

CÓMO CITAR

Grinberg, N. (2023). ¿Cómo entender el estado de excepción? ¿Paradigma de gobierno o síntoma de la crisis de nuestras formas políticas? *Ethika+*, (8), 125-146.

<https://doi.org/10.5354/2452-6037.2023.71388>

¿Cómo entender el estado de excepción? ¿Paradigma de gobierno o síntoma de la crisis de nuestras formas políticas?

HOW TO UNDERSTAND THE STATE OF EXCEPTION? PARADIGM OF GOVERNMENT OR SYMPTOM OF THE CRISIS OF OUR POLITICAL FORMS?

Nahuel Grinberg

Universidad Nacional de San Martín

nahuel.ivan.grinberg@gmail.com

RESUMEN: Este artículo realiza una aproximación crítica al concepto de estado de excepción. Su propósito es abordar el problemático límite entre democracia y dictadura, poniendo reparo a tesis como la de Giorgio Agamben que afirma la existencia de una zona de indeterminación entre democracia y absolutismo. La hipótesis es que, si ampliamos el análisis conceptual agambeniano, en lugar de ver al estado de excepción como una zona de anomia entre democracia y dictadura, podremos ver la necesidad de que las emergencias tengan algún tipo de previsión legal por medio de la cual determinar los límites entre estas dos formas distintas de gobierno.

PALABRAS CLAVE: Estado, estado de excepción, crisis, democracia, dictadura.



ABSTRACT: This article makes a critical approach to the concept of state of exception. Its purpose is to address the problematic boundary between democracy and dictatorship, challenging thesis such as that of Giorgio Agamben that affirm the existence of a zone of indeterminacy between democracy and absolutism. The hypothesis is that, if we expand Agamben's conceptual analysis, instead of seeing the state of exception as an area of anomie between democracy and dictatorship, we can see the need for emergencies to have some type of legal provision through which to determine the limits between these two different forms of government.

KEYWORDS: State, state of exception, crisis, democracy, dictatorship.

Weimar como coordenada histórica del debate acerca del estado de excepción

Antes de comenzar me gustaría explicitar brevemente el enfoque desde cual se va a abordar el problema del estado de excepción. Tomando las herramientas metodológicas de la historia conceptual (Chignola y Duso, 2009), intentaré situarme más allá de la alternativa entre investigación histórica y análisis teórico, mostrando que la verdadera dimensión crítica del análisis histórico-conceptual consiste en sobrepasar el análisis de la filosofía política como si fuera una construcción abstracta de nuestra mente. En su lugar, lo que la historia conceptual propone es la íntima conexión de las ideas políticas con el ámbito concreto de realidad que le sirve de marco. En el contexto de esta indagación entonces, podemos definir el análisis como constitucional¹, siempre y cuando este término no sea reducido a su definición

¹ Una aclaración sobre el enfoque histórico-conceptual merece ser señalada. Al referirme a un análisis constitucional estoy tomando como referencia la deriva paduana de la *Begriffesgeschichte*, es decir, el esfuerzo de recuperación de la historiografía constitucional alemana que hacen Chignola y Duso a partir de la relectura de Otto Brunner. En su texto *Historia de los conceptos y filosofía política. Sobre el debate en Alemania* (2009), Chignola advierte que es a partir de Brunner

formal moderna de texto constitucional y en cambio sea remitido al modo en que la sociedad está efectivamente constituida.

Ahora bien, todo el problema del dramático contexto de la República de Weimar reside en especificar el sentido de lo que en la ciencia jurídica se conoce como *constitución material* (Heller, 1968, p. 294), es decir, la forma concreta de existencia y actividad que adquiere el Estado en un momento determinado. Desde la perspectiva de Maurizio Fioravanti (2001, p. 149), la contribución de la constitución alemana de Weimar reside precisamente en haber abierto una fase de gran intensidad política en la que la constitución ya no podía limitarse al ordenamiento de poderes y al reenvío a la ley. Desde allí en adelante cabe hablar de las constituciones democráticas del siglo XX, en el sentido de que han incluido principios fundamentales con un sentido social determinado, en lugar de criterios formales con orientación liberal y alcance universal². El problema, sin embargo, no era solo la búsqueda del instrumento necesario para la realización de estos principios, sino también la de los sujetos que pudieran y debieran actuar los contenidos sociales de la constitución. Desde nuestra perspectiva, la recuperación del pensamiento de Hermann Heller tiene que ver con el hecho de atender a estos dos problemas. En cuanto al instrumento, Heller es el creador del concepto de Estado social de derecho (Heller, 1968), con el cual se propone favorecer la igualdad social real, es decir, la fundación de derechos positivos que obligan a determinadas prestaciones sociales en contra de los viejos derechos

que se puede distinguir dos sentidos bien diferenciados de la palabra constitución. El primero es el que se desprende del término alemán *Konstitution*, esto es, el conjunto de enunciaciones formales del derecho constitucional referidas a la organización, a la separación de poderes y a las garantías acordadas para los ciudadanos; el segundo sentido se deriva de la palabra *Verfassung* que, en cambio, hace referencia al conjunto de los factores materiales y existenciales a través de los cuales se sintetiza la unidad política del pueblo y su concreto modo de existencia.

² Cfr. con la similar tesis que sostiene Michael Stolleis en su artículo “El proyecto social de la constitución de Weimar” (2019, p.234.). Y, en nuestras latitudes, el artículo de Luis Villar Borda “Estado de derecho y Estado social de derecho” (2007).

civiles negativos de defensa contra las autoridades de mando. Con respecto al sujeto que pudiera llevar adelante esta tarea, Heller sostiene que los derechos sociales están vinculados al desarrollo industrial de los países avanzados y a la aparición en la escena política de la clase trabajadora organizada en sindicatos y partidos.

Esto significa que, si bien existía consenso para incluir las grandes decisiones de un poder constituyente, no había en cambio para determinar si la tarea les correspondía a los partidos presentes en el parlamento, al presidente elegido directamente por el pueblo (Schmitt, 2001) o a un tribunal constitucional especializado para velar por el respeto de los principios constitucionales (Kelsen, 1971). Además de dar lugar al ya clásico debate entre Carl Schmitt y Hans Kelsen en torno a quién debe ser el guardián de la constitución, debate que reconstruyó con mucho detalle Leticia Vita (2017), este problema constitucional puso de manifiesto la crisis del Estado europeo ante la imposibilidad de superar la alternativa entre Estado de Derecho o Dictadura (Heller, 1985, p. 283). Según la perspectiva de Heller, el problema de la democracia social de masas nacida con la constitución de Weimar es que las oposiciones que han de organizarse son muchas y complicadas, mientras que los puntos de contacto son muy reducidos y han quedado atrapados en una lucha a muerte entre facciones ideológicas extremas. En ese contexto, el Estado de derecho y el parlamentarismo han pasado a ser considerados como instrumentos insuficientes para organizar la pluralidad de las fuerzas sociales y políticas. En su lugar, autores como Carl Schmitt han declarado el comienzo de una nueva y excepcional era que encuentra en la dictadura decisionista la solución al problema de la democracia despersonalizada. En cierto sentido, es verdad que Schmitt ha renovado la interpretación normativista del derecho postulada por Kelsen (1971, p. 266), basada en una norma fundamental, de carácter hipotético y formal, que sirve de base para la validez de cualquier ordenamiento jurídico positivo. Kelsen estaba convencido de que la única norma que la ciencia jurídica debía tomar en consideración para sus afirmaciones era la norma fundamental. Y esto tanto en el caso de que se

presuponga como norma fundamental que los padres creadores de la constitución son una autoridad creadora de derecho y, entonces, los súbditos deban comportarse de acuerdo con esa constitución. O sea el caso de que estos mismos súbditos deban comportarse según las normas creadas por la costumbre, a condición de que se presuponga que la norma básica instituye que la costumbre es un hecho creador de derecho. Cualquiera sea el caso, el fundamento normativo kelseniano consiste en excluir aquellos poderes autocráticos que buscan autolegitimarse sin reconducirse a la norma fundamental.

Por el contrario, decíamos recién que Schmitt transformó la concepción del derecho al sostener que no es la norma impersonal y abstracta la que constituye la fuente de la juridicidad, sino que son más bien la decisión y la voluntad los elementos creadores de derecho. El derecho, afirmaba Schmitt en su texto *Teología política* (Schmitt, 2001), no depende, para su existencia, de ninguna norma fundamental en sentido lógico, sino de una decisión de naturaleza política que determina lo que es el derecho en un caso concreto. La constitución contiene así un irrenunciable elemento político basado en un fundamento fáctico de realización que se conoce con el nombre de ordenamiento concreto. Desde esta perspectiva existencial, la constitución existe y funciona no por derivación de una regla precedente sino porque emana de la voluntad de un poder constituyente y soberano que tiene el monopolio de la decisión última. Schmitt redefine el derecho vinculándolo a la eficacia en una situación de crisis, es decir, a lo que hace al núcleo de nuestro trabajo. En el caso de excepción, el elemento decisional que contiene el derecho se libera de toda atadura normativa y deviene entonces político y absoluto. En palabras del propio Schmitt:

Jurídicamente se puede hallar el fundamento último de todo aquello que tenga validez y valor jurídico en un proceso de la voluntad, en una decisión, que está en condición por sí misma, en cuanto decisión de crear derecho, y cuya fuerza jurídica no puede ser derivada de la fuerza jurídica de las reglas precedentes relativas a la propia decisión. (Schmitt, 1999, p. 56)

¿Indiscernibilidad entre democracia y dictadura?

Como bien señala Agamben, la doctrina Schmittiana del Estado de excepción puede ser presentada como una teoría de la soberanía (Agamben, 2009, p. 75), en tanto es el soberano el que tiene la potestad de decidir acerca del Estado de excepción. Y también tiene razón el filósofo italiano al destacar que el operador de esta decisión es la *dictadura* (Schmitt, 2013), pues para Schmitt soberano es aquel poder constituyente capaz de transformar a la democracia social de masas en un pueblo unificado con decisión política. Desde el punto de vista del jurista alemán, había que evitar que la crisis del conjunto de los partidos y su representación de las masas en el parlamento arrastrara consigo la constitución y la unidad del Estado. Era preciso en su lugar recurrir a la fuerza y a la presencia de un poder directo con decisión inmediata y efectiva. Esa manifestación existencial le pertenece al pueblo que se expresa en circunstancias excepcionales. Hasta aquí podríamos pensar que la nueva base constitucional desarrollada por Schmitt es eminentemente democrática, en tanto enuncia la existencia política del pueblo alemán y su soberanía popular. Sin embargo, en este punto es preciso hacer una distinción entre las dos formas en que el pueblo alcanza la unidad política (distinción que también se sigue en las dos maneras en que el autor entiende a la dictadura). En su inmediata existencia, el pueblo es capaz de actuar políticamente como una totalidad indivisible manifestándose públicamente. Pero, incluso en esta misma demostración directa de su identidad, siempre resulta imposible de eliminar otro elemento que acompaña a la manifestación directa del pueblo, ese elemento es la representación. Para seguir con el ejemplo de la manifestación pública, allí se puede ver cómo los ciudadanos activos que participan revisten un cierto carácter representativo en la medida en que se expresan también por los ausentes. Así, en su *Doctrina de la constitución* (Schmitt, 1984) demuestra que la aclamación pública no alcanza para activar la voluntad política del pueblo y que, entonces, es necesario que el líder vitoreado represente y ponga en acto la unidad del pueblo que

lo eligió. De acuerdo con este criterio, Schmitt se convierte en un firme defensor de los sistemas presidencialistas de base plebiscitaria.

Veamos entonces la distinción entre las formas de dictadura porque esa es, a nuestro juicio, la clave para no abandonar a la indeterminación absoluta la diferencia entre democracia y dictadura. Schmitt distingue entre dictadura comisarial³, que tiene el objetivo de defender el orden constitucional vigente, y dictadura soberana⁴, que tiene por el contrario el objetivo de crear un nuevo orden en forma revolucionaria. En esta segunda definición Schmitt ubicaba a la dictadura ejercida por la Asamblea Nacional francesa al suspender la constitución, el 10 de octubre de 1793, y establecer un gobierno revolucionario provisorio, como así también a la versión leninista de la “dictadura del proletariado” que implicaba la derogación del orden legal burgués y la creación de una nueva constitución basada en principios comunistas de igualdad económica⁵. Estos ejemplos

³ En cuanto a la dictadura comisaria, Schmitt afirma en *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno. De la soberanía hasta la lucha de clases proletaria* (2013) que: “Suspende en concreto a la constitución para defender su existencia cuando esta está en riesgo. La dictadura defiende a una determinada constitución frente a un ataque que amenaza con suprimirla” (2013, p.148).

⁴ En cuanto a la dictadura soberana, Schmitt sostiene en el mismo texto de la cita anterior que: “Ve en todo el ordenamiento existente un estado de cosas que debe ser removido completamente por su conducto. Esta no suspende a una constitución vigente mediante el uso de un derecho contemplado en la misma, y en esa medida constitucional, sino que está encaminada a crear un estado de cosas en el cual sea posible imponer otra constitución considerada como auténtica” (2013, p.149).

⁵ Por supuesto, Schmitt no es el único autor que ha establecido un puente entre la Revolución Francesa (1789) y la Revolución Rusa (1917). Según la lectura de Enzo Traverso (2022), es un lugar común entre los autores conservadores relacionar ambas experiencias a partir del significado particular que le dan al concepto de revolución. Así, más allá de la distancia histórica y las particularidades sociales que las separan, ambas revoluciones, y casi podríamos decir todas las revoluciones, tienen la característica de presentarse como rupturas creadoras de un nuevo orden sostenido por masas activas en el contexto de una crisis social y política. El hecho de que la ruptura implique, sí o sí, el uso de la fuerza conlleva a que la fase constructiva de la revolución derive prontamente en fanatismo, terror y violencia sustentada por una ideocracia o una metafísica del terror.

históricos muestran bien que el tipo de dictadura soberana en la cual estaba pensando Schmitt remite a la primera forma en que el pueblo alcanza su unidad política a través de la identidad. Pero como vimos anteriormente, Schmitt reconoce el primado de otro modo de alcanzar la unidad, en este caso por vía de la representación política que es la verdaderamente capaz de poner en acto la voluntad colectiva. Desde la perspectiva de Schmitt, identidad es siempre también identificación, es decir, transformación de lo heterogéneo en homogéneo por medio de la representación política. Para el jurista de Plettenberg, ese era el problema que no podía resolver la democracia parlamentaria, que con su división de partidos llevaba a la disgregación de la unidad política. Para no poner en peligro la constitución del Estado, era necesario excluir las diferencias y anular el conflicto. Por la legitimidad que le confería el poder popular, Schmitt sostuvo que en los últimos años de la República de Weimar, era el presidente del Reich la máxima autoridad con capacidad de defender la constitución.

Ante el estado crítico en el que se encontraba Alemania en aquellos años hubo varias posiciones constitucionales en disputa. Las tres principales son las de Kelsen, Schmitt y Heller. De la primera algo hemos dicho cuando mostramos que el derecho (en tanto norma fundamental) se impone ante el poder. La segunda, la hemos visto recientemente, es la de Schmitt, en la que el poder (como voluntad decisional) se impone sobre el derecho. La tercera es la de Heller y ella invita a la interrelación entre el poder y el derecho. Lo primero que sorprende entonces de la lectura de Agamben es la referencia a una sola de estas tres, impidiendo ver el contrapunto en torno a qué y cómo considerar el estado de excepción o de emergencia. De este recorte se deriva una consecuencia más peligrosa todavía, la de relegar a la indeterminación absoluta cosas tan distintas como la democracia y la dictadura. En línea con lo que decíamos en el anterior párrafo, algo que salta a la vista del contrapunto entre los tres autores es que cuando Kelsen y Heller hablan de estado de excepción no se refieren a los conflictos políticos típicos de toda democracia parlamentaria, sino que su idea de situación excepcional tiene que ver con los ataques

a esa misma democracia. Según sus análisis, la situación de desorden y de caos que justificaría una intervención en los términos del artículo 48 de la constitución de Weimar era sólo aquella en que la democracia parlamentaria estuviera en peligro. En cambio, desde la posición de Schmitt, la excepción se configura a partir de cualquier conflicto que ponga en tela de juicio la unidad alcanzada a través de la representación política, de allí su desconfianza hacia los partidos políticos y la democracia parlamentaria.

El debate en torno a la constitucionalidad de la declaración del estado de sitio en la región de Prusia en 1932 pone de manifiesto el espectro variado de concepciones sobre la emergencia y sobre la distribución y la legitimidad de funciones entre los distintos órganos de poder. El problema es entonces doble: en primer lugar, es preciso establecer qué se entiende por una situación crítica o de emergencia, y, en segundo, determinar a quién le corresponde y quién es más eficaz para salvaguardar la constitución en tiempos de crisis. Según lo que hemos visto a partir de Carl Schmitt, ni el parlamento ni el poder judicial podrían desempeñar tal rol. El primero porque se halla privado de la rapidez y la unidad de criterio que se necesita para resolver situaciones extraordinarias, el segundo porque considera su propia acción en términos jurídicos más que políticos y porque llega siempre demasiado tarde. Como buen representante de la teoría neoabsolutista⁶, Schmitt consideraba que sólo la rama ejecutiva del gobierno era capaz de tomar una decisión inmediata y efectiva para resolver problemas verdaderamente críticos. Ante la obsolescencia del parlamentarismo y la democracia social de masas para asegurar la unidad de acción de los distintos sectores y partidos, Schmitt consideró necesario recurrir a la fuerza y legitimidad del presidente elegido por elección popular e investido de los poderes extraordinarios que le otorgaba el artículo 48 de la constitución de Weimar.

⁶ Para un desarrollo histórico amplio del problema de la emergencia y las distintas posiciones teóricas sugiere el libro de Gabriel Negretto, 1994, p.32).

Frente al riesgo de desintegración de la unidad del Estado por el conflicto entre sus partes es preciso, para Schmitt, que la función política se individualice al máximo y que el poder ejecutivo tenga plena capacidad para actuar como solicitan las circunstancias, incluso si eso requiere violar las leyes constitutivas del actual ordenamiento jurídico. El caso de excepción revela así otra concepción acerca de lo jurídico. En lugar de identificar el derecho con el orden despersonalizado y neutral de la ley, Schmitt lo redefine a partir de la voluntad individual que decide o es legitimada para decidir. Si la constitución era concebida por Kelsen como la organización fundamental de las normas, para Schmitt, la constitución significa la realización de la unidad política de un pueblo en un momento determinado. Según hemos explicado anteriormente, esa efectivización del poder popular es ejecutada por el presidente elegido por el pueblo y dotado, ahora sí por medio de la constitución escrita, de poderes extraordinarios que le permitan adoptar las medidas que crea necesarias para conservar el orden y la unidad política. De esa previsión constitucional se derivaría el hecho de que la suspensión de la norma no significa su entera abolición, sino solamente que una dictadura comisaria es instituida para resolver una situación de emergencia. En opinión de Giorgio Agamben: “Más que volver lícito lo ilícito, la necesidad actúa aquí como justificación de una transgresión en un caso singular y específico a través de una excepción” (Agamben, 2009, p. 61).

Como bien señala el filósofo italiano, la doctrina jurídica está dividida entre autores que sostienen la necesidad de una previsión constitucional o legislativa del estado de excepción y otros que, como es el caso de Schmitt, critican sin reservas la pretensión de regular mediante leyes lo que por definición no puede estar sujeto a normas. De hecho, Schmitt critica la redacción de la segunda parte del artículo 48: porque mientras la primera prevé la facultad absoluta del presidente de adoptar las medidas que le parezcan justificadas por las circunstancias; la segunda, al contrario, enumera los artículos de la propia constitución sobre los cuales el presidente no puede extenderse. Algo que, como vimos, es inadmisibile desde el punto de vista

de Schmitt que considera el estado de excepción como momento fundante de la decisión y la soberanía. En virtud de su contingencia y singularidad, el estado de excepción constituye un espacio fuera del derecho, por lo menos en el sentido en que lo entendía el dogmatismo jurídico que Schmitt criticaba. En cambio, para Agamben, que propone, de alguna manera, una lectura superadora de Schmitt: “el estado de excepción no es ni interno ni externo al ordenamiento jurídico” (Agamben, 2009, p. 59), sino solamente un lugar vacío que permite que los procedimientos de facto pasen a ser de derecho. De ahí que el filósofo italiano sostenga que no puede identificarse el estado de excepción con la dictadura, ya que en el caso de emergencia la desactivación de las normas no implica su entera abolición, sino solamente un umbral de indeterminación entre la aplicación y los principios jurídicos. Si en el caso de normalidad el momento de la aplicación es reducido al mínimo porque lo que impera son las leyes, en el caso de excepción la pura aplicación manifiesta su esencia en plenitud sin dejar por eso de vincularse con el derecho, del cual en realidad se vuelve fundadora. Problemática superación de Schmitt la que propone Agamben. Desde su perspectiva, Hitler no puede ser definido técnicamente como dictador por dos cosas: primero porque fue nombrado canciller por el legítimo presidente del Reich (Agamben, 2009, p. 95), es decir, por un gobernante autorizado por la soberanía popular que se manifestó y lo eligió (clara continuidad con la idea schmittiana del presidencialismo de base plebiscitaria). En segundo lugar, porque aquello que caracteriza al régimen nazi es haber permitido la subsistencia de la constitución vigente, es decir, la de Weimar, poniendo junto a ella una segunda no formalizada gracias al estado de excepción.

Por eso resulta llamativo que Agamben, advirtiendo que un uso frecuente pero desregulado del estado de excepción conduce a la liquidación de la democracia, no deje de identificarlo con un vacío y una interrupción del derecho que no puede regularse mediante leyes. Para nosotros, eso tiene que ver con la referencia únicamente a Schmitt que hace Agamben respecto de la controversia constitucional

de Weimar, lo cual le impide superar su pensamiento y comprender acabadamente el concepto jurídico de ordenamiento concreto. Cuando se extiende el análisis de la constitucionalidad del decreto de estado de excepción de 1932, lo que aparece es la necesidad de pensar cómo puede un régimen democrático realizar dos objetivos que parecen contrapuestos: por un lado, investir al gobierno de poderes necesarios para resolver una crisis; por otro, crear diversos controles sobre el uso de poderes de emergencia para no caer en el autoritarismo⁷. Muy lejos de Schmitt y de su reactualización agambeniana mediante la indiferenciación, Hermann Heller propuso algo desconocido para su época pero que hoy la teoría jurídica conoce con el nombre de examen de proporcionalidad (Vita, 2017, p. 147) El examen consta de tres partes: I) examen de idoneidad, II) examen de medios alternativos y III) examen de proporcionalidad en sentido estricto. El medio será idóneo cuando ayude a realizar el fin deseado, es decir, cuando contribuya al consenso democrático y no a la imposición del terror y la violencia. Será necesario cuando para lograr ese fin no exista otro medio más adecuado y menos restrictivo. Finalmente, la limitación de los derechos debe guardar una relación razonable con la situación que provoca la medida excepcional. Al proponer estos requisitos, el propósito de Heller fue cuestionar el principio según el cual es prerrogativa exclusiva e ilimitada del presidente decidir sobre un caso crítico. Según su posición, el poder legislativo debe mantenerse en funcionamiento y participar en la deliberación de las medidas a adoptarse, contribuyendo así a la limitación del poder ejecutivo y a la preservación del régimen democrático. Por otra parte, si retomamos

⁷ En este punto es importante aclarar que la necesidad de que el estado de excepción tenga algún tipo de previsión legal es antes que nada una necesidad histórica. De acuerdo con el análisis del jurista socialdemócrata Wolfgang Abendroth, el consejo parlamentario de Weimar comprendió muy bien que una cosa es prever posibilidades de excepción para sistemas constitucionales de estados que desde hace generaciones funcionan ininterrumpidamente en circunstancias de relativa juridicidad parlamentaria, y otra muy diferente plantearse esa misma posibilidad para Alemania, acostumbrada a ser gobernada por un sistema estatal autoritario y jerárquico (Abendroth, W., 1973, p.330).

la perspectiva de Kelsen, advertimos que el jurista austriaco señala que la intervención del poder judicial es (o debería ser) esencial para controlar el ejercicio de las facultades de excepción. Así, Kelsen aprovechó la oportunidad para enunciar una de sus principales críticas a la constitución de Weimar, la de no haber incluido la intervención de un tribunal constitucional que impidiera que la ejecución de toda sentencia quedaría en manos del presidente de Reich.

Para Heller, la necesidad de crear un derecho de excepción es contribuir a fijar los límites a los que debe estar sujeto el gobierno cuando decide aplicar el estado de excepción. En ese sentido, Heller preguntó primero por la idoneidad de la intervención, es decir, si el medio utilizado era correcto para resolver la crisis. En segundo lugar preguntó sobre las medidas adoptadas y si éstas cumplían con los límites que establecía la legislación de excepción (uno: que sean verdaderamente necesarias, dos: que no alteren el mínimo organizativo de la constitución, esto quiere decir prohibición de torturas, derechos de los detenidos, adecuada defensa, etc.). Por último, Heller argumentó sobre la importancia de que las medidas tomadas sean temporarias sin excepción. Como podemos observar, desde otros puntos de vista constitucionales diferentes a los de Carl Schmitt, se advierte cómo ciertas reglas mínimas pueden contribuir a la preservación de un gobierno democrático que adopta medidas de emergencia. Porque aunque sea verdad que en ciertos momentos excepcionales la concentración de poder en el ejecutivo puede ser necesaria⁸, también es verdad que la naturaleza de un régimen democrático podría ser seriamente dañada si no se mantienen la división de poderes y ciertas garantías

⁸ En *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*, Gabriel Negretto señala que en ciertas situaciones de crisis es inevitable que un gobierno democrático se vea forzado a actuar más allá del sistema normativo. Esto ocurre así porque muchas veces la emergencia requiere, para su resolución, no el apego formal al sistema sino de una cierta dosis de eficacia y rápida ejecución para resolver los problemas. Negretto sostiene así que un excesivo apego a la legalidad, cuando el orden normativo vigente resulta inadecuado para resolver la situación, también podría llevar al gobierno a un colapso institucional por su lenta reacción o falta de respuesta (Negretto, 1944, p. 42).

constitucionales básicas. De alguna manera esto nos conduce hacia una interpretación dialéctica del derecho tal como la plantea Heller en su *Teoría del Estado* (Heller, 1968, p. 296). Para el jurista alemán, quien pretende prescindir de la alternativa derecho o poder, norma o voluntad, objetividad o subjetividad, desconoce la construcción dialéctica de toda constitución real. Desde su teoría pretendemos relativizar la tesis de Agamben sobre la zona de indistinción entre hecho y derecho creada a partir de su noción de estado de excepción (a nuestro juicio una noción todavía muy deficitaria de la de Schmitt). Para Heller, la afirmación de Schmitt de que la constitución debe ser concebida como firme decisión sobre la unidad política y no como normación proviene de su radical incomprensión de la función que cumple el elemento normativo en el derecho.

Crítica a la tesis de la indeterminación y el vacío a partir de la concepción dialéctica del derecho

La última parte de *Teoría del Estado* está dedicada al concepto de constitución. Allí Heller desarrolla cuatro sentidos que se dividen en dos sociológicos y dos jurídicos (ambos poseen un sentido amplio y un sentido restringido respectivamente). La distinción conceptual está puesta al servicio de mostrar cómo se distingue su pensamiento del de Schmitt y del de Kelsen. La apuesta principal de Heller es desactivar, sociológicamente, la contraposición unilateral entre constitución formal y constitución material. Vimos con Schmitt la crítica al concepto de constitución jurídica-formal, es decir, a la constitución como principios lógicos/fundamentales que aparecen por escrito en un documento. Desde el punto de vista de la constitución material, Schmitt muestra otro modo de constitución del derecho a partir de decisiones y actos de realización concreta. Contra el puro racionalismo jurídico y sus principios universales, Schmitt hace consistir el derecho en la facticidad de una decisión y una voluntad determinadas en las que la validez es circunstancial y responde a la fuerza de esa

voluntad. Y si bien es cierto que en buena medida la constitución real y material de un Estado resulta de la actividad humana, y que el derecho posee validez solo dentro de una determinada sociedad histórica, eso no puede dar lugar a interpretar el derecho como un caos de sucesivas decisiones concretas. Según Heller, cualquier sesgo unilateral hacia la idealidad o la facticidad distorsiona el problema de la obligación jurídica.

Para Heller, el error de Schmitt es atenerse únicamente a los hechos positivos, a su enlace causal y a la afirmación de que la validez de las normas deriva del uso fáctico de la fuerza. Obviamente que en la base de toda constitución encontramos una voluntad comunitaria que participa en la creación de las normas, si no fuera así admitiríamos como cierto un orden puramente racional ajeno a la individualidad histórica. Pero en cuanto esa voluntad pretenda obligar legítimamente a determinados comportamientos, va a tener que superar la mera afirmación circunstancial de la fuerza por criterios ejemplares que permitan anticipar y exigir ciertas conductas específicas. Heller llama a esto derecho positivo y lo distingue de los principios lógicos, en el sentido de que su positividad es en verdad la objetivación de ciertas reglas de previsión y valoración que contribuyen a producir la continuidad histórica de la constitución real. También distingue Heller su concepto de positivismo de otro que imperaba en su época, es decir, el positivismo encarnado en la concepción jurídica de Carl Schmitt. Para Heller, el derecho no puede ser mero producto de la voluntad sin ninguna base suprapositiva de legitimidad, pues al lado de las reglas empíricas-decisionales tienen que aparecer los principios valorativos y previsores de las conductas. Solo desde una concepción dialéctica es posible superar el conflicto entre ciencia pura del derecho y filosofía política existencial. Pues, así como los principios jurídicos sin referencia situacional no dicen nada, ninguna decisión puede producir una continuidad de la constitución sin recurrir a criterios sociales de ordenación duradera y positiva. Y si bien es cierto que existen situaciones excepcionales e imprevisibles imposibles de legislar, no menos cierto es que el derecho de situación puede ser regulado

participativamente para que las voluntades intervinientes no se excedan en sus posibilidades de intervención y si lo hacen, puedan ser debidamente juzgadas.

Como vemos, la necesidad de pensar de manera relacionada la constitución material y la constitución formal nos sirve a nosotros para repensar el concepto de estado de excepción; yendo más allá de la tesis de Agamben según la cual: “el estado de excepción es esencialmente un espacio vacío, en el cual una acción humana sin relación con el derecho tiene frente así una norma sin relación con la vida” (Agamben, 2009, p. 155). Desde la perspectiva de Heller, la tesis de Agamben puede ser leída como continuadora de la unilateralidad con que se ha abordado el problema de la constitución del Estado. En efecto, al definir el estado de excepción como “una zona de anomia en la cual una pura normatividad sin aplicación se separa de una pura aplicación sin vigencia” (Agamben, 2009, p. 115), Agamben demuestra no tener en cuenta la imbricación dialéctica que para Heller caracteriza a todo ordenamiento jurídico. En *Teoría del Estado*, Heller insiste varias veces en que el conocimiento del derecho debe tener presente el carácter dinámico y estático de su objeto, es decir, el hecho de que su realidad actual consiste en la efectividad presente de la voluntad; pero que su realidad potencial se expresa en el postulado de la previsibilidad de las relaciones sociales a partir de determinados criterios valorativos.

En el caso del derecho de excepción, es necesario advertir que esa previsión no tiene que ver con las situaciones (pues estas se consideran excepcionales), sino con los límites a que deben ser sujetos los poderes que deciden sobre el estado de emergencia. La idea central es que la existencia de un mínimo marco normativo puede contribuir a la defensa de la democracia en situaciones de emergencia, evitando en principio la subordinación de las autoridades políticas a las fuerzas militares, garantizando en segundo lugar la división de poderes y, por último, permitiendo algún grado de revisión judicial de las medidas adoptadas durante la crisis. Si entendemos entonces la naturaleza dialéctica del derecho y el verdadero funcionamiento de la normatividad, no

podemos sostener, como hace Agamben, que el desarrollo del estado de excepción sea independiente de su formalización constitucional o legislativa (Agamben, 2009, p. 37). Analizando la situación de Weimar después de la primera guerra mundial, el filósofo italiano afirma que el impacto del estado de excepción fue mucho más determinante en Alemania que en Italia, dónde la institución no estaba explícitamente prevista. Esto es indudablemente cierto, coincidimos con Agamben en que la legislación de emergencia se ha convertido en una de las prácticas más habituales de los estados contemporáneos. La diferencia es que mientras él adjudica ese comportamiento al hecho de que el estado de excepción constituye una zona incierta entre orden jurídico y caso singular sustraído de observar la ley, nosotros, a partir de la lectura de Heller, creemos que el problema reside en sostener que es imposible o inútil valorar normativamente una situación de emergencia, suscribiendo así la tesis de Schmitt de que todo derecho es derecho de situación. Desde nuestra perspectiva, el peligro para el sostenimiento de una democracia relativamente estable no radica en las crisis que se puedan presentar, sino en la adopción de una filosofía y una práctica absolutista del poder para resolverlas.

Claro que, en el contexto del siglo XX, marcado por dos guerras mundiales y revoluciones, como la fascista o la rusa, que muy rápidamente han transformado su potencial emancipador en golpes de estado y puntos de inflexión autoritarios, es difícil no aceptar la tesis agambeniana de que el estado de excepción se ha convertido en el paradigma dominante de gobierno. Sólo que desde nuestra perspectiva la razón de este proceso debe buscarse en la historia y no en una teoría que contribuya a la indeterminación entre democracia y totalitarismo. Lo que quisimos mostrar con la obra de Heller son las terribles consecuencias de oponer radicalmente derecho y poder o norma y voluntad. Considerar al estado de excepción solamente como un espacio vacío de derecho sirve a los efectos de legitimar un ejercicio absolutista del poder político, que prescinde totalmente de la normatividad y la previsión legal. Desde un punto de vista histórico, la tesis de la zona incierta conlleva el peligro de poner entre

paréntesis la división entre democracia y dictadura. Eso lo explica muy bien Enzo Traverso en su libro *La historia como campo de batalla. Interpretar las violencias del siglo XX* (Traverso, 2022, p. 229). Allí, el historiador italiano muestra cómo, Agamben, al inscribir el concepto de estado de excepción en la tradición del existencialismo político le ha quitado su carácter histórico y lo ha transformado en una especie de universal. El caso emblemático para ver esto es el del campo de concentración, que en los términos de Agamben aparece como un espacio anómico en el que la ley está suspendida y el asesinato ya no constituye un crimen (Agamben, 2002). El campo de concentración y su personaje más sobresaliente, “el musulmán”, son para Agamben figuras de la indeterminación absoluta suspendidas entre la vida y la muerte. Así aparece el significado biopolítico del estado de excepción tal como lo entiende Agamben, en el cual el derecho incluye en sí al viviente a través de su suspensión como miembro de la comunidad política. En el campo, “el musulmán” se convierte en un individuo inclasificable jurídicamente en el que la vida desnuda es conquistada por un poder soberano sin límites ni mediaciones.

Conclusión

Para terminar, me parece importante señalar que Agamben no es el único filósofo italiano que sostiene la tesis de la indistinción entre democracia y dictadura. En su libro *El capital odia a todo el mundo. Fascismo o revolución* (2020, p. 78), Maurizio Lazzarato ejemplifica la imbricación entre estado de excepción y estado de derecho a partir de la declaración del estado de emergencia por parte del gobierno francés después de los atentados de 2015. Para Lazzarato, la ley “antidisturbios” de Emmanuel Macron contra la movilización de los chalecos amarillos contribuye a la perpetuación de las decisiones tomadas en “urgencia”, dando como resultado la hibridación entre democracia y absolutismo. La diferencia con Agamben es que, para Lazzarato, quien, en nuestros días, tiene la potestad de crear derecho en situaciones críticas no es el Estado totalitario en el sentido de Carl

Schmitt, sino el capital financiero y su máquina política de guerra. Esto no significa que el Estado deje de recurrir a la fuerza, de hecho, una de las maneras de ejercerla es a través del estado de excepción, pero lo que sí sucede es que el gobierno se termina integrando a la estrategia del capital tornándose su brazo ejecutor. Incluyo entonces la perspectiva de Lazzarato no solo para mostrar la actualidad de este problema, sino también para ver las distintas hipótesis de investigación. Como dijimos en la introducción, es el objetivo de este trabajo indagar críticamente el concepto de estado de excepción para ver qué es lo que sucede con la tensa relación entre democracia y dictadura.

En ese sentido, la tesis de Lazzarato resulta perturbadora para nuestra hipótesis contra la indistinción entre democracia y dictadura, pues es evidente que la subordinación del Estado y el sistema jurídico a los designios del capital hace mucho más difícil la demarcación entre democracia y absolutismo. ¿Cómo debemos considerar el comportamiento del poder político si en la era del capitalismo contemporáneo es el capital el que está continuamente destruyendo y produciendo derecho, y sin embargo no prescinde de la fuerza del Estado? ¿En qué medida afecta a la democracia el hecho de que el gobierno sea partícipe y gestor del desarrollo de una economía mundial jerárquica con una marcada división del trabajo? Para responder a estas interrogantes es preciso partir de la paradójica matriz que constituye al capitalismo actual en su forma neoliberal⁹. Hacia mediados del siglo XX, más precisamente entre las dos guerras mundiales, se configuró lo que suele llamarse *welfare state* o estado de bienestar. Esta nueva política económica, que surgió como respuesta a la reconstrucción de la guerra y la crisis del 29, tiene por objeto reemplazar la anarquía de la economía liberal de mercado por una intervención estatal que debe estimular la expansión económica y que, al hacerlo, contribuye

⁹ Aunque con diferencias respecto del de Lazzarato, se puede encontrar un diagnóstico similar en el *Nacimiento de la biopolítica* de Michel Foucault, en *La economía política Argentina: poder y clases sociales* de la socióloga Monica Peralta Ramos y en la reconstrucción sobre el neoliberalismo del historiador David Harvey en su texto *Breve historia sobre el neoliberalismo*.

a su propia legitimación como gobierno. De esta manera, el origen del neoliberalismo estaría basado en la unidad estratégica entre el capital y la fuerza del Estado, algo así como una coproducción entre las empresas transnacionales, su red internacional de comercio y la seguridad que brinda el Estado para su buen desempeño.

Mientras todo marche bien, el funcionamiento del dispositivo parece lógico, consensual y pacífico, pues fundamentalmente se trata de crear un espacio armonioso para la producción y la circulación de mercancías que esté exento de restricciones desmedidas pero ajustado a cierto marco regulativo. El problema sobreviene entonces cuando se desatan sus crisis, pues en esos momentos se requiere una mayor intervención de la fuerza del Estado para cumplir con las exigencias del capital. La violencia se vuelve entonces un componente indispensable para asegurar los flujos de producción y circulación establecidos por el capital financiero a nivel mundial. Todo ello nos pone ante la inminente tarea de seguir pensando las tensas relaciones entre democracia y dictadura en la era del neoliberalismo.

Referencias

- Abendroth, W. (1973). *Sociedad antagónica y democracia política*. Grijalbo.
- Agamben, G. (2009). *Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Adriana Hidalgo Editora.
- Chignola, S y Duso G. (2009). *Historia de los conceptos y filosofía política*. Biblioteca Nueva.
- Fioravanti, M. (2001). *Constitución de la antigüedad a nuestros días*. Trotta.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia sobre el neoliberalismo*. Akal.
- Heller, H. (1968). *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- Heller, H. (1985). *Escritos políticos*. Alianza Editorial.
- Kelsen, H. (1971). *¿Qué es justicia?* Planeta-Agostini.
- Lazzarato, M. (2020). *El capital odia a todo el mundo. Fascismo o revolución*. Eterna Cadencia.
- Negretto G. (1994) *El problema de la emergencia en el sistema constitucional*. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- Schmitt, C. (1999). *El concepto de lo político*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2001). *Teología política*. Fondo de cultura Económica.
- Schmitt, C. (2013). *La dictadura desde los comienzos del pensamiento moderno. De la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (1984). *Dottrina della costituzione*. Giuffrè.
- Stolleis, M. (2019). El proyecto social de la constitución de Weimar. *Revista de Historia Constitucional*, (20), 233-251.
- Traverso, E. (2022). *La historia como campo de batalla. Interpretar las violencias del siglo XX*. Fondo de Cultura Económica.
- Villar Borda, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado*, (20), 73-96.

Vita, L. (2017) ¿Quién debe ser el guardián de la constitución? *Lecturas y ensayos*, (99), 131-166.