

Inmunidad, autoinmunidad y excepción: filosofía y ley en tiempos de crisis

Gonzalo Velasco Arias*

Universidad Autónoma de Madrid**

Resumen: el objetivo de este trabajo es desvelar la naturaleza estructural del proceso de normalización de medidas de excepción que ha tenido lugar tras los atentados terroristas del 11-s. Nuestra hipótesis es que no se trata de un fenómeno coyuntural, sino que responde a la estructura lógica de la constitución política de la modernidad. Acudimos para ello a la dialéctica *communitas-immunitas* acuñada por Roberto Esposito, que nos sirve también para explicar la relación entre vida y poder (biopolítica). Aplicamos esta lógica al par norma-excepción estudiado en sus principales manifestaciones teóricas e institucionales modernas. Pretendemos con ello aportar los elementos para diagnosticar la normalización de la excepción de nuestro orden mundial contemporáneo.

Palabras clave: inmunidad, autoinmunidad, excepción, dictadura constitucional, soberanía, 11-s.

Abstract: the aim of this paper is to reveal the structural nature of the process of normalization of exception that has been taking place after the terrorist attacks of 9/11. We hold up that this is not a contextual phenomenon, but a result of the structural logic of modern politics. With this purpose we turn to Roberto Esposito's *communitas-immunitas* dialectic, by which we also intend to explain the connection between life and power (biopolitics). This concepts are put into practice in order to explain the connection between norm and exception both in their modern main theoretic and institutional manifestations. Our aim is to contribute to diagnose the normalization of exception process in our contemporary world order.

Key words: immunity, autoimmunity, exception, constitutional dictatorship, sovereignty, 9/11.

1. El marco explicativo de nuestra entera deducción viene dado por la difícil relación lógica entre *comunidad e inmunidad*¹. Pese a la prolijidad de pensamiento que motiva, el estatuto filosófico de la comunidad no suele ser explícitamente establecido. Quizás sea esa indeterminación la que, precisamente, genera su productividad. La comunidad designa una cierta lógica de la alteridad y de la diferencia. La reviste al tiempo de una semántica que alude a un referente político históricamente determinable, con el que su lógica subyacente entra en contradicción: en términos lógicos refiere a una diferencia constituyente, a una apertura inmanente a la alteridad que por tanto deja de ser tal; en cambio, su significante alude a las formas históricas de comunión identitaria. En esa antinomia se expresa el tercer plano de sentido que confluye en su término: un sentido crítico-genealógico o deconstructivo, es decir, interno a la dinámica hermenéutica de formación de los conceptos filosóficos. Dinámica representada por la

* Este artículo se ha realizado en el marco investigador posibilitado por el programa FPU del Ministerio de Educación, así como del Proyecto de Investigación "Penar Europa: democracia y hegemonía en la era tecnológica", MICINN FFI2009-10097.

** Departamento de Filosofía, mod. V, Facultad de Filosofía y Letras, Campus de Cantoblanco, c/ Francisco Tomás y Valiente 1, 28049, Madrid. gonzalovelascoarias@gmail.com.

¹ Recogemos así la importante aportación de R. Esposito: *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003; e *Immunitas. Protección y negación de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu, 2005.

historiografía en una línea cronológica en virtud de la cual la comunidad juega un papel de gozne, cuyo hito paradigmático es la obra de Nietzsche, hacia el pensamiento de la deconstrucción de las categorías identitarias de lo político. Resultado de esta traslación al tiempo monolineal es el cuarto sentido, esta vez exterior, fruto de una mala interpretación que resulta de postular la comunidad como posibilidad política por venir vinculada al ocaso de la modernidad.

Nos interesa aquí el plano lógico en función del cual diagnosticar como *inmunitaria* la razón de ser de la modernidad filosófico-política. Consideramos por tanto que la comunidad opera como una función de sentido en sí ahistórica, en relación a la cual se configuran las distintas concepciones epocales de lo político. Debe por consiguiente distinguirse de la presuposición de su posibilidad fáctica implícita en la coincidencia histórica entre el momento hermenéutico post nietzscheano, la crisis de la modernidad y la alternativa que representó a la dualidad entre comunismo y comunidad identitaria.

Una vez descartadas algunas de sus interpretaciones habituales, podemos proceder a aclarar su sentido interno. La comunidad expresa la forma de ser del ser entendido como *vida*. En términos nietzscheano-deleuzianos, es acorde a la dinámica de las *fuerzas activas* que, en contraste con la moral *reactiva* del *resentimiento*, asume ser apertura constitutiva, confluencia de instintos y afectos con el advenimiento azaroso de circunstancias que por ello ya no son externas². Expresa el ser como *donación* (de sí), sin creación de deuda ni de reconocimiento³. Obligación común de donar que plásticamente Roberto Esposito encuentra en la raíz del término *communitas*⁴. La inmunidad implica la *exoneración*, la *descarga* (*Entlastung*)⁵ de esa obligación a fin de proteger una vida desde ese momento entendida como propia. La aporía que este mecanismo entraña está en la fundación misma de la acepción moderna de lo político: lo propio nace con la inmunización, pero si la inmunización tiene como causa la necesidad de proteger es porque presupone lo propio. El esquema temporal-causal es el que introduce la dificultad: en sí misma, la inmunidad no puede tener como fin la protección y conservación. Estas sólo son causas en sentido retroactivo. En realidad, comunidad e inmunidad no se dan nunca de forma estanca. El uso mismo del lenguaje obliga a ello: comunidad es un término que significa un plano inmanente de sentido. En cambio, su

² G. Deleuze: *Nietzsche y la filosofía*, Barcelona, Anagrama, 5ª, 1998, pp. 61 y sigs.

³ Paradigmático de este pensamiento del don es “La virtud que hace regalos”, F. Nietzsche: *Así habló Zaratustra*, Madrid, Alianza, 8ª, 2005, pp. 122-129.

⁴ R. Esposito: *Communitas*, op. cit., pp. 21-51.

⁵ Se alude así al sentido análogo del concepto en la antropología filosófica, fundamentalmente en Arnold Gehlen.

definición implica ya en el *definens* la dimensión de trascendencia que niega la inmanencia ínsita al *definendum*: que la comunidad sea caracterizada como violencia, expropiación o don significa que se define desde la propiedad. No se puede concebir una comunidad no ya desde siempre inmunizada. El ejemplo más ilustrativo es el de Hobbes, que atribuye a la propiedad común de las cosas la violencia del estado de naturaleza y, con ella, el miedo a perder la vida o ver dañado el *propio* cuerpo⁶. Pero si hay violencia y miedo, es precisamente porque hay conciencia de lo propio. Lo político, así, nace como mecanismo artificial no para introducir la propiedad en la comunidad y evitar así la violencia. La propiedad ya está presente en el estado de naturaleza, por lo que lo político no hace más que garantizar mediante *fuerza de ley* su respeto. Por ello la comunidad es manifestación de la inmunidad, porque es la forma mediante la que la propiedad ya instaurada dice su opuesto. Y al decirlo, se confirma. De ahí que comunidad e inmunidad no puedan manifestarse aislados uno del otro.

Esta lógica inmunitaria explica la antinomia que vincula la política y la vida. La política es el instrumento para conservar la vida con vida. Pero al hacerlo, al coagularla en individualidad propietaria de sí, exonerarla de su deber de donar(se) y protegerla de las interferencias ajenas, también anula su esencia *diferencial* y comunitaria. De nuevo Nietzsche es quien de modo más radical ha expresado esta lógica antinómica, en su no siempre bien comprendida relación entre la salud y la enfermedad: querer conservarse y tener seguridad es en Nietzsche la expresión de un estado penoso, de la moral reactiva y resentida del esclavo que limita el verdadero instinto fundamental de la vida, que tiende en cambio a la expansión de la voluntad poder. La vida se afirma en el exceso (don, *munus*). La antinomia, por tanto, está en que la supervivencia de una fuerza (su mera conservación, sin expansión) se opone al proyecto de una potenciación que, al contrario, implica riesgo de muerte. Al limitarse a sobrevivir, la vida se debilita, *degenera*. Como ve bien Esposito, la salud total supondría la muerte, mientras que la permanencia en la enfermedad, la degeneración⁷. De ahí que en Nietzsche salud y enfermedad no puedan darse separadamente, y la vida del espíritu afirmativo deba concebirse como *recuperación* de la salud.

La exposición de esta lógica antinómica asociada a la noción de inmunidad tiene como objetivo la comprensión de la relación entre vida y poder que subyace desde a la soberanía clásica en un sentido hobbesiano, en virtud de la cual su representante podía matar a sus súbditos a fin de proteger su vida; hasta los genocidios del siglo XX,

⁶ T. Hobbes: *Tratado sobre el ciudadano (De cive)*, Madrid, Trotta, p. 18.

⁷ R. Esposito: *Bios. Biopolítica y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006, pp. 125-175.

pasando paradójicamente por la preocupación del poder por el bienestar y la calidad vital de sus súbditos. El mecanismo antinómico de la inmunidad permite comprender que la vida se conserva antinómicamente a través del poder, en lo que constituye una protección negativa de la vida. Del mismo modo que la salud y la enfermedad en Nietzsche, o al igual que la inmunidad y la comunidad, en sí coimbricados y sólo coexcluyentes en razón al modelo explicativo (temporal-causal) escogido, el poder y la vida se presentan siempre enlazados. La negación, así, no tiene por qué ser la de la sujeción violenta de la vida al poder: se trata más bien de constatar que la filosofía política moderna responde a la demanda autoconservativa con mediaciones como la propiedad, la soberanía, o la concepción negativa de la libertad que protegen la vida, sí, pero impidiendo su desarrollo. La inmunidad expresa esta coimplicación no excluyente de vida y poder que es estructural a la modernidad filosófico-política.

No obstante, la relación puede tornarse excluyente si uno de los elementos sobrepasa un determinado umbral de supremacía sobre el otro, como puede entreverse en la soberanía clásica y se hace patente en los genocidios del siglo XX. Este umbral fija un riesgo de *autoinmunidad*. La relación entre *excepción* y *norma* es la manifestación jurídica y por tanto histórico-fáctica de la estructura inmunitaria y su riesgo autoinmunitario: la norma requiere en casos de emergencia en los que no se dan las condiciones para su aplicación suspenderse a fin de restablecerlas. Un exceso y la consecuente normalización de la excepción supondrían un claro efecto autoinmunitario (como también una rigidez incólume de la norma sin lugar a ninguna excepción). El orden mundial contemporáneo posterior a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 se juega en los límites de ese umbral autoinmunitario. Procedemos a continuación a estudiar someramente las principales teorías e instituciones históricas de la excepción, para después analizar los dispositivos jurídicos concretos en los que se está materializando esta reacción autoinmune.

2. El primer entramado teórico sobre la excepción jurídico política al que vamos a apelar es el constituido por las obras de Carl Schmitt *La dictadura* (1921) y la *Teología política* (1922), y el posterior estudio de Clinton L. Rossiter *Constitutional Dictatorship. Law in times of crisis* (1948). Vamos a repasar asimismo sus fuentes clásicas más notables para después actualizarlas a través de la literatura que, a consecuencia de los atentados del 11 de septiembre de 2001 y de las correlativas medidas de emergencia adoptadas, está recuperando la discusión sobre el papel de la ley en tiempos de emergencia.

En *La dictadura*, Schmitt distingue entre normas de Derecho y normas de realización de Derecho⁸. Con ello intenta mostrar que el Derecho requiere de unas determinadas condiciones para su aplicación. Si esta circunstancia normal se ve trastocada, entonces se hace necesario que el Derecho se suspenda a sí mismo con objeto de implementar medidas destinadas a restituir las condiciones normales de aplicación. La institución de la dictadura es la previsión del Derecho para ese estado de necesidad (*Notstand*), mediante la que precisamente reconoce su insuficiencia, sintetizable en el adagio clásico *necessitas non habet legem*. De la aceptación o el rechazo de esta premisa, a saber, que el estado de necesidad sea, por definición, aquel para el que toda ley en vigor resulta insuficiente, depende la posición teórica respecto al problema de la excepción. Su rechazo implica la omnipotencia del Derecho instituido; su aceptación, en cambio, la asunción del espacio anómico en tiempos de emergencia, frente al cual se pueden adoptar posturas diversas según se defienda la posibilidad o la imposibilidad de limitarlo jurídica y constitucionalmente. Dicho de otro modo, en la postura teórica adoptada ante el *necessitas legem non habet* se juega o bien la ausencia de la anomia en el Estado de derecho liberal, su inclusión controlada en él o, al contrario, la supeditación del Estado de Derecho a un exceso político extralegal.

En la línea del reconocimiento de la insuficiencia del Derecho pero todavía dentro de él, Schmitt identifica en su estudio de 1921 la existencia histórica de un tipo de dictadura que denomina *comisarial*, destinada al restablecimiento del orden jurídico constitucional quebrantado por la situación excepcional. En cambio, la dictadura *soberana* apunta a un uso de los poderes extraordinarios con el fin de instaurar un nuevo orden político. La primera permanece determinada por el *poder constituido* mientras que la segunda es vehículo del *poder constituyente*. El referente histórico de la comisarial es la institución republicana que, con anterioridad a la designación de César como dictador vitalicio en el 46 a.C., concedía la dignidad de dictador para la ejecución de una determinada misión por el plazo de seis meses, en los que no estaba sujeto a la ley y gozaba de pleno poder sobre la vida y la muerte, sí, pero no podía modificar las leyes existentes ni proclamar leyes nuevas, como tampoco cambiar la Constitución republicana ni reorganizar los poderes públicos. Su nombramiento y cese, asimismo, recaía en el senado. La dictadura, así, era una institución constitucional de la República,

⁸ “Entre la dominación de la norma a realizar y el método de su realización puede existir, pues, una oposición. Desde un punto de vista filosófico jurídico la esencia de la dictadura está en la posibilidad general de una separación de las normas de Derecho y las normas de realización de Derecho”. C. Schmitt: *La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Madrid, Alianza, 1999, p. 26.

que no sustituía a la soberanía representada en el senado. Estos serán los mismos principios limitativos que Clinton L. Rossiter recupera tras la experiencia tanto de las dictaduras fascistas como del reconocimiento de la exigencia extraordinaria de los estados de emergencia. Su propuesta para situaciones de crisis extrema, la *dictadura constitucional*, es pues *ilimitada en su naturaleza y limitada en sus principios*. Consigue así una suspensión del orden constitucional dentro del mismo orden constitucional que, por tanto, no cesa durante el ejercicio excepcional del poder ejecutivo ilimitado⁹.

Schmitt rastrea el lugar de esta institución en la fundación teórico política de la modernidad. El término “comisarial” procede de Jean Bodin. En el marco de su legitimación teórica de la soberanía absoluta y perpetua, la comisión es la forma de dar entrada en el orden jurídico a la necesidad imprevisible de los hechos. A diferencia del funcionario, cuyo cargo es perpetuo y su función prevista por la ley, el comisario es designado *selon l'occasion* y su actividad termina con la ejecución del negocio. La necesidad que motiva la atribución de una comisión liga su acción a las exigencias concretas de los hechos y a las instrucciones del comitente, al contrario del funcionario, al que la formalidad de la ley que prevé sus funciones permite una mayor discrecionalidad¹⁰. El orden legal, que en condiciones normales se articula a través del funcionariado, previene a través de la comisión lo imprevisible, la necesidad de los hechos, inmunizándose ante la contingencia. Es decir, robustece e inmuniza la soberanía, que en ningún caso cuestiona. Incluso en el sistema de John Locke, que se deduce absolutamente del Derecho, hasta el punto de considerar como *the way of beasts* aquello que no se amolde a la ley, se asume la necesidad de la excepción mediante el reconocimiento de una prerrogativa regia que deja a la discreción de quien detenga el poder ejecutivo aquellas cosas que no pueden ser previstas por la ley¹¹. Significativo también es que Montesquieu, el teórico de la balanza de poderes, reconociera que “en ciertas circunstancias habría que cubrir con un velo a la libertad, lo mismo que se hace con las estatuas de los dioses”¹². Como consecuencia, el reconocimiento de un espacio ajeno a ese control recíproco de poderes reabre la cuestión de la soberanía.

En síntesis, la excepción comisarial se da en los confines del poder constituido, implica una *violencia conservadora*. La dictadura soberana a la que antes aludíamos,

⁹ C.L. Rossiter: *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, New Brunswick, NJ, Transaction Publishers, 5ª. 2007, pp. 15-29.

¹⁰ C. Schmitt: *La dictadura*, op.cit., p. 100.

¹¹ J. Locke: *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Alianza, § 159-168.

¹² Ch. Montesquieu: *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, capítulo VI, libro IX

vehicula un poder constituyente, es una *violencia fundadora*¹³. Distinto es el paso de Schmitt en la *Teología política*¹⁴, texto un años solo posterior a *La dictadura*: la soberanía definida por la atribución de la decisión sobre el estado de excepción no funda ni conserva, *suspende* el Derecho. Y lo hace mediante una decisión existencial, una decisión despojada de todo marco objetivo de valoración: es la decisión que determina quién es el enemigo de *El concepto de lo político*. La consecuencia de ello es que ese exceso político anómico hasta entonces reducido al momento constituyente es descubierto como el trasfondo siempre latente del Estado de Derecho. Ni dentro del Estado de Derecho ni externo a él como su opuesto: lo político anómico incluye el imperio de la ley, aunque sólo en momentos de crisis se revele sin la máscara de la normalidad.

Hemos presentado el par excepción-normalidad como manifestación jurídica de la antinomia inmunitaria: al igual que la vida se conserva a través de mediaciones que la coartan o incluso la niegan, como la propiedad o la soberanía, la norma se conserva mediante su propia suspensión. Schmitt, sin embargo, invierte el sentido de la relación: la decisión sin norma, que es el verdadero momento de lo político, se autolimita normativamente. Es la norma la que descansa en la excepción, no a la inversa. Como se ha demostrado (*necessitas legem non habet*) la norma *no puede* no caer en la excepción. En cambio, la excepción *puede* no caer en su reverso normativo: ello la convierte en soberana.

3. Procedemos a continuación a comprobar qué concepción de la soberanía y de la anomia corroboran los casos históricos de excepción jurídica desde la modernidad hasta nuestros días. La definición de los estados posibles del mundo de los hechos por parte de la Asamblea Constituyente Francesa del 8 de julio de 1791 en “estado de paz”, “de guerra” y “de sitio” otorga la pauta para los diversos mecanismos de acomodación constitucional de la excepción en casos de emergencia¹⁵. Esa acomodación refleja el intento de limitar constitucionalmente la institución de la dictadura siguiendo el modelo romano. No obstante, la genealogía de Rossiter ilustra la tendencia a la transgresión de

¹³ W. Benjamin: “Para una crítica de la violencia” en *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*, Madrid, Taurus, 1991, 23-46.

¹⁴ Entre ambos, como muestra G. Agamben: *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*, Valencia, Pre-Textos, 2004, pp. 79-95, media la crítica de Walter Benjamin a la primera versión schmittiana de la soberanía, en la que pretendía reivindicar una medialidad sin fines, un espacio político no sujeto ni al poder constituido ni al constituyente, ni al orden establecido ni al por venir: una *violencia pura* que ilustrativamente Benjamin ejemplificaba con la “huelga proletaria general” o con el “arranque cotidiano de ira”. El intento de salvar la anomia enriquece la propuesta schmittiana

¹⁵O. Gross, F. Ni Alóain: *Law in times of crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2006, p. 47 y sigs.

los límites legales presupuestos. El uso arcaizante de *l'état de siège* en constituciones contemporáneas para referirse a un estado de excepción general es ya muestra de ello: en origen, esta figura se aplicaba para ubicar fuera de la constitución a las localidades sitiadas en un contexto bélico. El abuso de la excepción en el periodo post revolucionario “del terror” derivó la aplicación del estado de sitio a cualquier situación de conflicto interior, diluyendo la concreción local a unidades territoriales más amplias e implicando una transferencia de las competencias legislativas al poder ejecutivo.

En efecto, la regulación constitucional del estado de excepción es arriesgada: mediante el reconocimiento jurídico de la circunstancia anómala como excepción, el ordenamiento se dota de una memoria defensiva ante futuras amenazas de incumplimiento. Para ello, incluye en el interior de la norma el exceso político no normativo que la funda y se opone a ella. En la línea teórica de la dictadura comisarial, la norma se conserva antinómicamente a través de su suspensión. Los sistemas constitucionales actuales articulan esta antinomia o bien de forma dual, distinguiendo entre “estado de guerra” y “de sitio” o “emergencia”, y los sistemas de clasificación múltiple, típicos de zonas política y naturalmente convulsas como América Latina. La brevedad de esta exposición impide entrar en un análisis de constitucionalismo comparado. Lo que nos interesa destacar es el diferente punto de vista desde el que puede interpretarse la previsión constitucional de los estados posibles de excepción: desde el prisma normativo, la plasticidad constitucional impide la arbitrariedad en la suspensión del orden civil en condiciones normales. Sin embargo, cuanto menor sea la concreción con que la Constitución refleja los casos en los que la norma puede ser suspendida, mayor la extensión de circunstancias a los que puede aplicarse la excepción. Recordemos cómo el funcionario de Jean Bodin gozaba de mayor discrecionalidad que el comisario, porque la acción de éste estaba circunscrita por los fines de la comisión. Esto puede resultar un obstáculo si se considera el carácter en esencia contingente de la necesidad: las diferentes categorías constitucionales de excepción, por muy amplio que sea su ámbito de referencia, no pueden prever ni prevenir las exigencias de las situaciones de emergencia por venir. Para esta postura, sería ingenuo pretender que los dispositivos de excepción conocidos puedan responder a los nuevos tipos de amenaza que depara la historia. Como resultará evidente, esta postura emparenta con el decisionismo jurídico schmittiano, para quien la declaración del estado de excepción es una decisión extra legal, sin referente objetivo, existencial, en la que los hechos y el derecho se confunden. Pero también corrobora esta postura el orden constitucional de los Estados Unidos de América, que dispone medidas para casos de emergencia pero

deja en una vaguedad sujeta a interpretación las situaciones en las que dichas medidas pueden ser aplicadas. Algunos de los casos más productivos de esa vaguedad son el artículo I, que contempla la posibilidad de suspender el habeas corpus en casos de rebelión o invasión que pongan en peligro la seguridad pública; o la Quinta Enmienda, que prohíbe privar a una persona de su vida, libertad o propiedad sin el “debido procesamiento legal” (*due process of law*)¹⁶. Se suman a ello contradicciones, como el hecho de que atribuya al Congreso el poder de declarar la guerra y de reclutar y mantener al ejército y la marina, mientras que el artículo II designa al Presidente del Ejecutivo Commander in Chief del ejército y la marina. Resultado de ello es que el principio de necesidad se convierte en fuente interpretativa del Derecho. Todo ello tiene lugar en virtud de la lógica del *common law* que permite que los derechos constitucionales no estén inequívocamente prefijados, sino que sean creados por el Tribunal Supremo por interpretación de la carta constitucional. Con ello, la necesidad de la facticidad histórica dicta la ley, que por tanto es siempre contemporánea.

Estas ambigüedades y contradicciones abiertas a la interpretación coyuntural hacen de Estados Unidos el escenario histórico ideal para valorar los riesgos autoinmunitarios de la antinomia inmunitaria que, como mostramos, constituye nuestra comprensión de lo político y, con ella, la relación entre el poder y la vida. No en vano Rossiter, al igual que Schmitt en *La dictadura*, advierte que Abraham Lincoln, “el mayor de los dictadores constitucionales”, violó algunos de los principios fundamentales de toda dictadura comisarial o constitucional: el 12 de abril de 1861 se erigió por decisión propia en Protector de la Unión y, además de otras medidas excepcionales, suspendió el derecho de habeas corpus entre Philadelphia y Washington, y convocó a la marina y la armada sin la autorización del Congreso, que sólo pudo ratificar sus decisiones soberanas en la sesión especial que el propio Lincoln convocó a estos efectos el 4 de julio. Lincoln justificó sus medidas apelando a “una demanda popular y a un estado de necesidad pública”. Creó así el precedente interpretativo para la apelación al principio de necesidad en casos de crisis o emergencia, que permite al mismo declarar la excepción a su mismo ejecutor. Casos de crisis de los que no están excluidas las económicas: coincidiendo con el periodo de entre guerras, Roosevelt solicitó al Congreso plenos poderes para combatir la Gran Depresión “como si de un enemigo exterior se tratase”¹⁷. También en Francia, en el mismo periodo, el gobierno de

¹⁶ R. Posner: *Not a suicide pact. The Constitution in a Time of National Emergency*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 9.

¹⁷ Citado por G. Agamben: *Estado de excepción*, op.cit., p. 36.

Poincaré solicitó “plenos poderes” en materia financiera que, de los cuatro meses iniciales, se extendieron hasta el final de la Tercera República, lo cual condujo a la práctica suspensión de los procedimientos normales de la democracia. Ahora bien, mientras Francia, tras la II Guerra Mundial, aprobó el artículo 13 de la Constitución de 1946 por la cual “la Asamblea Francesa es la única en votar las leyes, derecho que no puede legar”, la administración Truman siguió defendiendo ante los tribunales que la declaración del estado de emergencia debía corresponder al ejecutivo sin contar con los otros poderes. Hasta la proclamación de la *Military Order* por parte del Presidente Bush en su función de *Commander in Chief* o la autorización de la *USA Patriot Act*, se puede entender la historia contemporánea de Estados Unidos a través de los intentos del ejecutivo, difícilmente contenidos por el poder judicial, por desmarcarse del control recíproco de poderes en lo que respecta a la decisión sobre el estado de excepción.

En el sistema de control recíproco entre los poderes, los jueces cumplen la función de proteger las libertades civiles que James Madison logró incluir explícitamente en la Constitución de los posibles abusos del ejecutivo. Es por ello que su papel en tiempos de crisis es siempre el objeto del debate teórico. Amparándose en el tópico “*the Constitution is not a suicide pact*”, personajes como Richard A. Posner, él mismo juez, critican que los jueces sean los únicos con autoridad para salvaguardar los derechos civiles, sobre todo en tiempos de emergencia. Dado que los jueces del Tribunal Supremo son generalistas y no cuentan con el aparato administrativo ni la información confidencial suficiente, su protección de los derechos civiles en toda circunstancia puede ser perjudicial, argumenta Posner, para la seguridad nacional. De ahí la conveniencia de que los jueces transfieran sus funciones al ejecutivo en casos de necesidad. Por consiguiente, la carta de derechos no puede ser el referente objetivo que legitime la interpretación judicial de la constitución porque, según este punto de vista, también ella tendría validez solamente para una situación normal. Es ilustrativo traer a colación las dos fuentes de legitimación de la postura de Posner: en primer lugar remite al veredicto del Tribunal Supremo en el caso *United States v. Curtiss Wright Export Corp.* (1936), que sancionó que la soberanía nacional de los Estados Unidos emana de su triunfante revolución contra Gran Bretaña y no de la Constitución. La soberanía nacional no corresponde ni está confinada por la Constitución, sino que esta descansa sobre ese fondo político extralegal que, como hemos ya comentado, está siempre latente pero sólo se hace presente sin su máscara normativa en casos de necesidad excepcional. La segunda es el carácter interpretativo de la constitución que la hace siempre contemporánea. El terrorismo internacional actual no responde ni a la categoría de

“guerra” ni a la de “crimen”, por lo que tampoco está sujeto a los límites y garantías procesales de éstos. De lo contrario se estaría pretendiendo que la ley se aplicara inflexible y unilateralmente a una historicidad para la que no ha sido creada. Lo que es más: según esta posición la seguridad nacional prima sobre las libertades individuales. La prohibición de la tortura, por ejemplo, deriva de la Convención Internacional de la que Estados Unidos es firmante, no de la Constitución. Se colige de ello que el ejercicio de la tortura en tiempos de crisis para, como es el caso actual, obtener información preventiva que refuerce la seguridad nacional, puede estar justificado constitucionalmente aunque no pueda ser legal en virtud de los tratados internacionales¹⁸. Ninguna fuerza de ley, sólo la buena voluntad de los jueces para apelar a los tratados internacionales, vincula el respeto de los derechos fundamentales con momentos de emergencia nacional

4. No es este lugar para entrar en la compleja casuística que sostiene la suspensión de los derechos procesales básicos, incluido el habeas corpus, a los sospechosos de afiliación terrorista. Hemos preferido detenernos en el prisma conceptual que aporta la lógica de la inmunidad y en los precedentes teóricos e institucionales de las formas de excepción contemporáneas. Tampoco sobre el doble rasero (*double standard*) de aplicación de estas medidas a ciudadanos estadounidense o a *foreign nationals*¹⁹. Baste decir para concluir que la indeterminación de la constitución en su referencia a la suspensión del habeas corpus y al “*due process of law*” que debe garantizarse al detenido permite la flexibilidad de su interpretación según la lectura del estado de necesidad de la nación. En las manos de los jueces está determinar si una detención indefinida sin cargos ni juicio o el uso de la tortura es estrictamente inconstitucional. Y hasta ahora es una opinión consensuada que los jueces no han tenido poder suficiente para constreñir la acción del ejecutivo. Tampoco para impedir la aprobación de la USA PATRIOT Act, que reserva para los ciudadanos estadounidenses la definición tradicional de actividad sospechosa de terrorismo, mientras que para los no ciudadanos amplía el cerco hasta incluir crímenes ordinarios o la violación de las leyes de inmigración. Ese uso de la ley de inmigración²⁰ para un fin distinto al que motivó su propia institución revela la latencia de una soberanía anómica trascendente: en la

¹⁸ R. Posner: *Not a suicide act*, op.cit., p. 12.

¹⁹ Remito al excelente estudio de D. Cole: *Enemy Aliens. Double Standards and Constitutional Freedoms in the War of Terrorism*, New York, Cambridge University Press, 2006.

²⁰La instrucción del attorney general John Ashcroft a los fiscales del Estado en octubre de 2002 era la siguiente: “*neutralize potential terrorist threats by getting violations off the street by any lawful means possible, as quick as possible. Detain individuals who pose a national security risk for any violations of criminal or immigration law*”. Citado por D. Cole: *Enemy Aliens*, op.cit., p. 22.

relación antinómica entre norma y excepción, la reacción jurídica preventiva de Estados Unidos a la crisis detonada por el terrorismo internacional contemporáneo demuestra que es la norma la que está al servicio de la conservación de la excepción soberana.

Para concluir queremos dejar abierta una posible vía de investigación. Afirma Rossiter de la *dictadura constitucional* que es ilimitada en su naturaleza y limitada en principios. La aceptación del principio *necessitas non habet legem* implica asumir la existencia de medidas excepcionales, es decir, de “agujeros negros” dentro del sistema legal ordinario. De forma muy pertinente David Dyzenhaus distingue entre “agujeros negros” y “agujeros grises”²¹: estos últimos son las medidas excepcionales adoptadas por el ejecutivo que el poder judicial reviste a posteriori de la validez de la legislación ordinaria. Ello implica su filtración en el ordenamiento y su vigencia en condiciones normales. Esa es por consiguiente la verdadera veta para un efecto autoinmunitario de la excepción. Por lo tanto, concluye Dyzenhaus, desde el punto de vista del Estado de Derecho es preferible el reconocimiento de agujeros netamente negros, de medidas explícitamente anómicas. Ello no implica una concesión a la soberanía schmittiana que hemos descubierto en el uso excepcional de la ley ordinaria por parte de Estados Unidos. Autores como Oren Gross o Bruce Ackermann, siguiendo la estela de Rossiter, trata de integrar coherentemente la asunción de la necesidad de medidas excepcionales en estados de emergencia con la preservación activa del Estado de Derecho. Las medidas de excepción, por definición, no están limitadas por la ley ordinaria (es ilimitada en naturaleza). Pero ello no obsta para que en la práctica, haciendo uso del control recíproco de poderes, no pueda condicionarse de forma externa, indirecta. Ackermann y Gross, actualizando a Rossiter, plantean un condicionamiento externo del despliegue interno en sí incondicionado. Ackermann propone para ello el requerimiento de renovación parlamentaria del estado de emergencia a muy corto plazo. Para cada renovación la mayoría requerida sería más holgada, lo que con el tiempo hasta a una minoría parlamentaria podría impedir su declaración. Ese horizonte tan estrecho operaría como factor disuasorio de su declaración misma y de la arbitrariedad de las medidas cometidas. Tanto él como Gross²² exigen asimismo la constancia pública de toda suspensión extraordinaria de derechos procesales básicos y la evaluación posterior de la comisión. Nunca, eso sí, podría aplicarse el código penal ordinario

²¹ D. Dyzenhaus: *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, 2006, p. 42.

²² B. Ackermann: “The Emergency Constitution”, *Yale Law Journal*, nº 113, 2004, pp. 1029-91; O. Gross, “Chaos and rules: Should Responses to Violent Crisis Always be Constitutional?”, *Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1001-34.

retroactivamente a las medidas excepcionales adoptadas. Por último, a fin de evitar infiltraciones autoinmunitarias, todas estas medidas deben ser extra legales.

Desde la perspectiva *inmunitaria* que acepta la indisociabilidad de la norma y la excepción en la concepción moderna de lo político, este género de medidas de control legislativo y judicial indirecto deben mantener el papel subsidiario de la excepción para la conservación de la norma. Dicho de otro modo, para la actitud realista que asume la existencia de la anomia, ésta parece ser la vía no autoinmunitaria para conservar el Estado de Derecho liberal.