'exception à la dictature*. Paris, La Dispute, 2004. Traducción española, *El final del estado de derecho. La lucha antiterrorista. Del estado de excepción a la dictadura*. Hiru, 2008.

PETRETTO, Alessandro, «Costituzionalizzazione dell'equilibrio di bilancio, stabilità e crescita economica», en Roselli, O. & Bifulco, R. (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, cit., p. 226.

PIETROPAOLI, Stefano, *Schmitt*. Carocci editore, 2012.

PRETEROSSO, Geminello, «Prefazione» a Böckenforde, Ernst-Wolfgang, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Laterza, Roma-Bari, 2007.

RESTA, Caterina, *Stato mondiale o Nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*. Reggio Emilia, Diabasis, 2008.

RISSING Michaela & RISSING, Thilo, *Politische Theologie: Schmitt - Derrida – Metz*. Brill | Fink, 2009.

RIZZI, Marco, *Cesare e Dio. Potere spirituale e potere secolare in Occidente*. Bologna, Il Mulino, 2009.

ROSELLI, Orlando & Bifulco, Raffaele (edd.), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica. La costituzionalizzazione*

del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale, Atti del Convegno-Fondazioni Cesifin Alberto Predieri ,15 maggio 2012, G. Giappichelli, Torino, 2013.

SCHEIT, Gerhard, «Wiederkehr der politischen Theologie. Über die Vorwegnahme des Selbstmord Attentats bei Carl Schmitt», ein *konkret* 4/2003.

SCHMITT, Carl, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica* a cura di Gianfranco Miglio e di Pierangelo Schiera, Il Mulino, Bologna, 1992.

——— *Il concetto di 'politico'. Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*. Traducción española, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Versión de Rafael Agapito. Madrid, Alianza Editorial, 1991.

——— *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Zweite Ausgabe, Verlag Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1934, Vorbemerkung (1933), Traducción española *Teología Política*. Traducciones de Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez. Epílogo José Luís Villacañas-Madrid, Trotta, 2009 (8.^a edic.).

——— *Römischer Katholizismus und politische Form*, Stuttgart, 1984, pp. 31ss. Cfr. Rissing, M. & Rissing, T., *Politische Theologie. Schmitt-Derrida-Metz*. Eine Einführung, Wilhelm Fink, München, 2009. Traducción española, *Catolicismo romano y forma política*. Estudio preliminar de Ramón Campderrich Bravo. Traducción y notas de Pedro Madrigal. Madrid, Tecnos, 2011.

——— *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Verlag Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1923 (trad.it. *La condizione storico-spirituale dell'odierno parlamentarismo*, Giappichelli, Torino, 2004. Traducción española *Sobre el parlamentarismo*. Estudio

preliminar de Manuel Aragón y traducción de Thies Nelsson y Rosa Grueso. Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

——— *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, 8. Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 2009, p. 29. Cfr. Hoffmann, H., „Feindschaft – Grundbegriff des Politischen?“ en, del mismo, *Recht – Politik – Verfassung. Studien zur Geschichte der politischen Philosophie*. Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1986. Traducción española, *El concepto de lo político. Texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Versión de Rafael Agapito. Madrid, Alianza Editorial, 1991.

——— «Nomos – Nahme – Name», *Der beständige Aufbruch. Festschrift für Erich Przywara*», hrsg.von Siegfried Behn, Glotz und Lutz-Verlag, Nürnberg, 1959, pp. 92-105, ahora en trad.it. con el título «Nomos – Presa di possesso – Nome», Appendice a Resta, Caterina, «*Stato mondiale o Nomos della terra. Carl Schmitt tra universo e pluriverso*». Reggio Emilia, Diabasis, 2008, pp. 117-140, 119. Traducción española, *El nomos de la tierra en el Derecho de gentes del ius publicum europaeum*. Granada, Biblioteca Comares, 2002.

STROUP, John, «Political Theology and secularisation Theory in Germany, 1918-1939: Emanuel Hirsch as a Phenomenon of his Time Frankfurt am Main», *Harvard Theological Review*, vol. 80, n.º 3, Jul. 1987, pp. 321-368.

VOGL, Joseph, *Sull'esitare*. Milán, ObarraO, 2010.

WENGER, David R., «Eine Formsache: Zur Begründungsferne von Carl Schmitt Dezisionismus. Eine Antwort auf Andreas Fischer-Lescano und Ralph Christensen», en *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Deutsches und Europäisches Öffentliches Recht* 44, Band 2005 Heft 2.

CAPÍTULO IV

LA HIPÓTESIS DE TOCQUEVILLE. RELEYENDO A LUIGI EINAUDI Y HANS KELSEN EN LOS TIEMPOS DE LOCKDOWN. ES DECIR, DEL «DESPOTISMO DEMOCRÁTICO»

En este trágico, y para el autor doblemente luctuoso, año de clausuras y puesta a cero de las relaciones de los hombres entre sí, cara a cara —y aquellos que, aunque sea de oídas, conocen la importancia que posee el encuentro con el «Rostro» en la fenomenología de Levinas entienden lo que se quiere decir con esto—²⁵⁴ sería casi natural abandonarse a la aparentemente desalentadora actualidad de reflexiones como las que encontramos al final del cuaderno de notas de Marguerite Yourcenar preparatorio de las famosas *Memorias de Adriano*:

Nuestras relaciones con los demás no tienen más que una duración: cesan cuando se ha obtenido satisfacción, se ha aprendido la lección, se ha prestado el servicio y completada la obra. Lo que era capaz de decir lo he dicho, lo que era capaz de

²⁵⁴ Cfr. al menos Durante, Massimo, *Il Diritto di Giudicare la Storia il Terzo e l'Imperdonabile*, en *Responsabilità di fronte alla storia. La filosofia di Emmanuel Levinas tra alterità e terzietà*, a cura di Massimo Durante. Genova, il Melangolo, 2008, pp. 177-198, 195.

aprender, lo he aprendido. Ocupémonos ahora de otros trabajos.²⁵⁵

A esta sabiduría de sabor hobbesiano —y he de decir que nuestro discurso se articulará como una filigrana hecha de virus y Leviatán—²⁵⁶ se puede sin embargo oponer el epílogo de un libro que, dadas las premisas de partida, es ciertamente todo menos conciliador. Es la obra de un autor que, aunque nos es más próximo temporalmente, es geográficamente un poco más distante y más ‘nórdico’, si bien menos frío:

Las personas que nos rodean a lo largo de la vida son innumerables. Apenas nos damos cuenta de algunas para olvidarlas inmediatamente. Con otras un contacto visual nos lleva a alguna clase de enredo emocional. Y con algunas de estas hablamos. Después está la familia, los amigos, la gente que se frecuenta. Todas las personas queridas. A algunas las perdemos de vista, el afecto se enfría, las desilusiones conducen a la interrupción de las relaciones y, en ocasiones, los amigos se convierten en enemigos.

Pero para la mayoría se trata solo de personas con las que nos encontramos viviendo por pura coincidencia. Millones de seres humanos que están haciendo una visita a la Tierra al mismo tiempo que nosotros. No hay nada que temer de todas estas personas que me rodean y me han rodeado a lo largo de la vida. Desencadenan en mí la curiosidad de descubrir quiénes eran en realidad ¡A cuantas de ellas habría querido conocer! Como

255 Yourcenar, Marguerite, *Memorie di Adriano* (1951). Torino, Einaudi, 1984, p. 301. Hay traduc. española, «Cuadernos de notas a las Memorias de Adriano». Memorias de Adriano. Barcelona, Ediciones Órbis, 1988.

256 Valli, Aldo María, *Virus e Leviatano*. Macerata, Lilberilibri, 2020.

la mujer de la catedral de San Esteban, los bailarines de tango en Buenos Aires o la muchacha que había reencontrado a sus padres en el punto de encuentro de Mozambique. Y al leñador y al comerciante que había asesinado hace sesenta años en el Norrland.

Todos estos desconocidos están conmigo. Han formado parte de mi vida durante unos breves instantes. Con todos ellos comparto lo que ha sido mi existencia. Nuestra verdadera familia es infinita. Lo es incluso si no sabemos a quién nos hemos encontrado en un momento de una vertiginosa brevedad.²⁵⁷

Sucede a veces que, leyendo, nos encontramos con que nos viene al encuentro, descrita con el estilo, la precisión y la adecuada capacidad de penetración, una sensación que ya hemos experimentado oscuramente en muchas ocasiones. Este es uno de esos casos.

Y entre aquellas personas con las cuales nos recuerda Henning Mankell que incluso «hablamos», en estos meses de aislamiento estaban sin duda algunas que fueron nuestros coetáneos durante unos pocos años. Jamás hemos coincidido físicamente con ellas, sin embargo, nos hemos encontrado —es cierto que también aquí por coincidencia y a veces sacándolas un poco polvorientas de nuestros estantes— después de mucho tiempo para ‘dialogar’. Para interrogarlas acerca de nuestro pasado y, por consiguiente, también sobre nuestro presente.

La pregunta, que las circunstancias de la gestión político-jurídica de la epidemia del Covid-19 volvían a proponer con fuerza, era la que ya había sido despiadadamente planteada

257 Mankell, Henning, *Sabbie mobili. L'arte di sopravvivere*, Venezia, Marsilio Editori, 2015, pp. 319-320. Trad. española, *Arenas movedizas*. Barcelona, Tusquets, 2015.

en 2003 por Colin Crouch en su libro no por casualidad titulado *Posdemocracia*.²⁵⁸ Es la misma que, de una manera mucho más explícita, aún resuena reforzada por el adjetivo elegido por el reciente *New York Times Bestseller* de Fred Zakaria *The future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*.²⁵⁹

Nuestra democracia es relativamente joven y para responder a la pregunta –que surge espontáneamente en quien, como jurista e historiador, ha reflexionado, aunque sea superficialmente, sobre el estado de emergencia o de excepción–²⁶⁰ de si existe realmente un *telos*, una ‘flecha del tiempo’ que la proyecta hacia el aterrizaje en la democracia ‘iliberál’, parece natural que volvamos la mirada en primer lugar a uno de nuestros padres de la Constitución. Hacia un intelectual y prominente liberal, también en los aspectos económicos –en su condición original de ilustre economista experto en los sistemas fiscal y tributario defendió contra Benedetto Croce la necesaria copresencia de los dos aspectos del liberalismo político–, europeísta *ante litteram* –la hipótesis de los ‘Estados Unidos de Europa’ ya le había venido en mente en 1897–, opositor al fascismo, miembro de la Asamblea Constituyente y, después, el segundo presidente de la República italiana elegido el 10 de mayo de 1948.

258 Crouch, Colin, *Postdemocrazia*, Roma-Bari. Laterza Editore, 2003. Traduc. española, *Posdemocracia*. Madrid, Taurus, 2004.

259 Zakaria, Fareed, *The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad, With a new afterword*, New York London, W. W.Norton & Company, 2007. Traduc. española de una edición anterior, *El futuro de la Libertad*. Madrid, Taurus, 2003.

260 Cappellini, Paolo, vid. capítulo ii, «Pensar la excepción» y iii, «La ‘venganza’ de la teología política. Notas marginales a los procesos de normalización de la excepción en la época de la ‘democracia global’» de este volumen; Cappellini, Paolo, A. Cardone, Andrea, «Le sorti dell’eccezione nell’esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem», en AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 399-411; Cappellini, Paolo, «Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell’“Inverted Totalitarianism”», en M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, *Le regole dell’eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata, Eum edizioni, 2011, pp. 41-101.

Nos referimos, obviamente, a Luigi Einaudi (1874-1961). Pero antes de que —mediante un diálogo ‘imaginario’, realizado con la perspectiva kelseniana surgida de la reflexión de los años veinte del siglo xx «sobre la democracia en dificultad», entre las Constituciones de Weimar (1919) y ‘su’ Constitución austriaca (1920)—²⁶¹ retomemos un texto tal vez poco recordado por no decir olvidado de Einaudi, nos parece necesario recorrer por un momento, a grandes rasgos, las vicisitudes relativas al desarrollo del estado de sitio o de emergencia analizando los movimientos de la Asamblea Constituyente italiana. Un hecho este que, posteriormente, fue objeto de un gran esfuerzo interpretativo por parte de algunos de los más relevantes constitucionalistas del siglo pasado.

Como es evidente, la redacción del proyecto de Constitución no se llevó a cabo en la amplia sede de la misma Asamblea. Para este propósito se conformó una Comisión de Constitución, también denominada «Comisión de los 75» por el número de sus componentes. Esta Comisión, a su vez, se subdividió en tres Subcomisiones que se consideraron los órganos técnicos, y en otros órganos internos de los que el más relevante fue el «Comité de redacción», el cual, en una determinada fase, se convirtió «en el órgano de elaboración de las enmiendas al *Proyecto de Constitución*, del que, por lo demás, también había sido redactor».²⁶²

Por consiguiente, «para la mayor parte de los títulos y secciones del texto constitucional hubo a) una fase de compilación de los trabajos precedentes; b) la predisposición de un texto

261 Kelsen, Hans, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, editado por M. A. Losano, Torino, Nino Aragno Editore, 2018.

262 Cfr. Bova, Sergio, «L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"», en *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, editado por E. Cheli, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 305-347. 340.

provisional («texto predispuesto por el Comité de redacción»); c) la recopilación y examen de las enmiendas, contraargumentos, etc.; d) la configuración de un «texto coordinado por el Comité de redacción», esto es, aprobado por todo el Comité. Además, se pospuso tanto la coordinación como la ubicación de algunas normas. En efecto, tras la conclusión de los trabajos del Comité, una parte de las mismas pasarían a la coordinación general que la Comisión había delegado en el Comité el 1 de febrero de 1947, en tanto que otras no se admitieron.

Entre estas últimas –y, desde luego, otro caso interesante en el que no podemos detenernos aquí es el de la libertad entendida como fundamento de la responsabilidad– se encuentra la norma que nos interesa, es decir, la relativa al estado de sitio. Había sido propuesta en un artículo específico por la Comisión Especial de la Segunda Subcomisión y posteriormente fue retomada, y aprobada, aunque con el voto en contra de Costantino Mortati,²⁶³ por la Segunda Subcomisión de la que formaban parte relatores de la talla de Mortati, Perassi y Paolo Rossi para lo concerniente al poder legislativo; Bozzi, La Rocca y Tosato para el Ejecutivo y Calamandrei, Leone y Patricolo para el judicial y las garantías constitucionales. Sin embargo, el Comité inicialmente pospuso «la coordinación y la ubicación» del artículo

Art... Queda prohibida la declaración del estado de sitio y cualquiera otra medida de suspensión total o parcial de las garantías reguladas por la presente Constitución.²⁶⁴

263 Carlassare, Lorenza, «Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati», en *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, editado por Mario Galizia e Paolo Grossi, Milano, Giuffrè, 1990.

264 Bova, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"*, cit., p. 329.

Es muy factible que esta posición de prohibición radical se inspirara, además de en la desconfianza en la necesidad como fuente del derecho que se mantendría en muchas construcciones posteriores, en los abusos, incluso muy graves, cometidos mediante una práctica antidemocrática bajo los estados de sitio decretados durante la vigencia del Estatuto, a los que, por ejemplo, aludió explícitamente Togliatti en la Primera Subcomisión, por cierto con el pleno respaldo del liberal Lucifero y el demócratacristiano Rossetti. Pero también, y quizá sobre todo, en el recuerdo del resultado desfavorable que supuso para la democracia de Weimar el uso del famoso artículo 48 de esa Constitución por parte del presidente Hindenburg.²⁶⁵

Lo cierto es que «el artículo se convirtió en el 74 del primer borrador impreso del *Texto aprobado por la Comisión*». Posteriormente, debido a cambios en la colocación y numeración, pasaría a ser en el segundo borrador el artículo 91, y en el tercero, el 93, pero con una redacción ligeramente diferente:

Art. 74. No se puede declarar el estado de sitio o adoptar cualquier otra medida de suspensión de las garantías reguladas por la Constitución.

265 Schmitt, Carl, «La Dittatura del Presidente del Reich secondo l'art. 48 della Costituzione di Weimar» (1924), en Carl Schmitt, *La Dittatura*, editado por Antonio Caracciolo, Roma, Edizione del Settimo Sigillo, 2006, pp. 249 ss. (Traduc. española, *La dictadura. Desde los comienzos de del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletariado*. Traducción de José Díaz García. Madrid, Revista de Occidente, 1968). Vid. también Gusy, Christoph, «Die Änderung der Weimarer Verfassung», en ZNR, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, 18. Jahrgang 1996 Nr. 1/2, pp. 44-65; Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren. Hrsg. von Christoph Müller und Ilse Staff, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985; Mortati, Costantino, *La Costituzione di Weimar. Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti*, Milano, Giuffrè, 2019 (traducc. española incluida en *La Constitución de Weimar (La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*. Madrid, Tecnos, 2010); Bisogni, Giovanni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

Finalmente, en el cuarto, y de forma casi misteriosa, el artículo «fue eliminado sin ningún comentario ni observación».²⁶⁶

Aun así, la más conspicua doctrina constitucionalista italiana, recurriendo a una parábola similar a la utilizada en relación con el artículo que preveía expresamente el ‘derecho de resistencia’ (la ‘resistencia a la opresión’ en la memoria revolucionaria),²⁶⁷ que también fue posteriormente anulado aunque algunos consideran que se puede deducir del sistema,²⁶⁸ se ocupó, implícita o explícitamente, de esa prohibición incluida en una Constitución que se quería que fuera aún más rígida. Y lo hizo bien negando por la vía de los principios la existencia de

266 Sergio Bova, *L'elaborazione della Carta Costituzionale nel «Comitato di redazione»*, cit., p. 330.

267 Cfr. *Classici del Liberalismo e del Socialismo. Le Carte dei Diritti*, editado por F. Battaglia, Firenze, Sansoni Editore, 1934, pp. 118-119 y 127-131 (Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo e del Cittadino, 1789, art.2; Dichiarazione dei Diritti dell’Uomo adottata dalla Convenzione Nazionale il 29 maggio 1793, art. 1 y art. 29: «In ogni governo libero, gli uomini devono avere un mezzo legale per resistere all’oppressione, e, quando questo mezzo è impotente, l’insurrezione è il più santo dei doveri» «En todo gobierno libre los hombres deben tener un medio legal para resistir a la opresión. La insurrección es el más sagrado de los deberes cuando este medio es insuficiente».

268 Serra, Teresa, «Il ‘diritto’ di resistenza in Costantino Mortati», en *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015*, editado por Fulco Lanchester, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2017, pp. 141-156, quien recuerda cómo Mortati, aun siendo consciente de su ‘carácter metajurídico’, había propuesto una célebre enmienda en la Asamblea Constituyente del siguiente tenor: «Es derecho y deber de los ciudadanos, individuos y asociaciones, oponer la resistencia necesaria para reprimir la violación de los derechos individuales y de las libertades democráticas por parte de la autoridad pública». Fue posteriormente retomada en el asimismo famoso artículo 50 del Proyecto de Constitución, nunca aprobado, que establecía que «Cuando los poderes públicos violen las libertades y derechos fundamentales garantizados por la Constitución, la resistencia a la opresión es un derecho y un deber del ciudadano». En el marco de la discusión (sesión del 5 de diciembre de 1946), Mortati consideró suficiente el sistema de garantías positivas introducido en la Constitución destinado a proteger los derechos de los ciudadanos contra los abusos de los órganos supremos de la República. Sin embargo, en la década de los setenta, cambiando de opinión respecto a la ‘tenencia’ de esas garantías positivas, al comentar el artículo 1 de la Constitución, Mortati creía «que el derecho de resistencia se deducía de la lectura conjunta de los artículos 1.º y 3.º, párrafo segundo, de la Constitución» (p. 145), entendiéndolo como un derecho destinado a preservar la Constitución.

las facultades de excepción o de emergencia, o, en el caso de admitirlas, tendió a limitarlas todo lo posible para restablecer el orden violado a la mayor brevedad.

Razones de Estado y Razones de la Persona, la tensión existente entre la idea de la concentración del poder de decisión y la de su necesario ejercicio democrático, entre la libertad y la seguridad, se enfrentan en una escena sutil y extremadamente arriesgada, sobre todo por la dimensión personalista y garantista.²⁶⁹ No sorprende, por tanto, que, por ejemplo, Paolo Barile, líder de los constitucionalistas florentinos, discípulo de Calamandrei, combativo partidista y ‘Partisano de la Constitución’,²⁷⁰ llegara, culminando así su reflexión sobre las libertades fundamentales, hasta el extremo de «considerar inadmisibles las derogaciones o suspensiones de la Constitución, salvo las realizadas por la ley constitucional».²⁷¹

Pero también Giuseppe Ugo Rescigno halló la oportunidad de someter a examen la pretensión de encontrar el fundamento de las medidas de emergencia suspensivas de las garantías constitucionales en la necesidad como fuente de derecho. De hecho, «le niega el derecho de ciudadanía en nuestro ordenamiento jurídico, tanto si se estima que se deriva de la obligación de las autoridades de satisfacer las necesidades públicas que les son confiadas y que la necesidad actualiza, como si se considera una fuente de producción, que actúa por su fuerza intrínseca (pero que luego, precisamente porque se refiere a

269 Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., pp. 479-480.

270 Cfr. Cannone, Marco, «Paolo Barile: il giurista delle libertà», en *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie, 3/2020 (año XI, fascículo 139), Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa, Marco Cannone, Enzo Cheli, Stefano Grassi, Valdo Spini, pp. 23-104.

271 Barile, Paolo, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, il Mulini, 1984, pp. 450-451; cfr. Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., p. 480.

acontecimientos imprevisibles, llevaría a la violación de sí misma)». Rescigno llega a sostener

que en la rígida constitución actual no es posible reconocer un poder general e ilimitado de derogación solo porque la necesidad lo exige, pues de lo contrario, debemos llegar a la conclusión de que no es la Constitución, sino la Necesidad, la fuente suprema.²⁷²

Se trata esta de una tesis que, al no poder negar

la imposibilidad de reprimir circunstancias extraordinarias a las que no se puede hacer frente con medidas legales, precisamente conduce de una manera directa al terreno del derecho de resistencia. Es decir, a la admisión de que son posibles excepciones a la ley escrita, pero como hechos factuales, expuestos a la resistencia de los ciudadanos y a la no aplicación por parte de los jueces, y como una fuente de responsabilidad para quienes los llevaron a cabo, en tanto que su amnistía sería posible en virtud de un acto posterior legítimo que, en conformidad a la ley, esté autorizado para legalizar el acto ilegal anterior.²⁷³

También el propio Paladin, discípulo de Vezio Crisafulli, y por lo tanto vinculado a una corriente de pensamiento constitucional particularmente sensible con los perfiles democráticos de la reflexión jurídica,²⁷⁴ después de haber negado el carácter

272 Cfr. Rescigno, Giuseppe Ugo, «Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza», en *Novissimo Digesto Italiano*, XII, 1969, 98ss., cit. secondo Mortati, Costantino, Istituzioni di Diritto Pubblico, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata. Padova, Cedam, 1976, p. 714.

273 Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., pp. 714-715.

274 Crisafulli, Vezio, *Politica e Costituzione. Scritti "militanti" (1944-1955)*, editado por Sergio Bartole e Roberto Bin. Milano, Franco Angeli, 2018.

de fuente a la necesidad pero con el fin de asignar al Parlamento un papel central en la adopción de tales medidas, sostuvo la tesis «de que las necesidades extraordinarias pueden ser atendidas sobre la base del artículo 78, que debe considerarse aplicable incluso sin la declaración de guerra (Las Cámaras deliberan sobre el estado de guerra y otorgan al Gobierno los poderes necesarios).²⁷⁵ Por consiguiente, por analogía (estado de emergencia exterior frente a estado de emergencia interior), es el Parlamento el que concede los poderes necesarios al Gobierno a través de una declaración (suya, no del Gobierno) sobre el estado de emergencia.

Otra sagaz tesis, proveniente asimismo de las filas de quienes se inclinan a negar, por razones lógicas o garantistas, la referencia a la necesidad, fue la adelantada por Carlo Esposito, un constitucionalista particularmente original, discípulo de Santi Romano y exponente de un positivismo «crítico» muy *sui generis*.²⁷⁶ Partió del supuesto de que «la necesidad, en su vaguedad, no puede ofrecerse como fuente de competencias jurídicas específicas y determinadas». Por ello, ante «la exigencia de encontrar en el sistema un instrumento adecuado para justificar intervenciones excepcionales que requieran superar los límites constitucionales», cree que, en este caso, se puede partir del análisis textual del artículo 77; es decir, de la norma constitucional que prevé, entre otras cosas, la posibilidad de dictar decretos-leyes:

Art. 77. El Gobierno no podrá dictar decretos que tengan fuerza de ley ordinaria sin delegación expresa de las Cámaras.

275 Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., p. 716.

276 Cfr. por lo menos, Esposito, Carlo, *La Costituzione Italiana. Saggi*. Padova, cedam, 1954.

Cuando, en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia, el Gobierno adopte, bajo su responsabilidad, medidas provisionales con fuerza de ley, deberá presentarlas el mismo día a las Cámaras para su conversión en ley; estas, incluso hallándose disueltas, serán convocadas a tal efecto y se reunirán en el plazo de cinco días.

Los decretos perderán todo efecto desde el principio si no se convierten en ley en el plazo de sesenta días a partir de su publicación. Sin embargo, las Cámaras podrán regular por ley las relaciones jurídicas surgidas como consecuencia de los decretos que no hubieran sido convertidos en ley.

La tesis de Esposito es verdaderamente sutil. En efecto, «de la comparación entre el párrafo primero del artículo 77 (que se refiere a los actos legislativos del Gobierno, los cuales se arrogan el “valor” de ley “ordinaria”) y el segundo (que, en cambio, se refiere a las medidas con “fuerza” de ley) deduce que existen elementos suficientes para sugerir que con esta última fórmula se pretendía atribuir la fuerza de ley en general; por lo tanto, se incluyen también las constitucionales. Esta solución no se vería obstaculizada por el hecho de que se confíe a una ley ordinaria la conversión de las medidas que suspenden la Constitución, porque la ley de conversión es una ley especial que está vinculada a la naturaleza de la medida que se va a convertir».

Podría haber entonces decretos-leyes (pero solo dictados por el Gobierno) que suspendieran las normas constitucionales, pero también en este caso el Parlamento debería desempeñar un papel central y ser llamado a intervenir inmediatamente. Entre otras cosas, se podría añadir, entre paréntesis, —si estuviera permitido aquí realizar una intervención integradora *ex post* de la tesis basándose en la analogía ‘comparativa’ con el

artículo 19 de la *Grundgesetz* (Constitución) alemana que, a decir verdad, confía solo a la ley, o a los actos basados en una ley, «general y no válida solo para el caso individual», la posibilidad de limitar los derechos fundamentales—, que este acto del Gobierno, ese decreto-ley, debe referirse «al derecho fundamental limitado sobre la base de la indicación específica del artículo de la Constitución en el que está contenido» y, sobre todo, que «en ningún caso un derecho fundamental puede ser tocado y afectado en su contenido esencial (in *seinem Wesengehalt*)»²⁷⁷ (en su esencia)».

No en vano, inspirándose probablemente en los acontecimientos que vieron actuar, primero, a Víctor Manuel III «con un verdadero *Coup de Majesté* propio del Antiguo Régimen el 25 de julio de 1943» y, después, a Humberto de Saboya como su lugarteniente, para intentar asegurar la continuidad del Estado alejando a Italia de la dirección fascista de la guerra, fue el mismísimo Carlo Esposito quien adelantó la teoría —de la que desafortunadamente en este año crítico y trágico nadie parece haberse acordado— «del Jefe de Estado como gobernante del Estado en tiempos de crisis sistémica». O, como también podría decirse, ‘custodio’ o guardián de la Constitución.²⁷⁸

De hecho, según Esposito, «es en estas situaciones cuando el soberano [hoy presidente de la República] debería haber asumido el papel de salvador de la patria para conjurar la desintegración del Estado».²⁷⁹ Es esta una posición que, podríamos

277 Cfr. Jarass/Pieroth, GG. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*. 14. Auflage, München, C. H. Beck, 2016, art. 19, p. 480ss.

278 Schmitt, Carl, *Il custode della costituzione* (1931), editado por Antonio Carracciolo, Milano, Giuffrè, 1981. Traduc. española, *La defensa de la Constitución*. Traducción directa del alemán por Manuel Sánchez Sarto. Madrid/Barcelona, Labor, 1931 (Madrid, Tecnos, 1983 y 1989).

279 Esposito, Carlo, «Capo dello Stato», en *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 224 y sobre este tema el excelente trabajo de Mastropaolo, Antonio, «2 Giugno 1946. Referendum o plebiscito?», en *Costituzionalismo.it*, Fascicolo n.º 2/2016 –Saggi e

decir, alcanza las actuales posturas críticas con los instrumentos que el Gobierno eligió en Italia para anunciar el estado de emergencia tras la epidemia de Covid-19 y para su gestión.²⁸⁰

Pero antes de detenernos en este punto, aún queda por examinar una singular e importante propuesta, por más que sea aislada. Porque si bien es verdad que se percibe cierta afinidad en algunos párrafos con alguno de los aspectos identificados por Rescigno y Esposito, inmediatamente deriva hacia una posición absolutamente original. Es la de Costantino Mortati. Un Mortati ‘sustancialista’, como preferimos definirlo aquí, quien, a diferencia de los autores ya mencionados, estaba convencido del atractivo de la necesidad como ‘fuente’ y cuyas afirmaciones doctrinales siempre se caracterizaron por una atención insistente y capilar a los aspectos sustanciales del derecho.

Como ya se ha expuesto, cuando, en la Asamblea Constituyente, la Segunda Subcomisión (Sección I) aprobó en la sesión del 11 de enero de 1947 el artículo en su primera versión, que contenía la prohibición expresa de la declaración del estado de sitio y de la suspensión de las garantías constitucionales, quedando únicamente abierta, como precisó el presidente Terracini, la cuestión de su ubicación en el texto constitucional, Mortati, que era partidario de una regulación expresa, precisamente para limitar y garantizar el ejercicio de un poder cuyo uso en circunstancias excepcionales le parecía que no podía excluirse y que debería autorizarse disciplinándolo «dentro de esos límites y con esas garantías que, aun teniendo un valor relativo, siempre constituyen un obstáculo para un posible abuso», votó en contra. Ponía así de manifiesto su «absoluta oposición (...) a la introducción en la Constitución de una prohibición expre-

articoli– Parte I, pp. 103-138, 117 y nota 10.

280 Vid. a modo de ejemplo *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, editado por Ermanno Calzolaio, Massimo Meccarelli, Stefano Pollastrelli, Macerata, eum, 2020.

sa».²⁸¹ Era una prohibición (que luego se convirtió en un silencio que podríamos definir, con toda justicia, 'hostil') porque, como señala Lorenza Carlassare con aguda percepción, «en la conciencia común estaba demasiado vivo el sentido del peligro implícito que conllevaba la atribución a los órganos del Estado la facultad de suspender la Constitución y sus garantías».²⁸²

Mortati intentó entonces, sacando a relucir su arraigada motivación democrático-garantista que contrastaba con las demás, encontrar un último impedimento. Es decir, propuso, llegados a ese extremo en que se aproximaba la aprobación, una enmienda adicional que previera al menos una excepción a esa prohibición en el «caso de movimientos insurreccionales destinados a establecer la dictadura». Pero tampoco esta propuesta fue aceptada.²⁸³

Él, que era partidario de una regulación expresa del estado de emergencia en la Constitución, precisamente porque era consciente de que los hechos nunca pueden ser contemplados completamente en las normas y que, por lo tanto, no había formas definitivas de «eliminar la exigencia de invocar la necesidad como fuente (*autónoma*), porque nunca son totalmente previsibles los casos y las formas en que puede presentarse»,²⁸⁴ continuó confrontando e interpeándose sobre el tema durante toda su vida, presentando lo que para él era una opción, pues de eso se trataba dado el silencio final de la Constitución. Pero era una opción lo más respetuosa posible con los principios básicos del ordenamiento constitucional.

281 Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., p. 481. También es pertinente el artículo de Cerchi, B., «Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea Costituente», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981, pp. 1108ss.

282 Carlassare, *ibid.*

283 Carlassare, loc. ult. cit.

284 Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padova, Cedam, 1962, p. 654.

Y, ciertamente, no eligió un camino de fácil acceso como el que, como expondremos más adelante, parece transitar mucha doctrina actual aferrada a una *lectio faciliior* del artículo 77, también muy alejada del intento reconstructivo de Esposito. Sobre todo, porque, incluso en esta ocasión derrotado y en solitario, Mortati fue en la Constituyente un adversario feroz que se opuso bravamente (por una especie de armonía oculta) a la introducción en la Constitución de una regulación expresa de los decretos-leyes.

Es la suya una oposición vinculada al hecho de que, salvo en casos excepcionales comprobables en la historia parlamentaria, no son más que «un pretexto que el Gobierno —y por ello, la burocracia— utiliza para decretar a su voluntad»; un abuso continuado contra el que habría que reaccionar «prohibiendo al Gobierno dictar cualquier medida de urgencia de forma autónoma», principalmente cuando tales decretos ‘urgentes’ casi siempre están «disfrazados de tales por los directores generales que los improvisan en el último momento, contribuyendo a formar esa legislación atropellada, caótica y contradictoria de la que todos los ciudadanos son víctimas». No solo es peligrosa para el principio democrático la tentación que generan en el Gobierno de abusar de los mismos, sino también y sobre todo porque crean un contexto que «excita la condescendencia del Parlamento, que tiende a descargarse de las tareas que le corresponden» y, por lo tanto, conducen «inevitablemente a una invasión por parte del Ejecutivo», es decir, a la «intrusión de la burocracia en la formación de la ley». También reviste una importancia significativa el argumento aportado por Mortati acerca de la modalidad misma de la eliminación, que tal vez va más allá del caso concreto que puede ser utilizado con perspectiva, especialmente con la perspectiva de la suspensión de los derechos garantizados constitucionalmente. Para llevarla a cabo

bastaría con el silencio, ya que, en una Constitución rígida, que aplica el principio de separación de poderes, «no cabe duda de que el silencio equivale a prohibición».²⁸⁵

No es este el lugar para destacar la pertinencia de las observaciones de Mortati sobre el tema del decreto-ley que la práctica posterior ha confirmado. Lo que, sin embargo, es importante subrayar, teniendo presente la comprensión exacta de la posición que Mortati adopta sobre el tema del estado de emergencia, es que en ningún caso puede leerse pura y simplemente como una invocación al instrumento del decreto-ley, tal y como se reguló posteriormente en el artículo 77 de la Constitución. De hecho, en la reflexión articulada, pero sustancialmente coherente, que despliega a lo largo de las diversas ediciones de su manual de *Instituciones de Derecho Público*, Mortati acentúa los siguientes puntos:

a) En relación con el «estado de sitio», el «estado de emergencia» o «estado de peligro público» (guerra civil u otros acontecimientos de peligro general interno, según el tenor del art. 214 de la Ley de Policía de 18 de junio de 1931, n. 773, obviamente preexistente a la Constitución) no puede invocarse el artículo 78 de la Constitución relativo al estado de guerra, porque

se vendría de esta manera a constitucionalizar la hipótesis extraordinaria de la suspensión de partes más o menos amplias del orden constitucional, a través de un instrumento completamente anómalo como es el de la interpretación extensiva de una norma excepcional y además específicamente dirigida a

285 Se trata de las intervenciones realizadas en la Primera Sección de la Segunda Subcomisión el 21 de septiembre de 1946, traídas a colación oportunamente por Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione*, cit., p. 484.

permitir el ejercicio de la potestad presidencial a que se refiere el párrafo 9.º del artículo 87.²⁸⁶

b) Que en lo referente a «las restricciones excepcionales de la libertad de los ciudadanos», ‘ahora’, es decir, bajo la vigencia de la nueva Constitución democrática,

tales medidas, en caso de perturbación del orden público, solo podrían ser adoptadas por el gobierno con la forma y el modo del decreto ley. Admitir con esta medida el recurso al decreto-ley, que tiene fuerza de ley ordinaria, para derogar normas de carácter constitucional, plantea el problema de la fuente de validez de este tipo de ordenanzas de urgencia, y es evidente que eso no se encuentra en el artículo 77.

c) El órgano ordinario competente en última instancia sería entonces solo el órgano de revisión constitucional (de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución):

En efecto, solo el órgano de revisión constitucional debe considerarse idóneo para llevar a cabo la transformación de las disposiciones que, aunque fuere con carácter transitorio, hayan introducido una reforma en la Constitución.

d) Sin embargo, no puede realizarse este recorrido en su «pureza formal» debido a razones prácticas relacionadas con la puntualidad de las intervenciones, incluso las del Parlamento: «Pero el procedimiento de revisión es tal que requiere un tiem-

286 Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata, cit., 1976, p. 713.

po mucho más largo para su desarrollo que el impuesto para la conversión por el artículo 77».

e) En este punto entra en juego la necesidad, que permite la sustitución de un órgano ‘extraordinario’ por uno ordinario.

Por lo tanto, debe considerarse que las «suspensiones de la Constitución» a las que se hace referencia encuentran su justificación legal en la necesidad, que opera como fuente en el sentido de permitir la sustitución de un órgano extraordinario (el Gobierno) por el ordinario (el órgano de revisión), cuando este último no puede intervenir oportunamente para atender las exigencias relacionadas con la vida de la institución y que, en cuanto tales, son improrrogables.²⁸⁷

Si estas son las premisas del discurso, es evidente que este se mueve entre dos focos: por un lado, la referencia decisiva a la necesidad como fuente, que deja claro que las «suspensiones de la Constitución» no pueden *tout court* remitirse a interpretaciones (literales, extensivas, integradoras) del texto constitucional de referencia y, en este caso, a un artículo específico, es decir, el 77. Es, por tanto, evidente que no se toma en consideración la hipótesis, que luego se sustentaría por la doctrina,²⁸⁸ de que, «a pesar del silencio» de la Constitución, el decreto-ley «puede, cuando lo requiera la necesidad, suspender la Constitución».²⁸⁹

El otro foco se refiere a la reflexión sobre la función del Gobierno.

287 Mortati, Costantino, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Ottava Edizione rielaborata e aggiornata. Padova, Cedam, 1969, pp. 639-640.

288 Pace, Alessandro, «Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1982, pp. 143ss.

289 Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione* cit., p. 485.

Esta reflexión lo sitúa ciertamente en el centro, si bien sin ‘separarlo’ del Parlamento y del mismo presidente de la República, con la obvia finalidad de ajustar los poderes en el marco de unas líneas de conducta bien delimitadas.

En resumen, Mortati, una vez que fue descartada por la Asamblea Constituyente su propuesta de regulación explícita del estado de excepción («dentro de esos límites y con esas garantías que, aunque tengan un valor relativo, siempre constituirán un obstáculo para un posible abuso»)²⁹⁰ –y que, además, como ya se ha señalado, ante la ausencia (que él esperaba) de una regulación directa de los decretos-leyes–, había añadido que, donde, en casos excepcionalísimos, se hace imposible una rápida convocatoria del Parlamento, «no será grave ni peligroso dejar que el Gobierno promulgue... las medidas necesarias, cuya eficacia será *de facto*». No obstante, al tratarse entonces de «violaciones a la Constitución», se requeriría una intervención de las Cámaras encaminada a diseñar un ‘*bill* de inmunidad’ para remediar la responsabilidad asumida por el Gobierno.²⁹¹ En suma, tal y como decíamos, Mortati procede *ex post* a identificar las líneas de una nueva institución jurídica.

En cualquier caso, continúa sin resolverse el “problema” de la subsistencia de los poderes y de su modo de ejercerlos cuando las circunstancias fueren de tal naturaleza que impidan recurrir al procedimiento mencionado. La única solución consiste en volverse hacia una fuente de legitimidad *extra ordinem* como es la ‘necesidad’, que opera *per se* y opera válidamente en el sistema en la medida que se orienta al fin de asegurar su conservación. Sin embargo, queda la pregunta de quién es el competente para

290 Declaración realizada en la sesión del 11 de enero de 1947, llevada a cabo asimismo en la Segunda Subcomisión.

291 Carlassare, *Stati d’eccezione e sospensione*, cit., p. 484.

evaluar la existencia de la situación de emergencia y para declararla habilitando las correspondientes medidas. Que sea, en la medida de lo posible, el Gobierno, se deduce, además del carácter no intermitente de su actividad, de la responsabilidad que le incumbe en el mantenimiento de las condiciones necesarias para la vida en común y su recuperación cuando las mismas estén comprometidas.

La forma de ejercer semejantes facultades debe, sin embargo, elegirse teniendo muy claro el objetivo y no para ‘normalizar’ progresivamente el estado de excepción hasta hacer de él un instrumento permanente de gobierno. Todo lo contrario: se trata de ‘neutralizar’ la excepción haciendo que su gestión sea lo más cercana posible al orden constitucional porque esto es lo realmente ‘normal’:

También se plantea el problema de la forma de ejercicio de estos poderes y debe resolverse *en el sentido de reconectar* (en la medida de lo posible) *la situación excepcional con el orden establecido, en el sentido no solo de apartarse de él lo menos posible, sino de comenzar su reintegración*. Ahora bien, parece que el instrumento más adecuado para estos fines es el decreto-ley, *en lugar del decreto puro y simple (dictado por el Consejo de Ministros y nunca por el Ministro del Interior, como permitía el citado artículo 214)*, ya que, si bien es cierto que ambos, en la deliberación de los estados de excepción, vinculan la responsabilidad del Gobierno con la del Jefe de Estado que la hace operativa, *el primero, al aplazar y someter al Parlamento el juicio sobre lo que el Gobierno ha hecho en estado de necesidad, sirve mejor para el restablecimiento del orden constitucional*.

Apartarse lo menos posible del orden establecido y comenzar cuanto antes su reposición. Estas dos expresiones de orden apelan, sin embargo, a un procedimiento que sea asimismo el adecuado para responder a las ‘violaciones constitucionales’ (que, aunque temporales, sirven en esa fase como ‘enmiendas’ a la Constitución). No se trata del uso del decreto-ley recogido en el artículo 77, que, recordemos, tiene rango de ley ordinaria y, por lo tanto, no puede suspender la Constitución y los derechos de libertad previstos en ella, sino de un acto diferente.

Es un acto que reviste la *forma* de un decreto-ley, pero con un significado y recorrido absolutamente propios:

Es evidente, sin embargo, que el recurso a la *forma* del decreto-ley tendría *en este caso una función y unos efectos diferentes de los que le son propios, porque serviría para invertir inmediatamente en el Parlamento el examen de la existencia de estas necesidades, pero no con el fin de convertir el decreto en ley (para lo cual carecería de competencia), y menos aún para prolongar su efectividad, sino solo para permitir un juicio político sobre la idoneidad de la medida (que se considere «ilegal» pero «no antijurídica»*, porque está legitimada por una fuente que prevalece sobre la ley), así como para hacer valer, en caso de una evaluación negativa, las responsabilidades correlativas, o, en el caso contrario, emitir una decisión de descargo, algo así como un *bill* de indemnidad. *El hecho de no recurrir a la forma de la ley ayuda a poner de manifiesto la extrañeza del procedimiento con respecto al del artículo 77. Se podría dictar una ley, pero solo para regular los efectos de la medida en la parte que le hubiera sido permitida al legislador ordinario.*²⁹²

292 Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata, cit., 1976, pp. 713-714. La cursiva es nuestra.

La ‘vía estrecha’ del itinerario de Mortati, en el que, como se habrá observado, el realismo de fondo va acompañado de un esfuerzo de construcción dogmático-formal que es todo menos indulgente con la responsabilidad civil del jurista, concluye, utilizando con originalidad y explícitamente la distinción/oposición schmittiana entre legalidad y legitimidad, con una nota de lo que nos gustaría llamar con confianza ‘resignada’ en la capacidad real de la forma jurídica para erigirse como una barrera contra el abuso del poder, pero con la convicción de que entonces corresponde al pueblo soberano preservar, de todas las formas imaginables, el orden constitucional democrático.

En efecto,

como conclusión de las consideraciones anteriores, se puede afirmar que el problema de las excepciones a la Constitución fuera de los casos en que esta las permite se resuelve distinguiendo entre «legalidad», entendida como la estricta observancia de la ley escrita, y la «legitimidad», en correspondencia con las exigencias no previstas por esta, pero que son, sin embargo, tan esenciales que condicionan su supervivencia. Con más razón que para los decretos-leyes, es necesario: comprobar la existencia real de la urgente necesidad de actuar *contra constitutionem*, la idoneidad constitucional de las medidas adoptadas y validar o exonerar de responsabilidad, *pero no mediante un procedimiento de conversión en ley, sino con juicios de congruencia llevados a cabo por las dos cámaras*.²⁹³

Sin embargo, como ya se ha mencionado, Mortati es consciente de que la diferente construcción dogmática no basta por sí sola para superar ‘la tiranía de la mayoría’, es decir, la presu-

293 Ibid., p. 715. Las cursivas son igualmente nuestras.

mible unión entre la mayoría gubernamental y la equivalente mayoría parlamentaria.²⁹⁴ Escribe:

Es, pues, superfluo observar que *la complejidad del procedimiento de amnistía no protege contra el peligro de arbitrariedad cuando se llevan a cabo suspensiones de normas constitucionales, dado que estas se confían a la mayoría que apoya al Gobierno que concede dicha amnistía. Solo la resistencia de la oposición en el seno del Parlamento y la resistencia popular fuera puede hacerle frente, incluso dando lugar a cambios en el alineamiento de las fuerzas políticas con el fin de impugnar la amnistía y también para promover un eventual procedimiento judicial.*²⁹⁵

294 Mucho tiempo atrás, también un liberal tan distinguido como Matteucci, Nicola, *Breve storia del costituzionalismo* (1961). Introducción de Carlo Galli. Brescia, Morcelliana, 2010, señaló cómo el principio de la separación de poderes, en su forma clásica, debía considerarse inadecuado para describir la realidad constitucional de las democracias de masas de posguerra: «El principio de la división de poderes, tanto en la versión de Montesquieu como en la de Kant, parece muy poco apropiado para describir la realidad de nuestros sistemas parlamentarios. Sin duda era más adecuado para un sistema social en el que se daban dos o tres poderes sociales, el del rey, el de la nobleza y el del pueblo y no para el nuestro, basado en el gobierno de la mayoría. Ciertamente, el gobierno de la mayoría puede tolerar procedimientos complejos, como el sistema bicameral y las prerrogativas del jefe de Estado, pero estos procedimientos no constituyen ni un límite ni una división de su poder. De hecho, el partido que obtenga mayoría en las elecciones también tendrá la mayoría en ambas cámaras y, con toda probabilidad, el jefe de Estado saldrá de sus filas. En resumen, hay un solo poder, el poder político de la mayoría gobernante». (p. 34). De ahí la importancia de reevaluar a fondo, con Charles Howard MacIlwain, el principio fundamental del constitucionalismo —nacido en la Edad Media, pero también decisivo para el carácter (todavía necesariamente) liberal de nuestras democracias—, esto es, la limitación del poder a través de la ley, «la supremacía de la ley» entendida en el sentido del rule of law. Sobre el tema, véanse también las excelentes páginas de D'Atena, Antonio, *Lezioni di diritto costituzionale*. Cuarta edición, Torino, Giappichelli Editore, 2018, cap. III La Liberal-Democrazia, pp. 47-75. Cfr para Brasil, Salgano, Desiree *Constituição e Democracia. Título por título em um desenhno (quase)lógico: Vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte, Ef Editora Fórum, 2007.

295 Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata, cit., 1976, p. 714, nota 1, las cursivas son nuestras. Cfr. también Carlassare, *Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati*, cit., pp. 486-490.

Y es asimismo superfluo observar otra vez –debido también a un singular y reciente descuido: la indiferencia hacia su propia historia, que parece ‘infectar’²⁹⁶ a un sector como el del constitucionalismo, que vive de la historia–²⁹⁷ que las páginas de Mortati (por no hablar de las de un Barile) no parece que, como si este fuera su destino, hayan sido tenidas en cuenta en la fase actual de la emergencia y en la evaluación de la constitucionalidad de las medidas adoptadas para la contención. Tal y como los define un importante manual institucional, ubicándolos de manera muy significativa al final del capítulo dedicado a los derechos de libertad: «La disciplina excepcional y provisional derivada de la lucha contra la pandemia de Covid-19».²⁹⁸

Ciertamente, el itinerario seguido por el Gobierno italiano ha sido, desde el principio, completamente diferente. Y con la misma certeza, se puede decir que la percepción de la gravedad de la crisis –y el «cierre de filas» implícito en los mensajes de lucha común contra la emergencia– han favo-

296 (N. de la T.). El profesor Cappellini a través del sintagma (“in(af)fettare”) lleva a cabo un juego morfológico que no es posible en castellano: «Inaffettare» (desafectar) e «infettare» (infectar) pero que, como explica a continuación, tiene un profundo significado en el sentido de que expresa cómo la producción constitucionalista aparece limitada a causa de la indiferencia hacia su propia historia constitucional.

297 Andrea Cardone ofrece una reconstrucción significativa de las vicisitudes históricas acontecidas a partir de la Asamblea Constituyente en «Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia», en *Osservatorio sulle fonti*, fasc. special 2020., pp. 313-350. Disponible en: <http://www.osservatoriosullefonti.it>. Sin embargo, en este texto, que, a partir de un rechazo radical a apelar a la necesidad como fuente, va dirigido a criticar, por un lado, los intentos de volver a proponer una regulación explícita de la emergencia en la Constitución, y, por el otro, el camino elegido por el Decreto-Ley del presidente del Consejo de Ministros en lugar del uso de las ordenanzas de contingencia y urgencia, tal como se configuran en el Código de Protección Civil, se sigue subestimando el alcance, al menos heurístico, de la posición de un Mortati (o la de Barile).

298 Caretti, Paolo, De Siervo, Ugo, *Diritto Costituzionale e pubblico*. Cuarta edición, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 580-581.

recido una cierta indulgencia constitucional (y constitucionalista) en relación con las cuestiones críticas que surgieron, especialmente las relativas a la elección del modelo de la ‘cadena normativa’.

Es verdad que se han alzado voces más que autorizadas; sin embargo, se tiene la sensación de que han permanecido bastante aisladas y, en cualquier caso, de que no son escuchadas en los foros realmente ‘competentes’. Así, por ejemplo, el 28 de abril de este año, en el informe sobre *La actividad del Tribunal Constitucional en 2019*, la entonces presidenta de la Consulta, Marta Cartabia, demostrando una memoria histórica al menos más depurada que la de muchos de sus colegas, subrayó que

Nuestra Constitución no contempla un derecho especial para el estado de emergencia según el modelo del artículo 48 de la Constitución de Weimar o el artículo 16 de la Constitución Francesa, el artículo 116 de la Constitución Española o el artículo 48 de la Constitución húngara. Fue una elección consciente. En la Carta Constitucional no existen cláusulas de suspensión de derechos fundamentales que puedan aplicarse en tiempos excepcionales, ni medidas que permitan llevar a cabo en tiempos de crisis alteraciones en la estructura de los poderes.²⁹⁹

Y a alteraciones en la estructura de los poderes se refiere asimismo Sabino Cassese, uno de los más profundos conocedores del Derecho Administrativo –trataremos más adelante sobre el carácter administrativo de los Decretos del primer

299 Cartabia, Marta, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019. Sintesi*, 28 abril 2020. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_cartabia_2.sintesi.pdf, p. 17.

ministro, que tal vez fue determinante para su elección como instrumento principal— y también magistrado constitucional emérito. Lo hace cuando subraya que

En vez de abusar de los decretos del Presidente del Consejo de Ministros, era suficiente con recurrir, al menos en el caso de los más importantes, a los decretos presidenciales... en su lugar hemos asistido a la sustracción de un poder que hubiera sido mucho más autorizado si se hubiera ejercido a través de actos presidenciales. Tal vez es excesivo hablar de usurpación de poder, pero se aproxima mucho a la misma.³⁰⁰

Pero en la mayor parte de los casos se ha considerado, sin embargo, «que a pesar de las indudables tensiones que afectan al sistema constitucional no hemos causado un daño grave».³⁰¹ O también que —aunque aparentemente se está construyendo una jerarquía singular entre derechos inviolables que privilegia los de carácter ‘cívico’, cuestión esta que trataremos en la conclusión— si se detecta preliminarmente, como se hizo, la existencia de «incluso algunos errores» en los decretos-leyes ‘marco’ con respecto a los Decretos del primer ministro de la Presidencia del Consejo, se afirma que, todo sumado, nos sitúa ante la presencia de «una disciplina que no solo era cambiante en función de la evolución de la pandemia, sino temporal y que, *en cualquier caso, no se refería a las libertades políticas, a la libertad de expresión del pensamiento y a la libertad personal, entendida en sentido estricto*».³⁰² En otras palabras, parece que se ha llevado

300 Armaroli, Paolo, Cassese, Sabino: «La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi», en *il Dubbio*, 14 abril 2020, www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi/.

301 En este sentido, por ejemplo, Di Cosimo, Giovanni, «Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza», en *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, cit., p. 31.

302 La fórmula ‘alivio’, ya que al menos... (no tocó estos derechos) parecería introdu-

a cabo una derogación temporal y parcial del dictado constitucional, pero solo orientada a la contención de un peligroso acontecimiento extraordinario. Por lo tanto, su legitimidad parece que se confía a la evaluación de su razonable proporcionalidad con respecto a la emergencia acaecida.³⁰³

Naturalmente, a veces se enumeran, incluso con gran minuciosidad, los temas y momentos de fricción, como por ejemplo señala Di Cosimo sintéticamente:

Esto no significa que desde el punto de vista constitucional todo haya ido bien. Por el contrario, han surgido importantes cuestiones críticas como resultado de la impostación por la que se optó en el primer decreto ley del 23 de febrero de 2020 que se refiere a otro instrumento, el decreto del presidente del Consejo. De esta manera, el Gobierno pone en marcha una cadena normativa que vincula el decreto ley con el del presidente

cir una variante inesperada también en el contexto de la discusión sobre el asunto de los límites a la revisión (y suspensión) constitucional. Es este un tema que, obviamente, aquí solo nos limitamos a mencionar: cfr. Pace, Alessandro, «I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo», en *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015*, cit., pp. 47-53.

303 En este sentido Caretti, De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico*. Cuarta edición, cit., pp. 580-581. Massimo Luciani, llega a conclusiones aún más positivas en «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», en *Rivista AIC*, n.º 2, 2020, pero sobre la base de una valoración diferente (no solo con respecto a los colegas, diríamos que también en relación al procedimiento declarado por el propio Gobierno), al sostener que la fuente de los decretos del presidente del Consejo de Ministros además de en los decretos leyes, se encuentra en el Código de Protección Civil, que, según la reconstrucción de Caretti y De Siervo (loc. ult. cit.), no fue tomado en consideración (y no podía considerarse) dada la naturaleza misma de su disciplina. «La misma disposición de la legislación sobre protección civil de las situaciones de emergencia (se prevé la posibilidad de "ordenanzas que deroguen cualquier disposición en vigor") parece referirse a acontecimientos de menor importancia y, en cualquier caso, solo afecta a organismos, que, aunque sean relevantes y titulares de importantes poderes de ordenanza, carecen de una plena representatividad política y, por lo tanto, son inadecuados para imponer comportamientos vinculantes a toda la comunidad nacional, algo que es indispensable en las situaciones graves de pandemia». Andrea Cardone tiene una opinión diferente, en el texto citado en la nota 43.

del Consejo de Ministros. Y así, el primero tiene la función de enunciar las medidas para contener la epidemia y el segundo de aplicarlas en la práctica.

El modelo de la cadena normativa deroga sin un motivo claro el preexistente para la gestión de emergencias recogido en el Código de Protección Civil.³⁰⁴ Aparte de esto, el aspecto más controvertido de esta impostación es que permite que actos administrativos, como son los del presidente del Consejo de Ministros limiten libertades y derechos. La verdad es que la base jurídica de tales actos se constituye por el decreto-ley, es decir, por una fuente primaria. Pero esto no es suficiente para disipar todas las dudas de legitimidad por cuanto es necesario respetar las reservas legales previstas en el texto constitucional. El problema se plantea en particular cuando el decreto-ley no delimita adecuadamente el ámbito de actuación del Presidente del Consejo de Ministros, como ocurre con el ejemplo del artículo segundo del Decreto Legislativo 6/2020 que atribuye poder al acto administrativo sin delimitarlo ni formal ni sustancialmente.³⁰⁵

Hubiéramos asistido entonces —a pesar de todo lo que *olim* ('en un tiempo') parecía evidente, incluso con relación a las ordenanzas para las que era obvio que la «reafirmación del carácter administrativo atribuido a la medida... debería excluir toda posibilidad de limitación de la libertad personal, pues tales limitaciones están fuera de la competencia administrativa»³⁰⁶ a la aparición de un acto administrativo, el Decreto del primer

304 Vid. lo apuntado por Caretti y De Siervo, citados en la nota anterior.

305 Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, cit., pp. 31-32.

306 Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata, cit., 1976, p. 719.

ministro, capaz de suspender (o derogar) las garantías constitucionales de los derechos inviolables.

Tampoco parece convincente la tesis (de claras reminiscencias hobbesianas) de que esto se hace legítimamente en nombre del derecho a la salud, que es el único derecho que aparece definido literalmente como «fundamental» en la Constitución, ya que está vinculado al derecho a la vida, y por lo tanto no es intercambiable, mientras que todos los demás derechos constitucionales, aunque son inviolables, estarían equilibrados entre sí. De hecho, incluso el derecho a la vida es innegablemente equilibrado como pone de manifiesto la legislación sobre la interrupción voluntaria del embarazo o, entre nosotros, el caso de la guerra.

En realidad, tocamos aquí una premisa tácita –por cierto, aceptada tal vez no tan inesperadamente por una gran parte de la opinión pública, que en este punto parece recordar inconscientemente la premisa hobbesiana del miedo a la muerte como sentimiento dominante en el estado de naturaleza que empuja a la construcción del Estado soberano moderno (pero, en realidad, leviatánico) como única instancia capaz de asegurar una desconfiada convivencia de ‘supervivencia’³⁰⁷ que conforma la base de todo el discurso. Esto es, que en la confrontación entre

307 Thomas Hobbes, Thomas, *Leviatano*. Saggio introduttivo di Carlo Galli, Milano, BUR Rizzoli, 2011, cap. XIII, «Della condizione naturale dell’umanità per quanto concerne la sua felicità e la sua miseria», pp. 127ss. (Me remito a la última edición en español: *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid, Alianza, 2018). También podría recordarse la parábola del Gran Inquisidor de Dostoyevski Vid. asimismo el hermoso ensayo de Ginzburg, Carlo, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Milano, Adelphi, 2015 (hay trad. española: Carlo Ginzburg, *Miedo, reverencia, terror. Cinco ensayos de iconografía política*, Prohistoria Ediciones y Contrahistorias, Rosario, 2018). Cfr. asimismo nuestro *Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell’“Inverted Totalitarianism”*, cit. supra sub nota 7.

la libertad y la seguridad (la salud), es esta última la que debe prevalecer.

En consecuencia, incluso la distorsión de los poderes —aunque realizada en conformidad a una dinámica que es evidente que ya había surgido con anterioridad dentro de las democracias, occidentales o no, como veremos mejor más adelante,³⁰⁸ y como los observadores más agudos ya habían observado desde el principio—³⁰⁹ cambia, y no poco, al menos en comparación con los modelos comúnmente conocidos. «Estas consideraciones ayudan a explicar el papel asumido en la gestión de la emergencia por el presidente del Consejo que, precisamente merced al uso sistemático y reiterado del decreto del presidente del Consejo de Ministros, ha acabado por dotar de homogeneidad a la escena. Su activismo ha marcado la clara prevalencia en comparación con los demás miembros del Gobierno y, lo que es más importante, ha opacado a las Cámaras, *dado que los decretos del presidente del Consejo de Ministros son actos no sometidos a control parlamentario*». Y así, el Parlamento no se pronunció sobre las medidas restrictivas hasta el 5 de marzo [la declaración del estado de emergencia se remontaba al 31 de enero], en el momento de la conversión del primer decreto ley, que iba esencialmente a remolque del Ejecutivo.

El intento de recuperar al menos parcialmente la función parlamentaria coincide con una enmienda sobre la parlamentarización de los decretos del presidente del Consejo de Mi-

308 Nos remitimos aquí a las observaciones de Matteucci, cit. supra en nota 294.

309 Cfr. Bobbio, Norberto, *Il futuro della democrazia*. Torino, Einaudi, 2014 (Hay una traducción española, *El futuro de la democracia*, realizada por José F. Fernández Santillán, México, FCE, 1984); Salvatori, Massimo L., *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*, Milano, Feltrinelli, 2020, sobre todo el cap. x. L'avvento della democrazia negli Stati Uniti e Tocqueville, pp. 173ss.; Mastellone, Salvo, *Storia della democrazia in Europa. Da Montesquieu a Kelsen*. Torino, utet, 1986 (traduc. española, *Historia de la democracia en Europa. De Montesquieu a Kelsen*. Madrid, Editorial revista de derecho privado, 1990).

nistros, aprobada en sede parlamentaria en el momento de la conversión del segundo de estos decretos. La disposición prevé la información previa del contenido de la medida «con el fin de tener en cuenta las eventuales instrucciones» de las Cámaras. *Pero la efectividad del meccanismo aún está por demostrar, ya que su activación se deja a la voluntad del Gobierno que «por razones relacionadas con la naturaleza de las medidas que se han de adoptar» puede referirse a las cosas ya realizadas».*³¹⁰

No estamos de acuerdo con la consideración, por lo demás un poco demasiado irénica, de que «estos aspectos problemáticos caracterizan la primera fase de la emergencia», pero que, a partir del segundo decreto-ley del 25 de marzo, cambió la situación y se volvió a la legalidad constitucional ya que esta disposición «fija adecuadamente el límite temporal de treinta días al que me he referido, contiene una lista más precisa y puntual de las medidas de contención de la epidemia y, por consiguiente, reduce los márgenes de maniobra del decreto del presidente del Consejo de Ministros».³¹¹ No la compartimos porque, a nuestro parecer, con ello no desaparece la crítica de fondo relativa a la ausencia de señalización de términos finales diferenciados en las medidas particulares de suspensión de derechos y libertades constitucionales (como debiera ocurrir en el supuesto de las ordenanzas urgentes).³¹² En todo caso, como conclusión de este rápido examen de la ‘cadena normativa’ en el plano formal, podría decirse, de un modo no demasiado pa-

310 Di Cosimo, *Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza*, cit., p. 32. Las cursivas son nuestras.

311 En este sentido, de nuevo Giovanni Di Cosimo, loc. ult. cit.

312 Bruno, Ettore, *D.p.c.m. e limitazioni della libertà personale e di circolazione: presidi a tutela della salute pubblica o misure abnormi che indeboliscono la democrazia?* p. 6 en <https://www.diritto.it/d-p-c-m-e-limitazioni-della-liberta-personale-e-di-circolazione-oresi-di-a-tutela-della-salute-pubblica-o-misure-abnormi-che-indeboliscono-la-democrazia/>

radójico, que nuestra Constitución también ha sufrido uno o más confinamientos (*lockdown*).

Es necesario, pues, preguntarse cuál es, o cuál podría ser, la tarea del jurista en la medida en que, a la manera weberiana, lleva a cabo «el trabajo intelectual como profesión».

Una primera respuesta, referida precisamente al tema de la necesidad como fuente (o más bien de *Las Fuentes y las situaciones de necesidad*) la adelantan Paolo Caretti y Ugo De Siervo en su manual:

... Este tipo de casos no pueden, por definición, ser dominados y, allá donde acontezcan, *desde el punto de vista del análisis jurídico, se tratará simplemente de verificar*, a partir de los hechos reales que han ocurrido y de las reacciones que se produzcan con posterioridad, *si el ordenamiento jurídico ha sido capaz de superarlos o si se ha visto modificado o incluso desbordado por ellos*.³¹³

En el plano del constitucionalismo ‘positivo’, esta verificación *ex post* debería ciertamente realizarse. Tal vez es pronto para anticiparla, incluso aunque la hipótesis intermedia pueda parecernos actualmente plausible.

Sin embargo, el jurista como intelectual está llamado (ya que, a su manera, también tiene la tarea de señalar las vías y soluciones posibles y no solo de levantar acta de lo existente) a interrogarse a sí mismo, utilizando –en contra de un conocido lema de Windscheid– la filosofía, la historia, la política y las categorías que puede extraer de la comparación interdisciplinar, para tratar en primer lugar de comprender el significado de todo lo que sucede a su alrededor. Se trata esta de una premisa

313 Caretti, De Siervo, *Diritto Costituzionale e pubblico*. Cuarta edición, cit., p. 608.

indispensable para una acción que quiere ser cuidadosa y quizás, como lo fue en su día, conservadora de lo que debe preservarse y, por tanto, reformadora del ordenamiento jurídico

En este preciso sentido –y retomamos de esta manera la motivación ideal con la que iniciamos lo que aquí tratamos de expresar– aún nos parecen extremadamente sugestivas e inspiradoras las palabras que Luigi Einaudi pronunció al final de su mandato de siete años, el 22 de mayo de 1956, con motivo del Doctorado Honoris causa que le otorgó la Universidad de Basilea y que lleva el significativo título de *Juan Jacobo Rousseau, las teorías de la voluntad general y del partido dirigente y la tarea de los universitarios*.³¹⁴

Pronunciado en la misma Suiza que vio nacer a Rousseau, pero en el que, ya desde el principio, Einaudi recordó que fue precisamente en Basilea donde había enseñado Jacob Burckardt quien, más de un siglo atrás, junto con Tocqueville, había presagiado, en su condición de lector histórico de los «signos de los tiempos», «el advenimiento fatal de ese totalitarismo tiránico que, posteriormente, nosotros estábamos llamados a contemplar y sufrir»,³¹⁵ el texto del discurso está enteramente dirigido (reclamando a estos efectos la función cívico-primaria que debe desempeñar la Universidad) a subrayar cómo la victoria de las potencias democráticas sobre ese tipo de totalitarismo no nos aseguraba de que no se produjera su reaparición bajo nuevas formas.

314 Einaudi, Luigi, «Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e “il compito degli universitari”», en *Prediche inutili, Dispensa quarta*. Torino, Giulio einaudi editore, 1956, pp. 195-201.

315 Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida* cit., p. 195.

1. *TAMBIÉN EN DEMOCRACIA*

En opinión de Einaudi sucedía así porque, precisamente Rousseau, a quien Kelsen calificó como «quizá el más importante teórico de la democracia»,³¹⁶ era también el que, en un magnífico ejemplo de heterogénesis laica de los fines, mejor había pensado y diseñado teóricamente las condiciones necesarias para la instauración de un régimen totalitario.

No conozco una formulación más despiadada del peligro que afronta la civilización que la que un gran suizo, Gian Giacomo Rousseau, resumió en la discordancia entre las voluntades «particulares» del ciudadano individual y la voluntad «general» del cuerpo colectivo... La voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública; pero no que las deliberaciones del pueblo ofrezcan siempre la misma rectitud. Se quiere siempre el bien propio; pero no siempre se le conoce. Nunca se corrompe al pueblo; pero frecuentemente se le engaña, y solamente entonces es cuando parece querer lo malo.

Dentro de la democracia, la distinción introducida conduce al problema de cómo «persuadir al ciudadano para que ignore, en el momento de la deliberación, sus intereses particulares y las sugerencias de los grupos que se esfuerzan en inducirlo a votar de una manera y no de otra». Es decir, dado que —salvo en el caso de pequeñas agrupaciones políticas, como las de los cantones suizos, o de pequeños Estados, en los que puede

316 Kelsen, Hans, «Essenza e valore della democrazia» (1929), en *La democrazia*. Bologna, il Mulino, 1981, p. 41. Versión española Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de la segunda edición alemana por Rafael Luengo Tapia y Luis Legaz Lacambra. Barcelona, Labor, 1934 (Reedic. Granada, Comares, 2002 con una introducción de José Luís Monereo Pérez), de donde están tomados los textos.

funcionar el ideal rousseauiano de la democracia directa, sobre la base de la simplicidad de las costumbres y de una gran igualdad de clases y fortunas, en esencia, gracias al imperio de la «virtud»— «los hombres no descubren por sí mismos, espontáneamente, cuál es su voluntad común», hay que postular la necesidad de un ‘guía’: «La necesidad de un guía es tanto más evidente cuanto que debe convencerle de que se había engañado al confundir con su propia voluntad lo que en realidad no era su opinión razonada».³¹⁷

El ‘guía’, el Gobierno, debería ser entonces ‘perfecto’: pero «Si existiese un pueblo de dioses, sin duda se gobernaría democráticamente. Un gobierno tan perfecto no conviene a los hombres». (*Contrato Social*, III, 4).

Por lo tanto, si «la voluntad general no coincide con la resolución adoptada por la mayoría de los ciudadanos y sus representantes», es necesario:

que la deliberación se tome por los individuos, los cuales votan independientemente unos de otros sin sufrir la influencia de grupos, facciones, partidos o cualquiera que se erija en defensor de intereses particulares

El ciudadano quiere el bien, pero no lo conoce, de ahí que debe ser instruido y guiado por los que conocen el bien común;

*El ciudadano, instruido así, debe aceptar el resultado de la votación, aunque esté en minoría;

317 Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida*, cit., p. 196.

**pero no tiene derecho a seguir defendiendo lo que cree que es la verdad y no tiene derecho, donde consiga persuadir a otros, a convertir la mayoría en minoría y cambiar la ley;*

**No, el resultado de la deliberación únicamente le hace saber que estaba equivocado y que no conocía la verdad. Los electores, con el voto de la mayoría, no han confirmado la voluntad general. Esta preexistía y ellos únicamente la reconocieron. Es algo que se impone con la evidencia de un axioma;*

**El hombre solo es verdaderamente libre si se somete a esa voluntad general, que él no quería pero que, simplemente, la ha reconocido porque estaba ilustrado por los que saben”.*³¹⁸

La democracia se convierte así en un mecanismo y en una máquina política total en cuyos engranajes, en cuyo juego, es absorbido el individuo, la persona, y en el que, con una dialéctica inexorable, que ni siquiera el Hegel de la dialéctica amo-siervo consigue igualar, la coacción se convierte en libertad y la libertad en restricción, en la ilusión de que el resultado final no es otro de que cada uno se obedece solo a sí mismo:

Por tanto, a fin de que este pacto social no sea una vana fórmula, encierra tácitamente este compromiso: que solo por sí puede dar fuerza a los demás, y *que quienquiera se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello por todo el cuerpo. Esto no significa otra cosa sino que se le obligará a ser libre*, pues es tal la condición, que dándose cada ciudadano a la patria le asegura de toda dependencia personal; *condición que constituye*

318 Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida*, cit., p. 198. Las cursivas son nuestras.

el artificio y el juego de la máquina política y que es la única que hace legítimos los compromisos civiles, los cuales sin esto serían absurdos, tiránicos y estarían sujetos a los más enormes abusos.³¹⁹

Luigi Einaudi, entonces –diría uno que en armonía preestablecida, pero, en realidad, partiendo de la común inspiración tocquevilliana y liberal con las tesis desarrolladas unos años antes por Jacob L. Talmon sobre los orígenes de la democracia totalitaria–,³²⁰ puede afirmar con razón: «Este es el mensaje del ciudadano de Ginebra. *No es el voto de los ciudadanos, sino el reconocimiento de los dioses lo que confirma la voluntad general*».³²¹

Y los dioses se han multiplicado (y parecen multiplicarse aún hoy, ya sean técnicos, virólogos, médicos, en fin, «la ciencia» como sustituta secular de la religión, que al menos nos asegura la «salvación» terrena)³²² y, como recordaba Anatole

319 Rousseau, Jean-Jacques, *Il Contratto Sociale*. Con un saggio introduttivo di Robert Derathé. Traduzione e note di Valentino Gerratana, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1966, Libro I, VII, Del Corpo Sovrano, pp. 30 y 49. La cursiva es nuestra. La traducción del párrafo de Rousseau está tomada de Juan Jacobo Rousseau, *El Contrato Social, traducción de Fernando de los Ríos, prólogo de Manuel Tuñón de Lara*. Madrid, Espasa-Calpe, 1921 edic. 1975, II, 3, p. 58, de donde se toman las demás citas.

320 El libro de Talmon se publicó por primera vez en Londres en 1952 y posteriormente en Boston en 1953 y solo quince años después fue traducido al italiano. Cfr. Talmon, Jacob L., *Le origini della democrazia totalitaria*. Bologna, Il Mulino, 1967. Es un texto agotado del que, precisamente en este momento, sería deseable una reimpresión. (En España hay una primera traducción, *La democracia totalitaria*. Madrid, Aguilar, 1955, y más recientemente, de Olejnik Ediciones, 2023). Sobre el contexto vid. la importante aportación de Muliebbri, Alessandro, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare*. Prefazione di Nadia Urbinati. Roma, Donzelli editore, 2019.

321 Einaudi, Gian Giacomo Rousseau, *le teorie della volontà generale e del partito guida*, cit., p. 198.

322 Giorgio Agamben ha escrito páginas concluyentes sobre este asunto en *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata, Quodlibet, 2020, p. 12. «La medicina come religione», pp. 69-75. Hay traduc. española, *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*. Adriana Hidalgo editora, 2020. Vid. asimismo Grimaldi, Fulvio, *Cambiare il mondo con un virus. Geopolitica di un'infezione*. Zambon editore, 2020.

France, «los dioses tienen sed». «Rousseau posiblemente no previó que su doctrina daría tantos frutos de efectos tan graves. Han aparecido decenas de dioses que han asumido el oficio de guías de los pueblos. Desde Robespierre a Babeuf, de Buonarroti a Saint-Simon, de Fourier a Marx, de Mussolini a Hitler, de Lenin a Stalin, ha habido guías para enseñar a los pueblos ignorantes cuál era la verdad, cuál era la voluntad general, que ellos ignoraban. Pero una vez que les fue enseñada y ellos la reconocieron, los pueblos no podían negarse a actuar.

Carece de importancia la fórmula utilizada por el oráculo para conducir a los hombres al descubrimiento de la verdad. En Rousseau y Robespierre adopta el nombre de «virtud», *en Saint-Simon religión de la ciencia*, para Hitler es el dominio de la sangre y de la raza y para Marx y Lenin la dictadura del proletariado. Las fórmulas cambian y pasan. La doctrina de una verdad que, una vez descubierta, debe ser reconocida y obedecida, permanece».³²³

A la pregunta que, entonces, algunos, o tal vez muchos, se hicieron legítimamente ¿Pero no éramos una democracia liberal? ¿No estábamos bendecidos durante décadas en nuestra magnífica «cultura de los derechos», de la que nos deshicimos en veinticuatro horas? ¿Y por qué razón, exactamente? El único *hecho* que ha justificado todo esto es un dato relacionado con la organización sanitaria. Se dice: no hay suficientes camas en cuidados intensivos si el número de enfermos se incrementa. Pero no se dice por qué no hay camas. Esto es irrelevante. Por ello, la pregunta completamente legítima es la siguiente: ¿este hecho justifica, legitima la suspensión de las libertades y derechos que, desde la Segunda Guerra Mundial, hemos insistido en calificar

323 Einaudi, *Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida*, cit., p. 199. Las cursivas son nuestras.

reiteradamente como «inalienables» y «fundamentales?». Tal vez, después de haber escuchado a Einaudi nos encontramos mejor preparados para responder.

En una primera aproximación se puede fácilmente responder, al igual que hacen nuestros dos autores, que el derecho es débil si tiene que oponerse a fuerzas superiores. «La respuesta es, sí, ciertamente. Porque la necesidad, la emergencia así lo exigen: el derecho es débil frente a la fuerza natural de la necesidad».³²⁴

Pero si miramos en profundidad podemos ver que su actual debilidad –garantista porque bajo el perfil de la regulación, estamos asistiendo en cambio a un pico que era difícil de alcanzar en el pasado– no procede tanto del exterior, de una necesidad imprevisible, disruptiva, que las medidas normales no pueden controlar, sino sobre todo de un proceso interno de su democratización.

Para aclarar lo que queremos decir, podemos, para concluir, lanzar una breve ojeada a un aspecto del pensamiento kelseniano sobre la democracia que no nos parece haber sido adecuadamente abordado por la significativa literatura sobre el tema, la cual tiende a ver en el jurista vienés un defensor de una democracia ‘procedimental’ o de una idea de la misma como una maximización de la libertad política garantizada por el principio de mayoría.³²⁵ Nos referimos al ensayo *Esencia y*

324 Becchi, Paolo; Palma, Giuseppe, *Democrazia in quarantena. Come un virus ha travolto il Paese*, Roma, Historica Edizioni, 2020, p. 186.

325 Cfr. Lagi, Sara, «La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920- 1932)» en *Teoria Politica*, 7, 2017, Annali VII, pp. 363-688; p. 372 donde critica la interpretación de Ferrajoli. La autora se inclina por presentar a Kelsen como un liberal decimonónico, aunque se ve obligada a admitir que «se echa mucho en falta en la teoría política y democrática de Kelsen la propuesta de una fuerte defensa ad hoc de los derechos fundamentales» (p. 378). Cfr. también de Lagi, Sara, «La “Democrazia” di Hans Kelsen tra procedura ed ética», en *Il Pensiero Politico*, Rivista delle Idee Politiche e Sociali, 2003, Anno XXXVI, n.º 2, pp. 239-272.

valor de la democracia, original de 1920 aunque aquí utilizamos la segunda edición de 1929, donde Kelsen dialoga con Rousseau, al que precisamente considera el máximo exponente del pensamiento democrático. Y lo hace, en nuestra opinión, de una manera en gran medida asumible.

En tanto que la idea democrática de libertad –que el propio autor define como ‘anárquica’– no es autónoma con respecto a la idea de igualdad sino que ‘emana’ hobbesianamente de ella, la pregunta es: «Si pues es un hombre como yo, si somos iguales ¿qué derecho tiene entonces a mandarme?».

Kelsen califica la igualdad como una idea profundamente antiheroica: «Así, la idea absolutamente negativa y con profundas raíces antiheroicas de la igualdad se pone al servicio de una exigencia de libertad igualmente negativa».³²⁶ Y esto es algo que ya mereció la pena de ser resaltado, a partir de una cita de un autor contemporáneo, David Koigen (1879-1933),³²⁷ nacido en la actual Ucrania de familia judía, que se había graduado en Berna con una tesis sobre los jóvenes hegelianos como precursores del socialismo y participó activamente en el movimiento revolucionario, primero como socialista y luego como bolchevique. A partir de 1918, decepcionado por la revolución soviética, se dedicó a la docencia universitaria primero en Kiev y luego en Alemania desarrollando una idea de la cultura como acción social y donde entró en contacto con Sombart, Tönnies e incluso Albert Einstein.

Pero la libertad así concebida no puede ser el fundamento de una sociedad y mucho menos de un Estado. Se debe, por consiguiente, proceder mediante una «metamorfosis» progresiva de la idea de libertad, es decir, con vistas a resolver el «pro-

326 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 39.

327 Koigen, David, *Die Kultur der Demokratie. Vom Geiste des volkstümlichen Humanismus und vom Geiste der Zeit*. Jena, Diederichs, 1912, p. 4.

blema de la democracia» en el sentido indicado por Rousseau. Esto es, «encontrar una forma de asociación que defienda y proteja, que defienda y proteja a todos los miembros que pertenecen a ella y en la que el individuo, al mismo tiempo que se une a todos los demás, se obedezca solo a sí mismo y permanezca libre como antes» (*Contrato social*, Lib. III, cap. 25).³²⁸

Entonces, la libertad de partida, entendida como autonomía, debe ‘transformarse’ (sustancialmente, mediante una ‘*fic-tio iuris*’): «que si continuamos hablando de autonomía y considerando a cada uno sometido a su propia voluntad mientras lo que vale es la ley de la mayoría, *estamos ante un nuevo progreso en la metamorfosis de la idea de libertad*». ³²⁹ Pero el proceso de metamorfosis no se detiene. Mientras, en la fórmula de Rousseau, primero, todos debían «ser libres como al inicio» ahora, por el contrario, se introduce un principio de aroma utilitarista (que recuerda *la máxima beccariana de la máxima felicidad para el mayor número*):

Solo es una idea que conduce, por una vía razonable, al principio mayoritario: la idea de que, si no todos los individuos, al menos el mayor número son libres, lo que equivale a decir que se necesita un orden social que discrepe con el menor número de ellos. Ciertamente este razonamiento presupone la igualdad como postulado fundamental de la democracia. De hecho, es claro que lo que se busca es asegurar la libertad no de este o aquel otro individuo, sino del mayor número posible de individuos.³³⁰

328 Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 42.

329 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 44.

330 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 46.

Pero entonces, una vez que la libertad ha sido sustancialmente reabsorbida por la igualdad –y, por lo tanto, por la autonomía individual en el Estado (según el concepto rouseauniano de la libertad en y para el Estado), dado que su tarea no es otra que asegurar la igualdad–, será muy correcto hablar de *una democracia sin libertad* (pues aquí liberalismo y democracia se separan).³³¹ De una democracia que «*aniquila*» la libertad.

De hecho,

la transformación del concepto de libertad, según la cual la idea de la libertad del individuo frente a la dominación del Estado se convierte en la participación del individuo en el poder del Estado, marca al mismo tiempo la separación de la democracia del liberalismo. El ideal democrático se entiende satisfecho en la medida en que los individuos sometidos al orden del Estado participan en la creación de ese mismo orden y es independiente de la medida en que este orden del Estado abarca a los individuos que lo crean. Es decir, es independiente del grado en que reduzca su «libertad». Incluso en el caso de que el alcance del poder del Estado sobre el individuo fuera ilimitado, aún en el supuesto de que la «libertad» individual fuera completamente aniquilada y el ideal liberal negado, la democracia todavía sería posible, siempre que tal poder estatal fuera creado por los individuos sujetos a él. Y la historia nos enseña que el poder democrático no tiende a expandirse menos que el autocrático.³³²

331 Para una tesis similar vid. la aportación ‘realizada como comunista’ de Crisafulli, Vezio, «Liberalismo e democrazia, Rinascita, agosto 1944», ahora en Vezio Crisafulli. *Politica e Costituzione. Scritti “militanti” (1944-1955)*, cit., pp. 81-83.

332 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., pp. 46-47.

La transformación conclusiva del concepto de libertad individual reside en el reconocimiento de que, en el análisis final, es «irrealizable».

A causa de la inevitable discrepancia entre la voluntad individual, punto de partida de la libertad, y el orden del Estado que prevalece sobre aquella voluntad aun en el régimen democrático, donde esta discrepancia queda reducida a un mínimo, se produce una nueva transformación en la representación de la voluntad política. La libertad del individuo que fundamentalmente es imposible, pierde poco a poco importancia ante la libertad de la colectividad social. La protesta contra el poder de quien no es distinto de los demás determina en la conciencia política una traslación, un desplazamiento del sujeto del poder –imprescindible hasta en la democracia–, mediante la creación de la personalidad anónima del Estado a la que se atribuye el imperio y no a ninguna persona física.³³³

Pero si el principio democrático ha conducido al concepto de personalidad jurídica del Estado (una especie de cortocircuito kelseniano), ¿en qué se convierte entonces la libertad del Estado democrático tras su transformación final? Kelsen ni siquiera en este caso da un paso atrás a la hora de desentrañar su lógica jurídica de ascendencia rousseauiana. No retrocede ante la última paradoja de la transformación:

La consecuencia –lógicamente deducida por algunos autores– es que, puesto que los ciudadanos del Estado son libres solo en su conjunto, esto es, en el Estado, no es libre el ciudadano individual, sino la persona del Estado. Se expresa lo mis-

333 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 47.

mo en la fórmula de que solo el ciudadano de un estado libre es libre. Exigencia fundamental es que la soberanía popular, o lo que es lo mismo, el Estado autónomo libre, sustituya a la libertad del individuo.³³⁴

2. *TANTO Kelsen COMO EINAUDI NOS SITÚAN FRENTE A UNA ELECCIÓN*

La elección del primero pone ante nuestros ojos un siempre latente rostro de derecho democrático (hoy desvelado) que tal vez a muchos, también a los juristas que incluso lo admiten en el plano positivista y hasta lo utilizan como punto de partida, no les gustará contemplar. Cabe señalar que la última referencia histórica, bastante más escalofriante que la famosa conclusión del ensayo que elige a Poncio Pilatos como el verdadero exponente de la actitud democrática, dada la proximidad temporal con otra inscripción de «campo de concentración», que ciertamente Kelsen no compartirá en absoluto, expresa bastante bien lo que está en juego:

Esta es la última etapa en el proceso de transformación de la idea de libertad. Los que no quieren o no pueden seguir la evolución que sufre este concepto en virtud de una lógica inmanente, pueden criticar la contradicción entre su significado inicial y su significado final y renunciar a comprender las deducciones de quienes, mejor que nadie, supieron analizar la democracia, de quienes no retrocedieron ni siquiera ante la afirmación de que el ciudadano es libre solo a través de la voluntad general y que, en consecuencia, obligándolo a obedecerles, se le obliga a ser libre (Rousseau, *Contrat social*, l. IV,

334 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 48.

cap. 2). Es más que una paradoja, es un símbolo de democracia, que en la República de Génova, en las puertas de las cárceles y en las cadenas a las que, en las galeras, se encadenaba a los esclavos, se leyera la palabra «Libertas» (Rousseau, *Contrat social*, l. IV, cap. 2.º).³³⁵

Pero no puede sorprender la posición de Kelsen. Quizá es solo la expresión de una sabiduría olvidada o remota

Democracia no significa libertad. Ha habido y hay regímenes democráticos en los que la libertad de los ciudadanos ha recibido y sigue recibiendo ofensas tan graves y frecuentes como bajo los peores Gobiernos absolutos. Democracia significa igualdad... Los demócratas... por el contrario, no quieren temperamento ni ningún tipo de limitación a la acción del Estado. Su ideal es la existencia de una autoridad suprema omnipotente que tenga debajo de ella a ciudadanos que sean todos jurídica y políticamente iguales. No más órdenes y asociaciones en el Estado, no más clases y corporaciones en la sociedad; sino individuos sin vínculos particulares entre ellos, sin dependencia mutua: una multitud confusa y sin cabeza.³³⁶

3. POR TANTO, AHORA COMO ENTONCES EXISTEN AMBAS OPCIONES

La primera expresa la inmanencia lógica de un proceso –al que podemos denominar ‘democracia totalitaria’, ‘despotismo democrático’ o incluso de otra manera– que, como hemos señalado, ya había ‘profetizado’ Tocqueville en la segunda parte de *La*

335 Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (1929), cit., p. 49.

336 Duque de Gualtieri, *L'evoluzione democratica delle istituzioni inglesi*. Torino, Roux Frassati y C Editori, 1899, p. 11.

democracia en América al señalar agudamente, y a contracorriente, cómo

los derechos individuales en las democracias son normalmente insignificantes, muy recientes y bastante inestables, lo que significa que a menudo se sacrifican sin dificultad y se violan sin remordimiento... Por consiguiente, precisamente en estas épocas democráticas en las vivimos, los verdaderos amigos de la libertad y de la dignidad humana deben tratar continuamente de estar alerta, dispuestos a impedir que el poder social sacrifique en lo más mínimo los derechos particulares de ciertos individuos en favor de la ejecución general de sus planes. No hay ciudadanos tan humildes en estos tiempos que no sea peligroso dejarse oprimir, ni derechos individuales tan insignificantes como para poder abandonarlos tranquilamente a la arbitrariedad. La razón de esto es simple: cuando se viola el derecho privado de un individuo en un momento en que el espíritu humano está imbuido de la importancia y la santidad de este tipo de derechos, solo se perjudica al que es despojado de él; pero violar tal derecho en nuestros días es corromper profundamente las costumbres de la nación y poner en peligro a toda la sociedad, porque el concepto en sí mismo de esta especie de derechos tiende continuamente a alterarse y a perderse en medio de nosotros.³³⁷

Dentro de esta lógica inmanencia –que conduce a las declaraciones aparentemente ‘inierror, la’ de un Jacques Attali– se sitúa plenamente el punto de inflexión del ‘biopoder’, del Estado y de las estructuras internacionales basadas en él, que tiende a invalidar o ‘reducir’ drásticamente los anticuados principios del

337 «Alexis de Tocqueville», *Dizionario delle idee*. A cura di Graziella Pisanò, Roma, Editori Riuniti, 1997, Diritti dell’individuo, p. 56.

Estado de Derecho, como con claridad ha subrayado Giorgio Agamben, desafiando el ostracismo del que nos hablaba Einaudi («El error, la desviación, la oposición al principio declarado en las tablas fundamentales del hombre-guía, del partido-guía es ilícita, es un crimen contra la voluntad general y debe ser eliminado»):

Estamos viviendo el fin de una época en la historia política de Occidente, la era de las democracias burguesas, fundadas en Constituciones, derechos, parlamentos y división de poderes. Este modelo estaba en crisis desde tiempo atrás, los principios constitucionales eran cada vez más ignorados y el poder ejecutivo había sustituido casi en su totalidad al legislativo, que se ejercía, como se hace ahora de un modo exclusivo, a través de decretos-leyes. Con la llamada pandemia se ha dado un paso más, en el sentido de que lo que los politólogos norteamericanos denominaban el *Security State*, Estado de Seguridad, que se basaba en el terrorismo, ha cedido ahora su lugar a un paradigma de gobierno que podemos llamar «bioseguridad», fundado en la salud. Es importante que comprendamos que la bioseguridad supera en eficacia y omnipresencia a todas las formas del gobierno de los hombres que hemos conocido. Como hemos podido comprobar en Italia, aunque no solo en Italia, tan pronto como se cuestiona es una amenaza para la salud, las personas aceptan sin reaccionar limitaciones a la libertad que jamás habrían aceptado en el pasado. Es así como se llega a la paradoja de que el cese de todas las relaciones sociales y de toda actividad política se presenta como la forma ejemplar de la participación cívica.

Creo que un solo ejemplo muestra con toda claridad cuán profunda es la transformación de todos los paradigmas políticos democráticos en el régimen de bioseguridad.

En las democracias burguesas, cada ciudadano tenía un ‘derecho a la salud’. Ahora, este *derecho* se revierte, sin que la gente se dé cuenta, en una *obligación* jurídica a la salud, que debe cumplirse a cualquier precio. Y lo alto que es este precio se ha visto a través de las medidas excepcionales sin precedentes a las que han tenido que someterse los ciudadanos.³³⁸

Los verdaderos amigos de la libertad y de la dignidad humana, Tocqueville, Einaudi no tienen ninguna lógica inmanente que pueda hacerse valer *per se*; si acaso, el tristísimo espectáculo de la cancelación de la *pietas* hacia los moribundos, abandonados a morir solos por miedo, privados del consuelo de los familiares y de los religiosos, de un entierro que en un tiempo se llamó cristiano, incinerado con prohibición de autopsia y funeral. Fue una eliminación de lo espiritual y religioso de la vida cotidiana nunca antes vista, con la aquiescencia casi unánime de una Iglesia reducida a Iglesia de Estado. También esta, la libertad religiosa y el culto, se cortó cuando su contribución, aunque solo humana, hubiera sido más necesaria. Ellos solo tienen para sí la ‘fragilidad del bien’.³³⁹

Quizás a partir de una relectura de sus páginas sería aconsejable que nosotros, los juristas, volviéramos a interrogarnos acerca de nuestra vocación en tiempos como los que estamos viviendo.

338 Agamben, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, pp. 82-83.

339 Nussbaum, Martha G., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*. Bologna, il Mulino, 1996. Traducción española, Martha Graven Nussbaum. *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia griega*. Traducción de Antonio Ballesteros Jaraiz. Madrid, Machado, 2015.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

AGAMBEN, Giorgio, *A che punto siamo? L'epidemia come politica*. Macerata, Quodlibet, 2020. Traducción española, *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*. Adriana Hidalgo editora, 2020.

ARMAROLI, Paolo-CASSESE, Sabino: «La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi», en *il Dubbio*, 14 aprile 2020, <www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi/>

BATAGLIA, Felice, *Classici del Liberalismo e del Socialismo. Le Carte dei Diritti*, a cura di F. Battaglia. Firenze, Sansoni Editore, 1934.

BARILE, Paolo, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna, il Mulino, 1984

BECCHI, Paolo, PALMA, Giuseppe, *Democrazia in quarantena. Come un virus ha travolto il Paese*, Roma, Historica Edizioni, 2020.

BISOGNI, Giovanni, *Weimar e l'unità politica e giuridica dello Stato. Saggio su Rudolf Smend, Hermann Heller, Carl Schmitt*. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2005.

BOBBIO, Norberto, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 2014. Traducción española, *El futuro de la democracia*, realizada por José F. Fernández Santillán. México, FCE, 1984.

BOVA, Sergio, «L'elaborazione della Carta Costituzionale nel "Comitato di redazione"», en *La fondazione della Repubblica. Dalla Costituzione provvisoria all'Assemblea Costituente*, a cura di E. Cheli, Bologna, Il Mulino, 1979, pp. 305-347.

BRUNO, Ettore, *D.p.c.m. e limitazioni della libertà personale e di circolazione: presidi a tutela della salute pubblica o misure abnormi che indeboliscono la democrazia?* p.6 in <https://www.ildubbio.news/2020/04/14/cassese-la-pandemia-non-e-una-guerra-pieni-poteri-al-governo-sono-illegittimi/>

diritto.it/d-p-c-m-e-limitazioni-della-liberta-personale- e- di circolazione-oresidi-a-tutela-della- -salute-pubblica-o-misure-abnormi-che-indeboliscono-la -democrazia/

CALZOLAIO, Ermanno, Meccarelli, Massimo, Pollastrelli, Stefano (a cura di), *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi , domande*. Macerata, eum, 2020.

CANNONE, Marco, «Paolo Barile: il giurista delle libertà», in *QCR Quaderni del Circolo Rosselli*, Nuova Serie, 3/2020 (anno XI, fascicolo 139), *Paolo Barile a vent'anni dalla scomparsa*, Marco Cannone, Enzo Cheli, Stefano Grassi, Valdo Spini.

CAPPELLINI, Paolo, «Der unheimliche Feind. Melancholia politica, terrore, diritto: il nemico totale come figura dell'“Inverted Totalitarism”», in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis, *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*. Macerata, Eum edizioni, 2011, pp. 41-101.

CAPPELLINI, Paolo, CARDONE, Andrea, «Le sorti dell'eccezione nell'esperienza costituzionale italiana. Stato democratico pluralista e poteri extra ordinem», in AA. VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 399-411.

CARDONE, Andrea, «Il baratro della necessità e la chimera della costituzionalizzazione: una lettura della crisi delle fonti del sistema di protezione civile contro le battaglie di retroguardia», in *Osservatorio sulle fonti*, fasc. speciale 2020, pp. 313-350. Disponibile en: <http://www.osservatoriosullefonti.it> .

CARETTI, Paolo, DE SIERVO, Ugo, *Diritto Costituzionale e pubblico*. Quarta edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2020.

CARLASSARE, Lorenza, «Stati d'eccezione e sospensione delle garanzie costituzionali secondo Costantino Mortati», in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di Mario Galizia e Paolo Grossi. Milano, Giuffrè, 1990.

CARTABIA, Marta, *L'attività della Corte Costituzionale nel 2019*. Sintesi 28 aprile 2020. www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_cartabia_2.sintesi.pdf,

CERCHI, B., «Stato d'assedio e sospensione delle libertà nei lavori dell'Assemblea Costituente», in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1981.

CRISAFULLI, Vezio, *Politica e Costituzione. Scritti «militante» (1944-1955)*, a cura di Sergio Bartole e Roberto Bin. Milano, Franco Angeli, 2018.

——— «Liberalismo e democrazia, Rinascita, agosto 1944», ahora en Vezio Crisafulli, *Politica e Costituzione. Scritti «militante» (1944-1955)*, cit.

CROUCH, Colin, *Postdemocrazia*, Roma-Bari. Laterza Editore, 2003. Traducción española, *Posdemocracia*. Madrid, Taurus, 2004.

D'ATENA, Antonio, *Lezioni di diritto costituzionale*. Quarta edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2018.

DIZIONARIO DELLE IDEE. A cura di Graziella Pisanò, Roma, Editori Riuniti, 1997, «Alexis de Tocqueville».

DI COSIMO, Giovanni, «Sulle limitazioni ai diritti durante l'emergenza», in *Il diritto nella pandemia. Temi, problemi, domande*, cit.

DUCA DE GUALTIERI, *L'evoluzione democratica delle istituzioni inglesi*, Torino, Roux Frassati e C Editori, 1899.

DURANTE, Massimo, Il Diritto di Giudicare la Storia il Terzo e l'Imperdonabile, in *Responsabilità di fronte alla storia. La filosofia di Emmanuel Levinas tra alterità e terzietà*, a cura di Massimo Durante. Genova, il Melangolo, 2008, 177-198, 195.

EINAUDI, Luigi, «Gian Giacomo Rousseau, le teorie della volontà generale e del partito guida e il compito degli

universitari», en *Prediche inutili, Dispensa quarta*. Torino, Giulio einaudi editore, 1956, pp. 195-201.

ESPOSITO, Carlo, *La Costituzione Italiana. Saggi*. Padova, CEDAM, 1954.

—— «Capo dello Stato», in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano, Giuffrè, 1960.

GINZBURG, Carlo, *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*. Milano, Adelphi, 2015. Traducción española: Carlo Ginzburg, *Miedo, Reverencia, Terror. Cinco ensayos de iconografía política*. Rosario, Prohistoria Ediciones y Contrahistorias, 2018.

GRIMALDI, Fulvio, *Cambiare il mondo con un virus. Geopolitica di un'infezione*. Zambon editore, 2020.

GUSY, Christoph, «Die Änderung der Weimarer Verfassung», en *ZNR, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 18. Jahrgang 1996 Nr.1/ 2, pp. 44-65.

HOBBS, Thomas, *Leviatano. Saggio introduttivo di Carlo Galli*, Milano, BUR Rizzoli, 2011. Última edición en español: *Leviatán o la materia, forma y poder de un estado eclesiástico y civil*. Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo. Madrid, Alianza, 2018.

JARAS/PIEROTH, GG. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*. 14 Auflage. München, C. H. Beck, 2016, art 19, p. 480ss.

KELSEN, Hans, *Due saggi sulla democrazia in difficoltà (1920-1925)*, a cura di M. A. Losano. Torino, Nino Aragno Editore, 2018.

—— «Essenza e valore della democrazia» (1929), in *La democrazia*. Bologna, il Mulino, 1981. Versión española Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*. Traducción de la segunda edición alemana por Rafael Luengo Tapia y Luís Legaz Lacambra. Barcelona, Labor, 1934 (Reedic. Granada,

Comares, 2002 con una introducción de José Luís Monereo Pérez).

KOIGEN, David, *Die Kultur der Demokratie. Vom Geiste des volkstümlichen Humanismus und vom Geiste der Zeit*. Jena, Diederichs, 1912.

LAGI, Sara, «La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920- 1932)» en *Teoria Politica* , 7,2017, Annali VII ,pp. 363-688.

———, «La “Democrazia” di Hans Kelsen tra procedura ed ética», en *Il Pensiero Politico, Rivista delle Idee Politiche e Sociali*, 2003, Anno XXXVI, n. 2, pp. 239-272.

LUCIANI, Massimo, «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», en *Rivista AIC*, n. 2, 2020,

MANKELL, Henning, *Sabbie mobili. L'arte di sopravvivere*, Venezia, Marsilio Editori, 2015. Traducc. Española, *Arenas movedizas*. Barcelona, Tusquets, 2015.

MASTELONE, Salvo, *Storia della democrazia in Europa. Da Montesquieu a Kelsen*. Torino, UTET, 1986. Traducción española, *Historia de la democracia en Europa. De Montesquieu a Kelsen*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990

MASTROPAOLO, Antonio, «2 Giugno 1946. Referendum o plebiscito?», en *Costituzionalismo.it*, Fascicolo n.º 2/2016-Saggi e articoli – Parte I, pp.103-138.

MATEUCCI, Nicola, *Breve storia del costituzionalismo* (1961). *Introduzione de Carlo Galli*. Brescia, Morcelliana, 2010.

MORTATI, Costantino, *La Costituzione di Weimar. Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti*. Milano, Giuffrè, 2019. Traducción española incluida en *La Constitución de Weimar (La Constitución alemana de 11 de agosto de 1919)*. Madrid, Tecnos, 2010.

——— *Istituzioni di Diritto Pubblico*. Padova, Cedam, 1962.

——— *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Ottava Edizione rielaborata e aggiornata. Padova, Cedam, 1969.

——— *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Tomo II, Nona Edizione rielaborata e aggiornata. Padova, Cedam, 1976.

MULIEBRI, Alessandro, *Democrazia totalitaria. Una storia controversa del governo popolare*. Prefazione di Nadia Urbinati, Roma, Donzelli editore, 2019.

MÜLLER, Christoph und STAFF, Ilse (eds.), *Staatslehre in der Weimarer Republik. Hermann Heller zu ehren*. Hrsg. von Christoph Müller und Ilse Staff, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1985.

NUSBAUM, Martha G., *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, Bologna, il Mulino, 1996. *La fragilidad del bien. Fortuna y ética en la tragedia griega*. Traducción de Antonio Ballesteros Jaraiz. Madrid, Machado, 2015.

PACE, Alessandro, «Ragionevolezza abnorme o stato d'emergenza?», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1982.

——— «I limiti alla revisione costituzionale nell'ordinamento italiano ed europeo», en *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015, cit.*, pp. 47-53.

RESCIGNO, Giuseppe Ugo, «Ordinanza e ordinanze di necessità e di urgenza», in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, 1969.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Il Contratto Sociale. Con un saggio introduttivo di Robert Derathé*. Traduzione e note di Valentino Gerratana, Torino, Giulio Einaudi Editore, 1966. Versión española *El Contrato Social, Traducción de Fernando de los Ríos, prólogo de Manuel Tuñón de Lara*. Madrid, Espasa-Calpe, 1921 edic. 1975.

SALGANO, Desiree, *Constituição e Democratia. Tijolo por tijolo em um deseño (quase)lógico: Vinte anos de construção*

do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte, Ef Editora Fórum, 2007.

SALVATORI, Massimo L., *Democrazia. Storia di un'idea tra mito e realtà*. Milano, Feltrinelli, 2020.

SCHMITT, Carl, «La Dittatura del Presidente del Reich secondo l'art.48 della Costituzione di Weimar» (1924), in Carl Schmitt, *La Dittatura*, a cura di Antonio Caracciolo, Roma, Edizione del Settimo Sigillo, 2006. Traducción española, *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletariado*. Traducción de José Díaz García. Madrid, Revista de Occidente, 1968).

——— *Il custode della costituzione* (1931), a cura di Antonio Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1981. Traduc. española, *La defensa de la Constitución*. Traducción directa del alemán por Manuel Sánchez Sarto. Madrid/Barcelona, Labor, 1931 (Madrid, Tecnos, 1983 y 1989).

SERRA, Teresa, «Il 'diritto' di resistenza in Costantino Mortati», en *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*. Atti del convegno, Roma, 14 dicembre 2015, a cura di Fulco Lanchester, Milano, Wolters Kluwer, Cedam, 2017.

TALMON, Jacob L., *Le origini della democrazia totalitaria*, Bologna, Il Mulino, 1967. En España hay una primera traducción, *La democracia totalitaria*. Madrid, Aguilar, 1955 y más recientemente, de Olejnik Ediciones, 2023.

VALLI, Aldo María, *Virus e Leviatano*. Macerata, Lilberilibri, 2020.

YOURCENAR, Marguerite, *Memorie di Adriano* (1951). Torino, Einaudi, 1984. Hay traduc. española, «Cuadernos de notas a las Memorias de Adriano». *Memorias de Adriano*. Barcelona, Ediciones Órbis, 1988.

ZAKARIA, Fareed, *The Future of Freedom. Illiberal democracy at Home and Abroad, wiht a new Afterword*, New York London, W. W. Norton & Company, 2007. Traducción española de una edición anterior, *El futuro de la Libertad*. Madrid, Taurus, 2003.

NOTA DE LA EDITORA:

Integran este volumen los siguientes artículos:

«La Costituzione Invisibile. Costituzione e democrazia alla provadell'emergenza: riflessioni di un melanconico», publicado en *História do Direito*, v. 2, n.º 3, 2021, pp. 1-30.

«Pensare l'eccezione», publicado en Andrea Smorti (editado por), *L'eccezione e la regola. Opposizioni, convergenze, paradosse*. Firenze, Seid editori, 2014, pp. 237-254.

«La 'Rivincita' della teologia politica. Note a margine dei processi di normalizzazione dell'eccezione nell'epoca della 'Democrazia Globale'», publicado en GLOSSAE. *European Journal of Legal History*, n.º 10, 2013, pp. 137-159.

«L'ipotesi Tocqueville. Rileggendo Luigi Einaudi e Hans Kelsen ai tempi del lockdown, ovvero del 'Dispotismo Democratico'», publicado en *História Do Direito*, v. 1 n.º 1, 2020, pp. 291-316.

Paolo Cappellini (Florencia, 17 de junio de 1956) es catedrático a tiempo completo en el Dipartimento di Scienze Giuridiche de la Universidad de Florencia. Discípulo de Paolo Grossi, comenzó su carrera académica enseñando Historia del Derecho Medieval, Historia del Derecho Italiano y Teoría General del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara, desde la que se trasladó a la de Florencia, impartiendo primero la asignatura Historia de las Codificaciones de los Estados europeos, y, en la actualidad, las asignaturas de Historia del Derecho Medieval y Moderno, y Terminología Jurídica Alemana. Durante dos años, desempeñó en la misma Universidad la Cátedra de Instituciones de Derecho Privado. Miembro de consejos científicos, editoriales y de dirección de numerosas revistas italianas e internacionales (entre ellas, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, *Filosofia politica*, *Ars interpretandi*, *Diritto privato*, *Europa e diritto privato*), sus líneas de investigación se orientan hacia la historia de la cultura jurídica italiana, la historia de las instituciones jurídicas privadas, la codificación en la Europa moderna y los acontecimientos recientes relacionados con la crisis de la democracia. Entre sus obras, *Systema iuris I. Genesi del sistema e nascita della «scienza»* y *II. Dal sistema alla teoria generale*. Milán, Giuffrè 1984-85; *Storia del diritto. Lezioni*. Torino, Giappichelli, 2024; sus voces en la *Enciclopedia del Diritto*. Milano, Giuffrè, 1985-86; y en colaboración con Pietro Costa, Maurizio Fioravanti, Bernardo Sordi, *Enciclopedia italiana Il Contributo Italiano alla Storia del Pensiero Diritto*. Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2012 –además de sus diversas y reconocidas aportaciones sobre el estado de excepción–.



Cátedra de
Historia Constitucional
Martínez Marina



IN ITINERE

Colección Digital



ediuno

Ediciones de la
Universidad de Oviedo