

# Sin frenos. La desconstitucionalización neoliberal<sup>1</sup>

Brakeless. The Neoliberal De-constitutionalization

Geminello Preterossi<sup>2</sup>

Traductor: Bruno Vendramin<sup>3</sup>

## Resumen

El Estado constitucional está bajo ataque. Si separamos Estado de derecho y soberanía democrática, derechos civiles y derechos sociales, se pondrá en peligro el mantenimiento de las democracias pluralistas. La declinación del Estado de Derecho corre el riesgo de ser una de las consecuencias más peligrosas del globalismo neoliberal y sus crisis. La demolición del Estado de Bienestar y el agotamiento tecnocrático de la política han generado, de hecho, una distorsión de las democracias constitucionales que puede allanar el camino al cuestionamiento del Estado de Derecho. Las narrativas ideológicas opuestas al Estado de Derecho pueden agruparse en dos visiones: una optimista, que ve en la globalización neoliberal la oportunidad de su difusión generalizada; una maximalista radical, que liquida por completo su herencia y su marco regulatorio. El artículo analiza estas dos tendencias para centrarse luego en el paradigma de la emergencia como desafío al Estado de Derecho.

24

**Palabras clave:** Estado de Derecho – neoliberalismo – emergencia – democracia – derechos sociales.

## Abstract

The constitutional State is under attack. If we separate *Rule of Law* and democratic sovereignty, civil rights and social rights, the holding of pluralist democracies is jeopardized. The sunset of the *Rule of Law* risks being one of the most dangerous

**Recibido: 1 de marzo de 2022 ~ Aceptado: 6 de junio de 2022 ~ Publicado: 20 de julio de 2022**

<sup>1</sup> El artículo fue publicado originalmente en la revista *Teoria politica. Nuova serie Annali*, IX, 2019, pp. 31-55.

<sup>2</sup> Grosseto, Italia, 1966. Es catedrático de Filosofía del Derecho y Teoría Política en la Universidad de Salerno, como así también director de su doctorado en ciencias jurídicas. Ha impartido conferencias y seminarios en múltiples universidades del mundo. Es miembro del comité de redacción de la revista *Filosofia politica* y del comité científico de la revista *Teoria Politica*. Además, es director del Instituto Italiano para los Estudios Filosóficos de Nápoles. Sus intereses filosóficos giran en torno al pensamiento político moderno y contemporáneo, la filosofía alemana, el neoliberalismo y el populismo. Entre sus obras más importantes se destacan: *I luoghi della politica. Figure istituzionali della filosofia del diritto hegeliana* (1992); *Carl Schmitt e la tradizione moderna* (1996); *Autoridad* (2002, Buenos Aires: Nueva Visión); *L'Occidente contro se stesso* (2004); *La politica negata* (2011); *Ciò che resta della democrazia* (2015); *Diritti senza spazio?* (2019) y próximamente *Teologia politica e diritto* (2022).

<sup>3</sup> Correo electrónico: [brunovendraminn@gmail.com](mailto:brunovendraminn@gmail.com)  <https://orcid.org/0000-0003-3414-0637>

consequences of neoliberal globalism and its crisis. The demolition of the welfare State and the technocratic depletion of politics have in fact generated a distortion of constitutional democracies, which can open the way for the questioning of the *Rule of law*. The opposing ideological narratives on the *Rule of Law* can be grouped according to two visions: an optimistic one, which sees in neo-liberal globalization the opportunity for its generalized diffusion; a radical-maximalist, which completely liquidates its regulatory framework and inheritance. The essay analyzes these two trends, to focus then on the emergency paradigm as a challenge to the *Rule of law*.

Keywords: *Rule of Law* – neoliberalism – emergency – democracy – social rights.

## 1. Ataque al derecho moderno

Parto de una premisa de higiene conceptual relativa al positivismo jurídico y al Estado de Derecho como gobierno de las leyes: la artificialidad del derecho implica la circularidad derecho-poder y poder-derecho. Como Bobbio (1999, p. 186) afirma con claridad, “el poder sin derecho es ciego, el derecho sin poder está vacío.” El problema del derecho público tradicional es la legitimidad del poder, mientras que para el normativismo es la efectividad del sistema normativo. Se trata de dos caminos relacionados que arriban al mismo punto de llegada. Si para el positivismo jurídico “no es la verdad, sino la autoridad, quien hace la ley” (según la famosa máxima hobbesiana del *Diálogo entre un filósofo y un jurista*), para el Estado de Derecho – entendido en sentido amplio, que de alguna manera se remonta a la antigüedad clásica como “gobierno de las leyes”: se trata de uno de los dos criterios para distinguir el buen gobierno del mal gobierno, siendo el otro la contraposición del bien común al de quien manda (Bobbio, 1999, p. 193)–, “no es la autoridad quien hace la ley sino la ley quien hace al rey”, principio enunciado por Henry Bracton en *De legibus et consuetudinibus Angliae*.

Gracias al constitucionalismo moderno, el ideal clásico del gobierno de las leyes ha encontrado su forma institucional en un sistema de poderes legales-rationales. Por lo tanto, desde este punto de vista, normativismo positivista y teoría del gobierno de las leyes (Estado de Derecho) son análogas y convergen: ambas consideran al poder desde el punto de vista del derecho. Pero el normativismo positivista termina por encontrarse con la teoría política (o potestativa) del derecho (Bobbio, 1999, p. 197). Este nexo necesario entre positivismo y teoría del poder legítimo es la consecuencia de un presupuesto común: la exclusión de la validez del derecho natural.

Desde luego, siguen siendo dos puntos de vista y de partida distintos: para la teoría normativa (positivista), de la cual uno de sus máximos exponentes es Kelsen, la norma fundamental instituye al poder jurídico. Una tesis que, como es conocido,

implica muchos problemas y una aporía de fondo: tal súper-norma del sistema positivista es paradójicamente una norma *sui generis* no puesta sino presupuesta: se trata de una norma presupuesta no *a priori* sino solo *ex post*, es decir, en la medida en el que el ordenamiento sea efectivo. Aquí no se puede no hacer referencia al razonamiento de Kelsen (1966, pp. 60-63) sobre la distinción entre un ordenamiento legítimo y una banda de ladrones, cuestión a leer en estrecha conexión con el problema de la relación validez-efectividad y, precisamente, el de la función de la norma fundamental: en definitiva, el criterio para distinguir una banda ilegítima de un grupo jurídico e identificar la validez de un ordenamiento jurídico está en el hecho de que éste es efectivo, es decir, que su pretensión normativa general resulta suficiente y duradera, haciendo por esto presuponible una norma hipotética que prescribe la obediencia al poder constituido. En cierto modo, la norma fundamental enuncia mínimamente (intentando cubrirla con un aura de prescriptividad) las *condiciones políticas* de la misma normatividad (positivista). En resumen, tiene una función de *transformador jurídico*: una función no solo realmente normativa, sino explicativa y calificativa. Todo esto expone la teoría normativista a la acusación de ser contradictoria, normativizando el hecho, tanto de la crítica que subraya que no ha sido liberada de las típicas duplicaciones metafísicas a las que se contraponen (la norma fundamental toma el lugar de la soberanía, de alguna manera oscureciéndola) como de la hipoteca de lo político sobre lo jurídico (liberación imposible, queriendo mantener la fe en supuestos anti-derecho natural). En suma, Kelsen, en virtud de su desesperada coherencia positivista, se ve obligado a involucrarse en una telaraña de contradicciones inextricables. Mientras que para la teoría política del derecho (positivo) las cosas son más fáciles y lineales: es el poder constituyente el que produce el ordenamiento jurídico.

El problema, ya intrincado, ulteriormente se vuelve espinoso cuando, con el Estado constitucional de Derecho, se establece una legalidad reforzada de rango precisamente constitucional para obligar al poder legislativo (y, por lo tanto, para blindar al gobierno de las leyes de las posibles derivas del *Rule by Law* más eficazmente del sistema de poderes legales-rationales, es decir, el Estado de Derecho moderno). Porque en el Estado constitucional principios y derechos fundamentales fueron positivizados por el poder constituyente, y en la medida en que esto no sea normativizable *ex ante*, resulta claro cómo al origen del máximo intento de fortalecer el derecho frente las derivas del poder existe la centralidad del motor normativo identificado por la teoría política del derecho: el poder constituyente. No por casualidad Ferrajoli *presupone* el poder constituyente pero no lo incorpora en la teoría normativa: lo nombra, reconoce su función creadora, pero lo suprime de lo jurídico –o en cualquier caso lo coloca en un “punto límite” no investigable (Ferrajoli, 2007,

pp. 854-859). De hecho, para Ferrajoli no juega un rol en la determinación de la normatividad del derecho respecto a sí mismo sino históricamente (y, por lo tanto, políticamente). Un esquema que responde perfectamente a la imagen de la razón jurídica como razón axiomática y a su presunta autosuficiencia, una vez que la máquina jurídica se ha iniciado; pero este es el punto ciego: el origen y sus retornos. Se trata de un intento extremo –análogo al habermasiano (Habermas, 2013) incluso si es perseguido con una estrategia metodológica distinta– de inmunizar lo más posible a la normatividad de la política (decisionista) y, al mismo tiempo, de evitar el desplazamiento de la validez jurídica sustancial en validez de derecho natural *tout court*. En resumen, Ferrajoli de un lado piensa liberarse, con un movimiento realista, de la norma fundamental con sus paradojas; del otro, considera al poder constituyente un hecho normativo, de cualquier manera, externo al sistema normativo mismo (o a su límite), sobre el cual la teoría normativa puede decir poco si no presuponerlo. Y aquí la cuestión de la clausura del sistema, a través de su presuposición, retorna.

En resumen, existe una relación de implicación ineludible entre positivismo jurídico y Estado de Derecho (por mucho que partan de máximas opuestas). Y la *crux* en la cual teoría normativa y teoría política del derecho están destinadas a encontrarse, a compartir el mismo punto-límite, se pone de nuevo al interior de la teoría del Estado de Derecho como gobierno de las leyes exactamente como se ponía en el positivismo jurídico. Tal *crux* tampoco es superada en la teoría del Estado democrático de Derecho y la democracia constitucional. Esto no significa en absoluto que Estado de Derecho y Estado constitucional de Derecho sean meras ilusiones o coberturas ideológicas, sino que la cuestión del poder (coactivo) y el nexo derecho-poder son ineliminables y se reproducen incluso cuando se asume el punto de vista del gobierno de las leyes.

El Estado constitucional de Derecho está bajo ataque. Culturalmente, esta ofensiva ha sido preparada, o en cualquier caso favorecida, por vertientes opuestas y conductas con estrategias teóricas muy distintas. Al punto que hoy se ha vuelto problemático también definir un entendimiento común sobre lo que es el *Rule of Law*<sup>4</sup> (Dyzenhaus, 2006; Plant, 2010; Bingham, 2011; Davies, 2014; Silveira Marques, 2018; Slobodian, 2018). Incluso si su raíz es liberal, en mi óptica *Rule of Law* significa, en una sociedad pluralista y pluriclasista, Estado constitucional de Derecho, que es una suerte de Estado de Derecho tomado en serio, generalizado a todos los sujetos involucrados. Por lo tanto, creo que es muy difícil excluir los derechos sociales y en general aquello que Rodotà (2012) llamaba “el constitucionalismo de las necesidades”,

<sup>4</sup> A lo largo del artículo se mantiene la denominación *Rule of Law* –traducida generalmente en castellano como “imperio de la ley” o “gobierno de las leyes”– dada la significación histórico-conceptual concreta que tiene este término en el mundo jurídico (*N. del T.*).

desde una concepción no formalista (y excluyente) de Estado de Derecho, en sociedades que ya no son las del siglo XIX, jerárquicamente homogéneas, de las clases de propiedad y cultura (Gneist, 1897). De Weimar en adelante esta ha sido la lección del siglo XX que hemos eliminado. Si se separa *Rule of Law* y estatalidad, derechos civiles y soberanía democrática, Estado de Derecho y constitucionalismo social, se ponen en peligro las propiedades de la democracia pluralista, es decir, aquella compleja estructura que permite evitar el dominio directo del hombre sobre el hombre y que en la sociedad de masas tiende a presentarse en forma plebiscitaria.

Como correctamente ha puesto de relieve Roberto Bin (2016, p. 44), la utilización sistemática de *Rule of Law* en lugar de *Rechtsstaat* no es neutral: en realidad, aparece como un movimiento ideológico funcional a la renuncia a la estatalidad del *Rechtsstaat* y a su carácter social. El Estado social de Derecho es una construcción que ha venido edificándose, con enorme dificultad y luchas durísimas, al interior de los perímetros de los Estados nacionales, es decir, en los límites dentro de los cuales operan las reglas de los impuestos y de la representación política. Impuestos y representación son a su vez dos gametos que, uniéndose, dan vida al Estado constitucional, es decir, la forma de Estado en el cual el poder público (de la cual el impuesto es la expresión típica) está sujeto al derecho y esto es legítimo si lo producen órganos apoyados en el consenso electoral, esto es, por aquellos que deben pagar impuestos (Bin, 2016, p. 49).

Pese a las formulaciones de la ONU sobre el *Rule of Law* como límite a los poderes y toda la retórica globalista sobre la legalidad universal, debe decirse que hoy los poderes más amenazantes no son ciertamente los estatales (o sólo ellos). Hemos vuelto al problema de Hobbes: “El Leviatán ya no puede imponerse e incorporar el enorme poder económico ejercido por sujetos privados. Son hombres los que hoy imponen su poder incontrolado sobre otros hombres y sobre los Estados. Es su prepotencia a destruir la defensa de nuestros derechos; su voluntad no es limitada por las reglas establecidas por los Estados ni existe juez que pueda sancionar sus comportamientos. El *global Rule of Law* no es mucho más que una esperanza y, desde luego, no es suficiente para restaurar las condiciones mínimas del *Rechtsstaatlichkeit*” (Bin, 2016, pp. 55-56). Las desigualdades que se derivan de esto son insostenibles: no sólo para el Estado social sino también para la democracia y para el Estado de Derecho mismo (basta recordar la pretensión reclamada en el TTIP<sup>5</sup>, por ahora parcialmente abortada, de demandar y someter a árbitros privados a los Estados que adopten legislaciones sociales, del trabajo y ambientales que desfavorezcan a empresas

<sup>5</sup> *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP), conocido en castellano como *Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión* (ATCI), refiere a la propuesta de tratado de libre comercio entre Estados Unidos y la Unión Europea, actualmente en etapa de negociación (*N. del T.*).

multinacionales y sean capaces de limitar sus márgenes de ganancia). Las reacciones populistas están ligadas a las consecuencias de este nuevo estado de naturaleza global.

Por estas razones, es legítimo tener dudas sobre ciertos usos anti-estatalistas de la noción *Rule of Law*, proyectada en el contexto globalista, que pueden contribuir al desmantelamiento de los vínculos sociales y de las mismas subjetividades democráticas. En efecto, si es verdad que, quizás, no existe más la clase como un todo compacto (probablemente nunca haya existido, habiendo sido siempre el fruto de un proceso de construcción de la subjetividad política, aunque ciertamente han existido condiciones materiales más favorables a la constitución y reconocimiento de una clase), lo cierto es que existen los *intereses* de clase. Así, en las últimas décadas, ha existido una fuertísima lucha de clases desde arriba (Gallino, 2013). Creo que se puede decir que la declinación neoliberal del *Rule of Law* fue objetivamente parte de él.

Mi tesis es que, en un contexto de polarización extrema y sin mediación entre lo alto y lo bajo, una de las consecuencias más tóxicas del globalismo neoliberal (y de la crisis que ha producido) corre el riesgo de ser la declinación del *Rule of Law*. La destrucción del Estado social (instrumento fundamental de inclusión) y el vaciamiento tecnocrático de la política han generado, de hecho, la deformación de las democracias constitucionales, que puede allanar el camino para el cuestionamiento del propio Estado de Derecho. Hay que tener mucho cuidado porque tras el intercambio derechos civiles-derechos sociales (de signo regresivo, porque sacrifica la justicia social y el trabajo) podría darse incluso el sacrificio de los primeros sea para estabilizar el orden capitalista de derecha o en virtud del caos generado por la resistencia antioligárquica (si ésta no encuentra una puesta en forma y una respuesta).

Las narraciones ideológicas opuestas sobre el *Rule of Law* pueden ser agrupadas en dos grandes visiones: una optimista, que ve en la globalización neoliberal la oportunidad de su difusión generalizada; una maximalista radical que no se limita a criticar las diferencias entre el modelo y la realidad y los usos ideológicos incoherentes del *Rule of Law*, sino que liquida, en su totalidad, su herencia y su marco regulatorio. En mi opinión, tales lecturas optimistas como la de Palombella (2012) en Italia (pero también las de Sabino Cassese y Maria Rosario Ferrarese, quienes sin embargo parcialmente están ajustando el rumbo), no presentan un análisis crítico. Incluso las liquidaciones radicales del *Rule of Law* como “régimen de legalidad” (en la retórica de la escolástica foucaultiana) están cargadas de simplificaciones distorsivas, como por ejemplo algunos pasajes de la propuesta polémica-interpretativa de Ugo Mattei y Laura Nader (2010). Seguiré estas pistas para luego tematizar la cuestión de la excepción/emergencia como desafío, pero también en ciertos aspectos como trampa interna, al gobierno de las leyes.



## 2. La pretensión absolutista del neoliberalismo

Intentemos ejemplificar las tesis y la modalidad de acercamiento más o menos común de la visión optimista: el primer punto está en que la globalización representaría un cambio radical que deja fuera de juego a los instrumentos tradicionales del derecho público europeo (en particular los continentales). Una tesis que contiene una verdad parcial, pero a menudo propuesta con tonos enfáticos y exagerados, que hace olvidar la persistencia de los Estados como actores principales de la política internacional<sup>6</sup>, la larga duración de las diferentes olas de los procesos de integración global<sup>7</sup>, la necesidad de distinguir entre dimensión descriptiva-realista y performativa-ideológica (por ejemplo, cuando se habla de *governance*, palabra *passpartout* para nada neutra que se usa frecuentemente como un talismán para calificar positivamente a formas de regulación opacas o no bien definidas<sup>8</sup>). Como lúcidamente ha subrayado Dieter Grimm (2015, p. 110), el Estado ha perdido el monopolio del poder público pero ninguna organización supranacional lo ha conquistado. Las analogías con el medioevo no ayudan a comprender el presente y hablar de neomedievalismo jurídico es inadecuado: en el medioevo existía una yuxtaposición de un gran número de detentadores del poder de gobierno en un sistema general. Por el contrario, las instituciones que ejercen el poder público internacional en la actualidad se encuentran como islas de un mar en el cual, como antes, los Estados tradicionales predominan (por mucho que hayan cedido un poco de poder). Además, en el medioevo los titulares de derechos soberanos estaban todos ligados a un orden jurídico hecho por Dios, jerárquico y descentralizado solo en su implementación, mientras hoy el derecho internacional es fragmentado (Grimm, 2015, pp. 108-109). Después está –y quizás este es el punto principal del análisis de Grimm– una cuestión democrática decisiva colocada en el centro del constitucionalismo contemporáneo: “La función más importante de la soberanía está hoy en la protección de la autodeterminación democrática de una sociedad políticamente unida, con respecto al ordenamiento que mejor la sostiene [...] En la medida en la que no hay ningún modelo convincente de democracia global, las fuentes de la legitimación y del control democrático no pueden permanecer sino a

30

<sup>6</sup> Una cuestión que incluso los críticos del neoliberalismo, globalistas liberales-progresistas, tienden a sobrevalorar (véase, por ejemplo, recientemente Crouch, 2019).

<sup>7</sup> Entre la globalización de fines del siglo XIX y los principios del siglo XX, dominada por el *laissez-faire* –que ha producido dos guerras mundiales y la Gran Depresión de 1929, y que se asimila mucho al absolutismo global-liberal de las últimas décadas, incluso en los efectos que puede generar–, y la cooperación y la integración comercial (occidental) de Bretton Woods existe una gran diferencia.

<sup>8</sup> “Sería engañoso y unilateral [...] representar el mundo global simplemente cambiando la óptica de lo público a lo privado, como del el Estado al mercado. La *governance* global exige una representación más compleja” (Palombella, 2012, p. 7).

nivel estatal. Hoy la soberanía protege la democracia” (Grimm, 2015, p. 128). El desarrollo de instituciones supranacionales y de jurisdicciones internacionales no se ve obstaculizado por el desarrollo de este significado de soberanía.

Si la metáfora de la red se ha vuelto hegemónica en el ámbito jurídico no es solo por su analogía con la web, sino también porque, con su propaganda y principalmente por su ilusoria horizontalidad, sugiere la sensación de la atenuación de las relaciones de poder y de una generalizada democratización liberal. Naturalmente, es verdad que existe una red de regulaciones que pueden ser calificadas, de alguna manera en la senda de Foucault, como “regímenes” (como por ejemplo las reglas fijadas por el Comité de Basilea dentro del Banco Internacional de Pagos para la convergencia de las instituciones financieras, los mecanismos establecidos por el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio o el Banco Mundial). Pero, además de que la mayoría de las veces se trata de instituciones muy poco democráticas, es evidente que los intereses y principios en los cuales se inspiran no son, ciertamente, los protegidos por el Estado constitucional de Derecho; por no hablar de los fracasos en que incurrieron estas instituciones, por ejemplo en la última década, a partir de la explosión de la crisis en 2008 (fracasos en algunos casos admitidos por los propios implicados, como cuando el FMI reconoció haber sobrevaluado las consecuencias negativas de las recetas impuestas en Grecia). Sin embargo, desde el punto de vista teórico, el punto relevante es otro: calificar a las instituciones de la *governance* como *Rule of Law* global es erróneo porque implica una expansión inadecuada del concepto. Para calificar este tipo de actividad regulatoria-gestional post-política, fundada sobre el control algorítmico, me parece bastante más significativa la noción de “governance par le nombres” elaborada recientemente por Alain Supiot (2015). Una suerte de “epistocracia”<sup>9</sup> que pretende crear un derecho nuevo, más elástico y pragmático, de dudosa legitimación política y con un vínculo incierto con el constitucionalismo democrático y social, pero útil a adecuar íntegramente el Estado al finanzcapitalismo (Gallino, 2011), volviéndolo plenamente un instrumento de derecho privado, dominado por el contrato y el comercio, donde la devaluación del trabajo y la mercantilización de todos los ámbitos de la vida y los bienes públicos resulta inexorable.

La mitología de la red ha jugado en contra del sistema “piramidal” y “vertical” llegando a poner en discusión la idea misma de jerarquía de las fuentes. Pero el hecho

---

<sup>9</sup> No creo que sea casualidad que en este momento proliferen textos híper críticos sobre la democracia, el ejercicio de la soberanía popular y las elecciones en nombre de la autoridad de los “expertos” (de dudosa independencia y neutralidad) producidos por el *establishment* neoliberal: me limito a citar los libros de Brennan (2018), Mounk (2018), Van Reybrouck (2015). La crisis de consenso producida por los fracasos de las políticas de austeridad ha provocado el desvelamiento del verdadero rostro del poder neoliberal, más allá de la retórica de la libertad (economicista): el de la oligarquía envuelta de *expertise*.



de que el sistema de las fuentes se haya vuelto cada vez más complicado y poroso no puede ser asumido en sí mismo como un dato ineludible y, por lo tanto, no controlable (según la ideología de la naturalización que es uno de los rasgos típicos del neoliberalismo, funcional a negar la naturaleza ideológica incluso de la existencia sobre la base del presupuesto de que la radicalización del paradigma del *homo oeconomicus* permite una suerte de revelación antropológica-social capaz de superar definitivamente la politicidad de lo humano). Aquí la ambigüedad entre descriptivo y normativo es evidente: la ideología del progresismo neoliberal ha capturado las instancias anti-autoritarias volviéndolas hacia la consolidación de los poderes privados y a la deslegitimación de las regulaciones colectivas. Así se corre el riesgo de suprimir el hecho de que la jerarquía como ideal, tendencialmente, servía a la certeza del derecho y había sido el presupuesto para el control del poder. Asimismo, me parece muy problemático –por razones tanto históricas como teóricas, políticas como normativas– que la noción de *Rule of Law* pueda ser concebida como absolutamente independiente de la de Estado de Derecho y, por lo tanto, separada de la estatalidad y trasplantable en el espacio liso y gaseoso de los flujos. Por otra parte, tales narraciones están siempre obligadas a saldar cuentas con la realidad y chocan con ella: la persistencia de la violencia, el resurgir de demandas identitarias rechazadas de forma demasiado simplista, las necesidades de protección social desatendidas, el impulso a la reterritorialización son los principales indicadores del carácter distorsivo e ineficaz de la promesa neoliberal (para la cual, liberándose del *government* en nombre de la *governance*, florecerían las libertades y las subjetividades inmanentes: en cambio, lo que ha ocurrido fue la rotura de los vínculos sociales y el crecimiento del sentido de inseguridad). No es casualidad que, frente a este núcleo duro que contradice las narraciones optimistas sobre un presunto auto-ordenamiento espontáneo y post-político del mundo global, se asista al retorno (a menudo en forma tranquilizadora más que ordenadora) del rostro sombrío de lo político en su inmediatez, de una suerte de hiper-soberanía –con sus muros (Brown, 2013) y emergencia– que es el efecto compensador del vacío de la soberanía democrática y de la negación de los espacios políticos concretos.

32

Cuando se comprueba que el *Rule of Law* expulsa a los poderes soberanos (indiscriminadamente, es decir, también a los poderes democráticos) de su vertiente positivista colocada institucionalmente más allá de su zona de control –de su *gubernaculum* (Palombella, 2012, p. 11)– en nombre de la mitigación del poder y de la obsesión anti-soberana (Luciani, 1996)<sup>10</sup>, podría subestimarse el riesgo de que, sin

<sup>10</sup> Que la soberanía, la cual ha sufrido profundas transformaciones en la modernidad tardía (exactamente igual que el Estado), pero ciertamente no ha desaparecido, se considere indiscriminadamente como un poder salvaje o neo-autoritario y no un instrumento que ha permitido neutralizar las guerras civiles y construir un espacio

contrapesos, los que prevalecen son los poderes transnacionales. Hoy el derecho del más fuerte no se ubica tanto en la autoridad política-estatal y en el *government* sino en la presión privatista a despojar a los bienes colectivos y a los poderes públicos, dando lugar a un movimiento contrario al período socialdemócrata. Tal forzamiento neoliberal del *Rule of Law*, que privatiza y desautoriza al Estado constitucional como Estado social democrático, hoy no es una garantía de la libertad concreta relacionada sino el caldo de cultivo de un nuevo poder autoritario.

Metodológicamente, separar el *Rule of Law* de los modelos teóricos, remitiéndolo a una experiencia histórica específica y única (la inglesa), para después generalizarla y obtener un marco de referencia para proyectarla en la actualidad es una operación no muy coherente y, ciertamente, no neutra, tanto desde el punto de vista de la *Begriffsgeschichte*<sup>11</sup> como desde el plano teórico y político. La idea que el *Rule of Law* expresaría una autonomía normativa de naturaleza jurídica-estructural (Palombella, 2012, p. 27) evocada (más que reconstruida sistemáticamente) por medio de nociones como “dualidad, equilibrio, no dominación” es muy costosa ontológicamente. El riesgo de volver a naturalizar un derecho ideal, prestando demasiada atención a la estructura y al lenguaje del derecho, es evidente. La esencialización del *Rule of Law* conserva, en suma, una gran ambigüedad ideológica y hermenéutica: por un lado, está históricamente determinado (refleja cierto orden social, marcado por exclusiones y jerarquías); por el otro, expresaría un núcleo sustantivo generalizable (más aún, el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX transmitiría sobre el continente europeo este núcleo: una manera de neutralizar su impacto político innovador que, al contrario, lo ha conducido más allá del paradigma liberal). El supuesto según el cual subsistiría una dimensión sustancial, un sentido profundo de la legalidad que, desvinculada de los Estados y del *multiversum* político, permitiría la universalización del *Rule of Law* y, por lo tanto, un decisivo progreso para la humanidad, es demasiado resbaladizo porque corre el riesgo del etnocentrismo y la instrumentalización. Una cosa son los procedimientos formales (técnicamente relevantes y obviamente utilizables en contextos diversos y fuera de la lógica del primado absoluto del orden privado y del comercio); otra cosa es la idea de un eterno equilibrio de poderes como axiológica esencial y transhistórica que habría tenido su revelación en Occidente: una visión que prescinde de las condiciones sociales concretas que, desde hace mucho, han marcado a la historia (explotación, exclusión de derechos políticos a los no propietarios, apropiación de tierras y recursos

---

de seguridad, dentro del cual han madurado subjetividades autónomas que, incluso gracias a tales funciones, han podido efectuar una apropiación democrática del poder estatal, resulta un macroscópico forzamiento histórico y conceptual: sobre el tema, me limito a recordar a Koselleck (1984), Schnur (1979), Böckenförde (2007), Matteucci (2011), Fioravanti (2002), el ya citado Grimm (2015).

<sup>11</sup> Historia conceptual o historia de los conceptos (*N. del T.*).

estratégicos, colonialismo y esclavismo); condiciones que, al menos parcialmente, vuelven a aparecer en las últimas décadas, dando lugar a la crisis del compromiso capitalismo-democracia (Streeck, 2013): basta pensar en las consecuencias de la teoría del índice natural de desocupación (que ha generado trabajo precario y reducción de la clase media), el aumento inusitado de las brechas de desigualdad (justificado con la teoría fracasada del *trickle down*), la financiarización sistemáticamente extractiva de plusvalor y las políticas neoimperialistas que están reproduciendo formas de trabajo esclavo (Harvey, 2007).

Desde el punto de vista de la teoría del derecho, es verdad que una cierta resustancialización marcó todo el siglo XX jurídico (Grossi, 2012), en particular con las nuevas constituciones sociales de la segunda posguerra, cuyo antecedente fue la de Weimar. Pero esto no significa que se manifieste una suerte de autonomía normativa de lo jurídico como sustrato perenne implícito en el derecho occidental. No es casualidad que, incluso para uno de los máximos teóricos del constitucionalismo garantista como Luigi Ferrajoli, los contenidos positivizados (políticamente) son decisivos en una Constitución rígida, los que antes de tal positivización representan los principios axiológicos de naturaleza claramente no jurídica o pre-jurídica. Mientras que para los defensores de la autonomía del *Rule of Law* y de su estructural diferencia respecto al Estado de Derecho se trata de otra cosa: la experiencia histórica habría permitido la sedimentación de una normatividad independiente inscripta en una suerte de ontología jurídica, de la cual el constitucionalismo del siglo XX sería el resurgimiento que superaría la hipoteca político-estatalista del *Rechtsstaat*. Una posición que implica considerables presupuestos sustanciales que prefiguran una especie de filosofía de la historia del derecho y, justamente, una ontología del derecho. Después, entonces, en una perspectiva como la de Ferrajoli se abren varias cuestiones que trascienden la axiomática lógico-formal, una de las cuales se refiere al vínculo entre la dimensión semántica y la política del constitucionalismo garantista: lo que verdaderamente importa a los fines de calificar una validez sustancial pero positivista es ¿la rigidez (que puede valer para cualquier contenido positivizado) o los contenidos específicos de las Constituciones de la segunda mitad del siglo XX (que tienen un trasfondo ideal concreto y que además son fruto del poder constituyente, es decir, de la máxima manifestación de la voluntad de los hombres y no del imperio de las leyes)? Ya separar estructura formal y semántica es arduo (¿se podría insertar en el constitucionalismo rígido una constitución nazi cuya esfera de lo indecible estuviera de alguna manera defendida?); todavía más complejo es separar la politicidad de la decisión constituyente y la politicidad de los contenidos ideales de los principios constitucionales.

Si es verdad que en el origen del largo período del constitucionalismo europeo podemos identificar el par *gubernaculum-jurisdictio* (Costa, 1999-2002; Fioravanti, 2009) en virtud de la cual el soberano (protomoderno) no agota el derecho, es necesario preguntarse si los polos de esta distinción se mantienen inalterables posteriormente cuando el *gubernaculum* se hace representativo y constitucional. Sobre todo, ¿dónde se funda el otro derecho, alejado del control del poder político? Hay una gran diferencia en que se funde sobre los antiguos derechos territoriales (en la actualidad los derechos de los poderes económicos globales) o si se sitúa sobre el terreno de la constitución estatal democrática, es decir, que reconduce la *iurisdictio* a un cuadro de legitimación político-constitucional completa y no de autosuficiencia absoluta, pre o antipolítica, del derecho (que invocan inevitablemente sus “sacerdotes”). La matriz artificialista y autoritativa del derecho moderno, su voluntarismo, no es demasiado compatible con la idea de una legalidad inmune a la política como espacio de la acción colectiva y de la lucha hegemónica. Esto no significa en absoluto que el derecho, sobre todo si está constitucionalmente orientado, sea un mero instrumento de la política, sino que es ilusorio mantenerlo separado del espacio político de los conflictos y de la redistribución del poder social: esto no solo por una amplia cautela realista, sino para tomar en serio su función garantista (que en los Estados pluriclasistas no puede estar limitada solamente a las libertades negativas), incluso como factor de estabilización de los vínculos sociales. La inmunización de la *jurisdictio* en un espacio global despolitizado corre el riesgo de ser funcional, especialmente, a la tutela de las relaciones de poder establecidas (como ocurría en el derecho liberal-burgués del siglo XIX).

Actualmente, me parece difícil afirmar que la representación y la legislación no importan demasiado. A fuerza de combatir al soberano democrático, se ha dejado campo libre no a la “justicia” sino a poderes más bien intensos (e irresponsables) que los públicos. Si el *Rule of Law* excluye el contenido social del constitucionalismo, que es devuelto a responsables políticos (Palombella, 2012, p. 58), se entiende la tentación de utilizarlo como muleta del globalismo neoliberal. Pero hoy el problema no es la absorción de la normativa social en la política<sup>12</sup> (en una perspectiva de derecha económica, hayekiana, hostil a toda heteronomía política, incluso de tipo social-constitucional), sino más bien la despolitización de la democracia y la funcionalización del Estado constitucional a las lógicas opacas y economicistas de la

<sup>12</sup> “Lo que importa es que sea posible una relación de equilibrio dentro del derecho positivo y sus fuentes que preserve el carácter abierto de la normatividad social, poniendo sobre el plano puramente jurídico las condiciones institucionales de la no dominación” (Palombella, 2012: 64). Sin embargo, es muy dudoso que las condiciones de la no dominación puedan ser puestas sobre el plano puramente jurídico. Más bien, a tal fin resulta decisiva la construcción de las condiciones de la inclusión social y de la participación en la determinación del rumbo político.

*governance*. Me parece dudoso que se pueda pensar en una efectiva función civilizadora del derecho –en la sociedad de masas pluriclasista y postradicional– sin plantearse el problema de su contrapartida política, esto es, la planificación social concreta permitida por una política del derecho emancipadora. El mito de la autosuficiencia de lo jurídico es probable que sea un espejo de la autosuficiencia del mercado, que lo captura: deriva, más allá de las intenciones, en una letal subordinación de lo jurídico a lo económico.

Más aún, a la luz de estas consideraciones, sorprende la tendencia a subestimar o considerar superado el Estado constitucional de Derecho elaborado en el siglo XX por el derecho europeo continental fruto de las lecciones de Weimar, y que no es anti sino post-liberal en la medida en que pone en el centro del ordenamiento jurídico los derechos sociales y laborales: ignorar las implicaciones y los costos socio-políticos de tal operación (la emergencia del populismo, como efecto reactivo de la desvalorización del trabajo y la destrucción de lo público, vuelve esto evidente) puede ser muy peligroso. La idea de que la verdadera esencia de los Estados constitucionales de derecho sea el equilibrio liberal de poderes y no la respuesta en términos de derechos sociales y la promoción de la plena ocupación a las crisis de los regímenes de masa de la primera parte del siglo XX no degrada el sentido jurídico-político fundamental: la puesta en forma del “Estado pluriclasista” (Giannini, 1986), la construcción de una ciudadanía efectivamente democrática. No es casualidad que incluso en nuestras sociedades haya resurgido un sentido profundo de exclusión social que es la verdadera matriz de la “crisis de autoridad” (Gramsci, 2007: III, p. 1603) que estamos viviendo.

36

### 3. ¿Liquidar el *Rule of Law*?

Si observamos la tendencia hermenéutica que –en muchos aspectos correctamente– pone a la luz los límites y las contradicciones internas de la historia del *Rule of Law*, pueden encontrarse excesos ideológicos en el presente en las lecturas que, por el contrario, las convierten en el ancla salvadora de la legalidad global. En la citada reconstrucción de Ugo Mattei y Laura Nader, por ejemplo, el derecho moderno (entendido genéricamente: ¿también forma parte el constitucionalismo igualitario de los derechos sociales?) aparece considerado en su conjunto como el instrumento de justificación y administración del saqueo de Occidente a expensas del resto del mundo. La autocelebración occidental de esta expansión del dominio pasaría por medio del universalismo jurídico de la legalidad que, por lo tanto, debe ser deconstruido radicalmente. Las funciones de laicización del derecho, de neutralización de las guerras civiles de religión, de legitimación del poder desde abajo, de progresiva garantía de un espacio autónomo de ejercicios de los derechos y de las

libertades, hasta la afirmación del principio de igualdad sustancial, que la tradición moderna (incluso con sus ambivalencias) ha desempeñado resultan liquidadas o, de cualquier forma, devaluadas. El *Rule of Law* (incluso en este caso minimizado, en la traducción italiana, a régimen de legalidad) sería un proyecto de dominación sobre los más débiles y, por lo tanto, expresaría la ley del más fuerte –es decir, exactamente la oposición a la limitación del poder que promete (Mattei y Nader, 2010, p. VIII). Aquí estamos frente a evidentes simplificaciones y forzamientos porque no se limitan a criticar las incoherencias y los abusos del principio de legalidad, sino a todo el sistema de valores y procedimientos subyacentes a la historia del Estado constitucional de Derecho (porque están condicionados a la naturaleza especialmente liberal del *Rule of Law* angloamericano). Tal enfoque conduce a subestimar la lucha por tomar en serio (y ampliar) los derechos que, en nombre del constitucionalismo, ha sido llevada adelante, como el hecho que los mismos derechos liberales, si bien insuficientes y por mucho tiempo excluyentes, sin embargo, no son de por sí meras coberturas ideológicas de las relaciones de poder, sino que pueden volverse valiosos instrumentos de garantía de la libertad de todos siempre y cuando se integren con los derechos políticos y sociales que promueven la participación y la lucha contra la desigualdad.

Dicho esto, Mattei y Nader tienen razón cuando subrayan el actual uso retórico-ideológico del *Rule of Law* en el globalismo jurídico, así como cuando critican la idea de que sea una fórmula capaz de indicar un bien en sí mismo, sin establecer un pedigrí, una vara y prescindir de sus etapas históricas. Además, es verdad que el derecho es, siempre, un instrumento hegemónico (así como, circularmente, la expresión de una hegemonía cultural): esto vale incluso, en cierta forma, para el constitucionalismo moderno que transmite igualmente demandas e ideales universales. A tales modos hegemónicos puede corresponder, si bien en diferentes medidas según los ordenamientos jurídicos, una cierta dosis de violencia simbólica (las víctimas asumen el paradigma de los verdugos y se sienten culpables). Ciertamente, el *Rule of Law* también ha sido el instrumento de una minoría de acomodados contra la mayoría de los que no tienen: es decir, que muestra cómo la cuestión redistributiva se enlaza con la democrática (y puede darse cualquier indicio sobre el hecho de que ciertos reclamos entusiastas actuales del *Rule of Law* esconden también la idea de usarlo como freno a la redistribución y a la democracia).

Pero el punto interesante es que hegemonía y contrapoder están constantemente entrelazados: basta pensar en el rol que los jueces terminan por desempeñar (mediante una sustitución que es inevitable y, al mismo tiempo, signo de un déficit de representación política del conflicto social), cuando minorías y grupos subalternos plantean sus exigencias en las instituciones, como también no puede ser



sobrevaluada la función simbólica que el lenguaje de los derechos puede desempeñar en clave contra-hegemónica, sobre todo si derechos sociales y derechos civiles son puestos conjuntamente con la conciencia del vínculo profundo entre las cuestiones ligadas a la contradicción capital-trabajo (que tiende a traducirse en la de élites globales/perdedoras de la globalización) y las de género y raza (Moufffe, 2018; Arruzza, Bhattacharya, Fraser, 2019). Pero entonces más que una visión unidimensional y liquidatoria del *Rule of Law* conviene una crítica paciente de las contradicciones del universalismo jurídico, sobre todo de su traducción en efectividad para evitar un uso no emancipatorio y excluyente.

Limitados entre la hipocresía y la ambigüedad de los reclamos neoliberales al *Rule of Law* y el recurso a las lógicas de emergencia, es necesario reconstruir una cultura jurídica. ¿Pero cómo? No contra el Estado (constitucional y democrático) en nombre de improbables “post.” Finalmente, más allá de las mistificaciones, los mismos bienes comunes (Rodotà, 2012; Ferrajoli, 2007)<sup>13</sup>, si se enuncian con precisión y pregnancia son un modo de contrarrestar la privatización del Estado en nombre de su reconstitucionalización. Esto es una estrategia de lucha por un derecho público social. En este sentido, es necesario estar muy atento a no hacer de todo esto un paquete. Por ejemplo, subestimando la novedad de los Estados de Bienestar de la segunda posguerra, el rol de las políticas keynesianas y de las regulaciones de Bretton Woods en la promoción de la igualdad y la plena ocupación, así como la posibilidad de un relanzamiento de tales ideas regulativas, que se rechazará en nuestros tiempos y en clave realista, es decir, apoyándola sobre una de-globalización democrática que recupere la centralidad de los Estados como espacios políticos del conflicto distributivo y de la autodeterminación colectiva. Solo superando el equívoco globalista del neoliberalismo, a partir de una repolitización democrática de los espacios, que puedan así volver a ser un campo de lucha entre intereses y objetivos diversos (y no el objeto de un experimento algorítmico, esto es, el ámbito de dominio del “piloto automático”), será posible luchar por –tanto interna– reestablecer las condiciones de una nueva cooperación mundial. El objetivo debería ser combatir el finanzcapitalismo bajo el signo de un nuevo Bretton Woods (Rodrik, 2015) que ponga bajo control el movimiento de los capitales y los excedentes comerciales, establezca un freno a las prácticas extractivas sistemáticas (que hoy condenan a África y otras zonas del planeta) y afronte (quizás este es el desafío más

<sup>13</sup> En cambio, Mattei tiende a ver una revolución al mismo tiempo post-moderna y pre-moderna no dándose cuenta de que esto lo coloca en una posición que choca con la dimensión publicista y política de los derechos fundamentales y del mismo constitucionalismo: puede derivar, más allá de las intenciones, en una singular despolitización en sintonía con la antipolítica neoliberal.

complejo) la urgencia de una reconversión ecológica de la economía y los estilos de vida.

#### 4. Del estado de excepción constituyente al destituyente

Otra tendencia que amenaza al mantenimiento del Estado de Derecho es, como se mencionaba, la de la normalización de la excepción: actualmente son múltiples las situaciones en las cuales se ha abierto camino la idea de que cualquier grieta en el ordenamiento jurídico garantista es, en último término, necesaria y sostenible a los fines de su estabilización y respuesta eficaz, y oportuna frente a los desafíos que de otro modo serían incontrolables en el caos global. Pero es innegable que, desde hace tiempo, toda una tendencia postmoderna y deconstruccionista ha contribuido a erosionar la fuerza normativa de la certeza y la generalidad del derecho, valorando el hecho (o la indistinción entre hecho y derecho) de la creatividad jurisprudencial y la gubernamentalización del derecho –de la cual la *governance* es el mito fundador, por lo demás anticipado en los años setenta por la obsesión de la gobernabilidad contra el exceso de demandas democráticas (Crozier, Huntington, Watanuki, 1977).<sup>14</sup> Ahora bien, que la certeza del derecho es un principio normativo altamente ideal es indudable. Pero que no pueda ser trasladado al menos parcialmente en la práctica y, sobre todo, que no deba constituir un muro frente a los excesos de los poderes de gobierno, administrativos y policiales (incluso del judicial si pierde de vista la sujeción a la ley) es una tesis diferente, no fenomenológica sino performativa.

Aún más importante, algunos autores contemporáneos sobre la senda de Schmitt (filtrado por Benjamin), Foucault y Arendt (mezclados diversamente)<sup>15</sup> han comenzado a utilizar el estado de excepción no como instrumento heurístico para comprender los puntos de contacto y los posibles cortocircuitos entre derecho y fuerza, y ni siquiera schmittianamente con el objetivo de explorar el origen *político* del derecho en la decisión constituyente, sino como clave desmitificadora general capaz de derribar la entera construcción del Estado constitucional de Derecho generalizando, en efecto, el paradigma de la excepción como revelador de su

---

<sup>14</sup> Pero justamente ya Luhmann había insistido en la crisis de las democracias occidentales planteando la cuestión de la “gobernabilidad” (noción de claro signo conservador, predecesora de la *governance*). Mientras, en Italia, Miglio fue el inspirador de una crítica cerrada a la Constitución en nombre de una verticalización decisionista del poder de carácter eficientista (una posición de derecha, que todavía reconocía, sin embargo, un rol autónomo a la política); en realidad, con el giro neoliberal, la neutralización del conflicto será cumplida no con la decisión sino con el *soft power*. Para descubrir después, con la crisis económica global, que aquel poder aparentemente blando y objetivo ya no es suficiente, para revelarse el rostro oculto y tecnocráticamente autoritario de la *governance*.

<sup>15</sup> Sobre tal “Sagrada Familia” y especialmente sobre sus usos y abusos, cfr. Portinaro, 2018.

verdadera naturaleza. O, por lo menos, de su intrínseca fragilidad que inexorablemente lo conduciría a colapsar, convirtiéndose en lo contrario de su autorrepresentación.

Por este enfoque exitoso (que aprovecha probablemente un sentido difuso de vaciamiento al interior de la legalidad) la excepción vale como (verdad de) la regla. Por ejemplo, según Agamben (2018, pp. 175 y ss.), el estado de excepción está constitutivamente inscripto en la condición normal; es en realidad la norma. No se da más una polaridad de oposición entre norma-excepción que implica el problema de la definición del punto de contacto, el cual representa también el límite entre las dos: como es incluso evidente en el debate de Weimar entre Schmitt y Kelsen, los pares normatividad-efectividad, decisión-norma y fuerza-orden jurídico son estructurados sobre un nexo recíproco, pero esto no aplasta el uno al otro, no anula en absoluto los respectivos ámbitos de calificación (en todo caso acentúa y valoriza uno pero para echar luz sobre el otro). Ni siquiera en Schmitt la excepción absorbe todo. Mientras en el uso actual del paradigma del estado de excepción tenemos una suerte de coimplicación permanente entre excepción y norma: el dispositivo de inclusión excluyente (y de exclusión que incluye) que subyace al derecho moderno (pero en realidad occidental, pues con *Homo sacer* Agamben se remonta al derecho romano) revelaría el agujero negro de la normatividad: no hay procedimientos posibles ni certeza de la legalidad que se mantenga, pues la lógica de la excepción no es en absoluto excepcional sino que reconduce todo a la normalidad cotidiana a la que estamos acostumbrados. Ciertamente, la fuerza de tal enfoque se encuentra en su seductora radicalidad pero también en el hecho de que, efectivamente, parece captar muchos fenómenos de desestructuración procesal y de indistinción jurídica que difusamente caracterizan el panorama del presente (en particular después de la pérdida de las ilusiones globalistas y de la trivialidad de los fines de la historia transmitidas después de 1989): Guantánamo, la fórmula enemigo combatiente, la legitimación de la tortura, los estados de emergencia proclamados después de los atentados terroristas y nunca revocados, el recurso a los muros y los campos para el control de la inmigración, etc. muestran cómo en Occidente está en curso no solo una verdadera retirada de la edad de los derechos, sino que está en crisis la capacidad misma del derecho público de crear orden, es decir, que se buscan, paradójicamente, como derogación y atajos, instrumentos de gobierno que evitan una ruptura radical apoyándose laboriosamente en el consenso (engañosamente). Pero, puesto que la eficacia de estos instrumentos se está revelando sumamente relativa y el precio a pagar en términos de legitimación es alto, el riesgo de que sin saberlo lleguemos a un punto de ruptura definitiva o, en cualquier caso, a una desviación sustancial del Estado constitucional de Derecho, es grande.

Aquí la genealogía no es una estrategia, como en Schmitt, para refutar la autorrepresentación de lo normativo y explicitar la matriz decisionista, es decir, para reivindicar un derecho político consciente de la excepción y si es necesario poder replicarla, sino una revocación de lo político: el origen (más o menos imaginario y de cualquier manera siempre al revés, hasta el punto de detectar constantes antropológicas y ontológicas) revela el abismo de sentido de la política (y, en particular, de la circularidad derecho-poder, pegada al paradigma teológico-político moderno). Tal abismo es el verdadero motor del *telos* nihilista interior a la modernidad (basada en la soberanía), pero ya presente en el “bando” medieval, en el *iustitum* del derecho romano, en general en la tradición jurídica y metafísica de Occidente. Por eso el campo de concentración no es un desvío, el efecto extremo de un colapso, ni siquiera la radicalización de un lado oscuro, sino su configuración clara y significativa en sentido normal. El mismo capitalismo no puede ser objeto de ninguna crítica de la economía política (y, por lo tanto, de praxis transformadora) porque en su despliegue tecno-financiero hace de acelerador y consumación nihilista de un proceso que va más allá de lo económico, en el que está inscripto pero que es mucho más grande que él; no es la causa sino en cualquier modo la plena y completa ritualización en la forma de culto al mismo tiempo religioso y anti-religioso –en la medida en que asimilando a Dios lo vuelve superfluo (Benjamin, 2013).

41

Desde este punto de vista, no solo el *Rule of Law* sino el propio constitucionalismo democrático y social son epifenómenos; dispositivos que lejos de controlarlo son factores de este proceso y, por lo tanto, parte del problema. El *Rule of Law*, pero también el Estado constitucional de Derecho, no serían un freno o solución de equilibrio para la sociedad de masas. Democracia y mercado son la misma cosa: sería ilusorio usar la primera para dirigir el segundo. Opinión pública y *acclamatio* se convierten la una en la otra bajo el signo de la mercantilización, del consumo y la publicidad comercial (Agamben, 2018, pp. 614-620), extremos producidos por el doble paradigma teológico que marcaría a la política occidental: centrado sobre la soberanía y el derecho positivo, lo moderno de la teología política, expresión de la larga duración del gobierno por el pastorado cristiano al neoliberalismo, y por la teología económica. El vaciamiento de la política como mediación, el eclipse de los partidos, la pérdida de credibilidad de los medios, la fragilidad de la esfera pública, la compensación de la crisis de la *autorictas* con figuras que parecen ser publicitarias más que plebiscitarias son fenómenos difíciles de negar: pero no representan las consecuencias de la erosión de los presupuestos sociales e institucionales de los órdenes políticos de masa, el fin de las políticas de bienestar y la omnipotencia del capital financiero transnacional que se le ha permitido flotar libremente sino el despliegue de una lógica originalmente inscripta en los códigos de dominio del

gobierno de los hombres, tanto en la forma de la toma directa de la vida desnuda como en el control de las poblaciones. El problema no está entonces en contraponer el gobierno de las leyes al gobierno de los hombres, sino en el hecho de que toda forma de gobierno sería gobierno *sobre* los hombres en la cual el estado de excepción sería la modalidad estructural, reveladora y para nada excepcional.

Así, Agamben tiene, a través de una especie de comprensión arqueo-ontológica del estado de excepción, la intención de cuestionar la estructura original de la política. Pero no en nombre de otra política (tampoco de otra política del derecho, que siempre está sujeta a la circularidad mítica constituyente-constituido, violencia mítica-violencia divina), sino en dirección a una destitución de la política misma. Así, Benjamin (1982, pp. 26-30) con su invocación hebraica-mesiánica de la violencia divina constituye una especie de “Schmitt invertido”, la alternativa meta-política a la instancia cristiana apocalíptica del *katechon* que funda la necesidad de la política (es decir, el poder) como mal menor, retrasando la consumación de los tiempos. Pero – uno se pregunta– si el estado de excepción (el dispositivo inclusivo excluyente) para Agamben está inscripto en el lenguaje e incluso en la antropogénesis, entonces ¿en qué sentido y cómo sería posible desactivarlo? ¿Y la inoperosidad, la desactivación de la violencia mítica, no representaría una verdadera y propia transición antropológica?

Los intentos de desarrollo de esta línea excepcionalista son diversos (que han tenido éxito, reiteramos, porque parecen captar los procesos en curso en los ordenamientos jurídicos occidentales mucho más que los marcos normativos tradicionales). Por un lado, existe la intención (a veces un poco ingenua, como quien descubre hoy un debate que se remonta a la teoría político-constitucional de los años de Weimar) de constitucionalizar la emergencia para afrontar el desafío del terrorismo internacional (cuya matriz profunda, por otra parte, es interior a Occidente, en el sentido que es el resultado del cortocircuito violencia-globalización fruto de la ingobernabilidad del mundo y de las reacciones que la pretensión unilateral estadounidense ha suscitado después del 11 de septiembre, desmintiendo todas las profecías irónicas sobre un orden mundial organizado por USA). Por ejemplo, Bruce Ackerman ha abierto tal camino considerando necesario proveer una respuesta de emergencia no tanto a los ataques que golpean objetivos específicos, sino a los que minan la confianza en el principio mismo de legitimidad del poder de gobierno, mostrando la vulnerabilidad y la incapacidad para proteger a los propios ciudadanos garantizando la seguridad. La introducción de dosis más o menos homeopáticas de estado de excepción en el marco del constitucionalismo serviría para garantizar una especie de “dispositivo de seguridad” con el cual se recordaría que el gobierno existe (Ackerman, 2005), más que ofrecer una estrategia efectivamente ordenadora.

En esta línea, en ocasiones se han desplegado lecturas analíticas, politológicas y socio-jurídicas para trazar la fenomenología contemporánea de las diversas formas de excepción, la mayoría de las veces de naturaleza administrativa, expresión de una tendencia general a la emergencia permanente y, por lo tanto, normalizable, es decir, utilizable como forma de gobierno, variante interna de la *governance* (cuando ésta falla o en los puntos ciegos que no puede administrar). La *governance* de la emergencia, no la reivindicación de un poder hiper-político, sería la clave para derogar (parcialmente, nunca *in toto*) el *Rule of Law*. Así, por un lado, tenemos una paradójica normalización tecnocrática de la excepción (que Schmitt hubiera aborrecido porque hace del momento originariamente político de la excepción un instrumento de despolitización); del otro, una fragmentación de los regímenes suspensivos de la norma y la creación de espacios de indistinción que son lo contrario del impulso a la unidad política y a la verticalidad de lo jurídico, usos que el estado de excepción tradicionalmente tenía por objeto. En resumen, en la crisis todavía sin salida del globalismo neoliberal existe no la excepción constituyente sino la emergencia destituyente.

El pasaje del estado de excepción político a la emergencia administrativa, la interpretación de esta última en clave de catástrofe (en analogía con la ideología de la naturalización de los hechos socioeconómicos típica del neoliberalismo), la banalización de la respuesta emergencial (que la normaliza) constituyen los rasgos característicos de esta nueva lógica de la emergencia. Entre otros, esto resulta aplicable a los más diversos ámbitos: de las catástrofes climáticas y ambientales a la crisis financiera, de los atentados a la inmigración. Basta pensar en cómo ha actuado Europa frente a los efectos de la crisis de 2008: ha impuesto de facto un estado de excepción tecnocrático, funcional a la protección del bunker neoliberal y a inmunizar los intereses de los grandes acreedores y de los países más fuertes, descargando el costo sobre los más débiles; una estrategia que no ha dudado en poner a la democracia entre paréntesis (Gallino, 2013) e imponer políticas brutalmente antisociales en nombre del “piloto automático”, creando las condiciones de una crisis radical de consenso en los sistemas políticos nacionales y en las instituciones europeas en cuanto tales.

¿Pero cuándo una crisis se hace emergencia? Este pasaje implica un salto cualitativo que, personalmente, considero que no es posible definir *a priori* formalizando criterios objetivos, cuantificables, verificables. El estado de emergencia es un acto de politización de una situación más o menos problemática. La emergencia es, en sí misma, una decisión. No hay solo una decisión *sobre la emergencia*, sobre el fondo. Todavía más importante y prioritaria es la decisión sobre su misma existencia. Con esto no se quiere sostener que no subsistan factores caóticos observables. Pero



su productividad político-jurídica depende de una movilización exitosa: es decir, quien o quienes califican una determinada situación como irresoluble con instrumentos normales y convencen a sus adeptos de que no hay otra solución que la por ellos encarnada se proponen a sí mismos, de hecho, como la solución. La decisión se basa, ante todo, en la instauración de un estado de excepción. Naturalmente, esta dinámica resulta llamativa cuando estamos en frente de un estado de excepción genealógico, constituyente. Pero me pregunto si algo de esta radicalidad de la decisión sobre la existencia de la excepción no permanece y transita también hacia la normalización administrativa de la emergencia. Es decir, incluso en contextos de emergencia reducidos, fragmentados, la opción decisiva es la de la sustracción a la dialéctica fisiológica y conflictual del Estado constitucional de Derecho. El punto está en que la opción por la *técnica de la emergencia* sirve precisamente para ocultar la decisión originaria que tiene en las espaldas: su carácter político. Sirve a sustraerla del ojo público y del discurso político, inmunizándola del conflicto.

Ciertamente, en la tematización (que Schmitt evita cuidadosamente) de las condiciones de un cierto grado de consenso o, igualmente, de una obediencia suficientemente estable a la politización disruptiva se sitúa en mi opinión el espacio de construcción del poder hegemónico. Concretamente, el éxito de la decisión sobre el estado de excepción se juega también en el reconocimiento que sea capaz de suscitar, captando el desafío del tiempo. Por supuesto, esta respuesta podrá ser declinada en términos de “revolución pasiva”, como Gramsci había puesto de relieve para el fascismo. Pero la naturaleza regresiva de la solución fascista a la crisis de la primera posguerra no le impidió ofrecer, incluso, un paquete de soluciones nuevas (por ejemplo, el IRI de Beneduce<sup>16</sup>) capaz de impedir una subversión social, evitando la mera repetición de las recetas liberales; así como es innegable que la revolución pasiva permitió movilizar, en los “años del consenso”, un público amplio en torno a la opción de la fuerza “nacionalizando las masas.” Un poder como mera fuerza tiene probablemente la posibilidad de imponerse por un tiempo, pero no de durar. Esto no significa que la fuerza no sea necesaria (el derecho kelsenianamente es organización de la fuerza, normatividad sostenida en la coerción), sino que sola no basta. Una estructura de orden nacida de una decisión excepcional no puede limitarse al hecho decisorio e imponente, sino que también debe construir una hegemonía. Schmitt prefiere no tratar este pasaje (probablemente porque lo juzgó poco controlable y resbaloso para la teoría jurídica, pues se encontraría descendiendo al terreno del contenido axiológico de las diversas opciones sociales e ideológicas; astutamente, Schmitt no quiere hacerlo teniendo como presupuesto su opción ultraconservadora,

<sup>16</sup> Instituto para la Reconstrucción Industrial de Italia, fundado en 1933, cuyo primer presidente fue Alberto Beneduce (*N. del T.*).

pero considerando poder saldar la unidad política del pueblo alemán y el valor supremo de la estabilidad). En definitiva, para Schmitt todo se concentra en la decisión como ruptura: es decir, lo que la precede y la prepara, lo que la justifica, lo que en términos sociales y culturales la vehiculiza no es relevante o, en cualquier caso, no es tratable jurídicamente.

## 5. El paradigma de la emergencia

Recientemente, un interesante libro de Alain Green (2018) ofrece el que tal vez sea el análisis más detallado de los estados permanentes de emergencia desde el punto de vista del constitucionalismo. Un intento de definición descriptiva más que prescriptiva: la búsqueda de patrones objetivos, de anclarse lo más posible en las respuestas de emergencia a los fenómenos en curso. Para llevar adelante este esfuerzo parcial de racionalización de la lógica de la emergencia –incluso si naturalmente un cierto grado de subjetividad y vaguedad resultan ineliminables (Green, 2018, pp. 30-31)– Green no adopta una estrategia de crítica frontal, de denuncia general de los riesgos, sino que busca subrayar las diferencias y las particularidades. En primer lugar, mantiene la distinción, sobre la cual creo adecuado insistir, entre excepción y emergencia, tratando de comprender los deslizamientos entre la una y la otra. Para Green hay que distinguir el estado de emergencia como tipo ideal de la contingencia de las emergencias. En efecto, el estado de emergencia es un *umbrella term* que incluye varias condiciones. Existen los casos indiscutibles, paradigmáticos y, sin embargo, la mayor parte de las crisis están en las “penumbras” donde las líneas de demarcación entre normalidad y emergencia son poco claras y los factores de *magnitude* and *urgency* no son susceptibles de precisar con mediciones objetivas. Aquí lo que importa es el *subjective assessment* del que decide (Green, 2018, p. 2). No es casualidad que todos los intentos de algoritmización de la emergencia sirvan justamente a neutralizar (o quizás sería mejor decir ocultar) la centralidad del que decide: la idea es (y la vemos en el trabajo de otros ámbitos como el de las evaluaciones universitarias) la de la eliminación total de la voluntad encomendándola a un mecanismo automático y puramente cuantitativo: una ilusión o, lo que es peor, la cobertura de prácticas opacas.

La emergencia es inevitablemente un poder personal del hombre sobre el hombre.<sup>17</sup> La *emergency paradigm*, en la propuesta inmediata de la verdad obvia del puro poder, encuentra tanto un motivo de fascinación (ciertamente en los que ejercen el poder, pero también en los adeptos que piden una solución fácil y rápida) como una gran desconfianza. Para identificar la emergencia ideal las definiciones de

<sup>17</sup> En realidad, todo poder está mediado por la voluntad humana, sea la de quien lo ejercita o la de los asociados; pero el punto dirimente radica en su grado de normativización que no solo lo potencia, sino que también permite su mediación comunicativa, es decir, significa implicación de los destinatarios y uso social del derecho.

emergencia afirman que el límite es traspasado cuando las repuestas normales son ineficientes, no funcionan (Green, 2018, p. 2). La formalización de la emergencia podría representar, entonces, una especie de norma auto-protectora del ordenamiento que permite derogar las propias normas para salvarse ante una amenaza extrema; pero también una norma-límite a través de la cual se puede abrir el camino a la destrucción del derecho como límite al poder. Se puede discutir sobre la conveniencia o no de prever legalmente el estado de emergencia. En mi opinión, son mayores los riesgos que las ventajas (pues se proporciona una llave legal para abrir una puerta demasiado peligrosa y, sobre todo, incontrolable; después, existe la posibilidad de que se vuelva costumbre). Sin embargo, es necesario reconocer que la problemática (obviamente la del estado de excepción constituyente, pero de cualquier modo también la de la emergencia neoliberal) no puede ser ignorada: no es plausible que las previsiones jurídicas determinen la existencia de problemas si éstos tienen su propia consistencia. Así como es muy ingenuo pensar que el estado de excepción pueda ser resuelto o incluso simplemente evitado prohibiéndolo. Resulta claro que la respuesta estratégica eficaz para evitar que la movilización de una situación crítica se vuelva un instrumento político intenso y polémico, de función subversiva, no puede colocarse sino en el plano de una política inspirada democrática y constitucionalmente. No obstante, autores como Ackerman y Green piensan que este plano de política constitucional no solo puede mantener una cierta dosis controlada de emergencia, sino que esta opción, bajo algunas condiciones, puede reforzar la eficacia de la respuesta democrática.

46

Por otro lado, la idea de que para defender al Estado de Derecho y a la democracia se puedan usar, en casos extremos, medios que traicionan a ambos representa una vieja pendiente resbaladiza (que corre el riesgo de volver a reproducir el eterno pretexto auto-protectivo de todo poder vigente). En efecto, aquí estamos de frente a la propia y verdadera *crux* de la teoría del derecho constitucional: la cuestión, que se ha planteado varias veces, de la protección de la democracia de sus enemigos, que sutilmente usan sus instrumentos para abolirla; al mismo tiempo, las soluciones adoptadas una y otra vez no están exentas de costos ni puede decirse que resulten eficaces. Sobre la trágica dramaticidad de este problema basta pensar en el debate que se desarrolló en Weimar sobre la necesidad de reducir a las fuerzas políticas extremas –comunistas y nazis (Schmitt, 1972, pp. 211 y ss.)– por medio de la exclusión del arco democrático considerado legítimo, y que ha inspirado la solución “presidencial” adoptada por el *Grundgesetz* en la Alemania occidental posbélica y también en la historia de la Guerra Fría, durante la cual, asimismo, Occidente no dudó utilizar los *arcana imperii*, es decir, formas de ataque y autodefensa no ortodoxas (desde los golpes de Estado como en Chile a las estrategias de tensión como en Italia), hasta los graves violaciones

del garantismo penal y a la cultura de los derechos experimentadas en los últimos años en nombre de la guerra contra el terror.

Volviendo a Green (representativo de una verdadera tendencia actual), en su perspectiva el paradigma de la emergencia no es en absoluto obsoleto: de ahí que puedan ser admitidas restricciones temporales para salvar el orden liberal-democrático. Mientras que las emergencias permanentes deben ser combatidas porque son destructivas y el fruto de decisiones políticas autoritarias, no de condiciones objetivas y necesarias: en esta perspectiva la dicotomía normalidad-emergencia sería preservada, incluso admitiendo un régimen de excepción, gracias a exigentes controles cuando la emergencia se declara –en esto sigue la senda de Ackerman (Green, 2018, pp. 62-63). Pero la emergencia no puede ser un *claim* para el poder constituyente que, en primera instancia, había constituido el orden. Este último camino sería una reformulación del *Schmittian Challenge* capaz de menoscabar la idea de que todos los poderes estatales puedan ser limitados por las leyes (Green, 2018, p. 98). Si en Schmitt, de cualquier modo, el estado de excepción y el poder constituyente tienden a converger (porque en el fondo es una condición de desestructuración radical del orden y, sobre todo, de percepción difusa de la imposibilidad de superarlo por vías normales, abriendo un espacio de acción para las fuerzas hostiles al orden constituido), en los intentos actuales de constitucionalizar la emergencia obviamente tal convergencia es contrarrestada y excluida. De hecho, justamente este límite insuperable (pero ¿cuánto lo es realmente?) constituiría el vínculo conceptual para defender la posibilidad de mantener, al interior del marco constitucional, la previsión de la emergencia. Por lo demás, si es verdad que la emergencia es peligrosa y por mucho que se busque limitarla y someterla al control judicial surge el riesgo del limbo del desafío schmittiano y aunque se siga una línea minimalista del *Business as Usual* los problemas persisten. El primero de los cuales es el de extender la noción de legalidad, como tenía razón Schmitt (Green, 2018, p. 194). Por lo tanto, la previsión de los poderes de emergencia no significa para Green sucumbir a la indeterminación del problema schmittiano bajo la condición de reconocer que la temporalidad de la emergencia es una cuestión legal y que la decisión de declarar el estado de emergencia es susceptible de revisión judicial (Green, 2018, p. 195).

El cierre del razonamiento de Green es indicativo de su estrategia reformista de corrección interna a la emergencia liberal, pero no es convincente porque evita interrogarse sobre las causas estructurales subyacentes al resurgimiento de los fantasmas de la excepción. El pasaje a los estados permanentes de emergencia no se debe al hecho de que empíricamente el mundo sea hoy más peligroso, sino a que los poderes de emergencia se han tenido que ocupar de fenómenos más cotidianos

respecto a los que tradicionalmente se calificaban de emergencia. Además, las situaciones de emergencia son introducidas demasiado fácilmente en la legislación ordinaria (en vez de tratarlas solemnemente como cuestiones constitucionales), haciendo así que el espacio de la emergencia se alargase y profundice. Es decir, esto fue el resultado de decisiones políticas y de la representación de una amenaza por parte de actores políticos, es decir, de un uso propagandístico (Green, 2018, pp. 213-214). Es verdad: ¿pero por qué ha sucedido? ¿Cuáles son las causas de este *government by emergency*? En este caso, me parece que el convidado de piedra de tales análisis también es la globalización financiera con su carga de anomia y los efectos socialmente destructivos del neoliberalismo que, hasta cierto punto, no puede no precipitar una crisis democrática. Pero el progresismo liberal, aún animado de las mejores intenciones, no puede poner en discusión los dogmas (y los intereses) que comparte con el *Washington consensus*.

Este límite explica, incluso, por qué en análisis en muchos aspectos convincentes como el de Wendy Brown (por ejemplo, en su obra *Walled States* ya mencionada) se detienen en un cierto nivel, el del prejuicio anti-estatalista y pro-global. La dimensión caótica que Brown describe, poniéndola en relación con el encerramiento simbólico conseguido a través de la proliferación de los muros, debería inducir a reflexionar más radicalmente respecto de los límites del globalismo actual sobre la exigencia de un nuevo Bretton Woods (es decir, de una regulación/limitación geopolíticamente establecida), sobre la liquidación demasiado apresurada de Keynes por parte de la izquierda (lo que ha contribuido a la pérdida de conciencia del peso de los intereses materiales, a la centralidad de la cuestión redistributiva y a la intervención estatal en la economía), sobre la eliminación del “momento Polanyi” (Somma, 2018), sobre la insostenibilidad de la misma ideología *no border* (entendida de manera absolutista) y sobre la posible conexión con la idea neoliberal del espacio gaseoso en el cual el mundo se auto-ordenaría confiándose plenamente a la lógica del mercado. Cualquier enfoque post-estatal que se ilusione con liberarse del poder coercitivo corre el riesgo de implicar, en cambio, el debilitamiento y la devaluación del Estado democrático de Derecho; además de transmitir una filosofía post-política que actuaría como detectora de la esencia antropológica meta-política del humano que podría desplegarse, sin problemas, aboliendo toda transcendencia de lo político: la utopía del fin del conflicto, de la violencia y del poder representa un deslizamiento moralista de la teoría política progresista y priva de los instrumentos para pensar los conflictos distributivos y sociales en clave realista y, concretamente, emancipadora, es decir, para plantearse seriamente el problema de transformar las relaciones de poder. Actualmente, el choque en nombre de la lógica horizontalista entre neoliberalismo y antagonismo

multitudinario es evidente.<sup>18</sup> Y debería hacer reflexionar sobre la debilidad de las alternativas perseguidas por el pensamiento radical: en lugar de la multitud perennemente constituyente (una paradoja institucional), incluso en la alianza de los cuerpos de Judith Butler (2017) –sugestiva, pero de bajísima intensidad política e incapaz de representación–, lo que prevalece es la *lex mercatoria* y el derecho de los poderes salvajes.

En general, separar horizontes materiales y simbólicos, intereses populares e imaginario emancipatorio es un error fatal para el pensamiento crítico. Desde el punto de vista institucional, de un lado, los instrumentos jurídico-políticos públicos son devaluados por su compromiso con la representación, el Estado, la mediación; del otro lado, nos engaña a propósito de una improbable “transustanciación de lo social” en una genérica constitución del común (Teubner, 2005; Hardt y Negri, 2010; Chignola, 2012) ni pública ni privada (en realidad mucho más privada que pública), en la cual la dimensión específicamente constitucional simplemente se pierde. Se trata de la enésima variante del mito de la sociedad auto-ordenada envuelta de radicalismo, pero en realidad funcional al espontaneísmo economicista implícito en la *deregulation* neoliberal (mientras el ordoliberalismo, correctivo alemán al neoliberalismo anglosajón, ofrece una importante regulación íntegramente destinada a la tutela del mercado competitivo como factor privilegiado de socialización y, por lo tanto, como bien común orgánicamente inherente a una sociedad bien ordenada). Así, la ideología del común aparece como la enésima reproducción de la realización post-política de la historia (por lo demás, sin una filosofía de la historia a sus espaldas). Desde luego, los riesgos de no mantener la dimensión publicista-constitucional hoy existen, pero en gran parte se deben, directa o indirectamente, a la neoliberalización de las administraciones públicas y a la ideología de la *governance* que han suplantado a la cultura política democrática-constitucional.

Esta cultura fue el fruto de una compleja serie de estratificaciones modernas, resultado de luchas sociales y transformaciones conceptuales de las cuales es necesario tener conciencia. Como sabemos según la teoría política tradicional del derecho, el poder político moderno representa, ante todo, un freno a la violencia y al desorden. En este sentido, garantiza la pacificación social e implica un nivel –esencial– de institucionalización. Sobre la base de esta función ordenadora ha sido posible construir un freno interno, jurídico, que limite al poder coactivo, el cual todavía es necesario (una especie de mal menor) pero riesgoso. El primer modelo es el *Rule by Law* (cuyo poder es jurídico en el sentido que actúa *por medio* del derecho: es decir,

---

<sup>18</sup> Tal cortocircuito ha llegado a niveles grotescos con la apelación de Toni Negri a Merkel y a Draghi en *Vanity Fair* para que salven a Italia (y a Europa) de los populismos.



define un umbral de normatividad mínima, pero no un paradigma garantista). El segundo modelo es, precisamente, el dirigido a limitar, mediante el equilibrio y los controles formales y preconstituídos (sobre todo jurisdiccionales, aunque no solo), el poder arbitrario: el *Rule of Law*. Con el Estado constitucional de Derecho se busca responder a la necesidad de un tercer freno a los poderes económicos para garantizar las prestaciones sociales. Actualmente este tercer freno está cancelado y también amenaza desgastar a los otros dos.

Tratando de sacar los hilos de los mapas de las posiciones explicadas aquí, creo que se puede concluir que estamos en un bloqueo no sólo político sino también teórico, cercados entre el neo-elitismo y vagas abstracciones rebeldes, ambos factores de despolitización y vaciamiento de la democracia constitucional que generan reacciones populistas. Pero no es con ingenuas fantasías post-políticas que se controla o civiliza al poder. Más bien, luchando por racionalizarlo y democratizarlo y usando el poder público democrático para fines colectivos contra el exceso del poder privado. Las interpretaciones neoliberales y globalistas del *Rule of Law* no solo no son convincentes, sino que lo ponen en crisis (y también a la democracia). Por otro lado, sus soluciones excepcionales abren el camino no a transformaciones emancipadoras sino a regresiones civiles o, cuanto menos, nos dejan desarmados respecto de ellas.

## 6. Referencias bibliográficas

- ACKERMAN, B. (2005). *La costituzione di emergenza. Come salvaguardare libertà e diritti civili di fronte al pericolo del terrorismo*. Milano: Booklet.
- AGAMBEN, G. (2018). *Homo sacer (1995-2015). Edizione integrale*. Macerata: Quodlibet.
- ARRUZZA, C. BHATTACHRYA, T., FRASER, N. (2019). *Femminismo per il 99%. Un Manifesto*. Roma-Bari: Laterza.
- BENJAMIN, W. (1982). *Angelus Novus. Saggi e frammenti*. Torino: Einaudi.
- BENJAMIN, W. (2013). *Capitalismo come religione*. Genova: Il Melangolo.
- BIN, R. (2016). *Rule of Law e ideologie*, in PINO, G. e VILLA, V. (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*. Bologna: Il Mulino.
- BINGHAM, T. (2011). *The Rule of Law*. London: Penguin.
- BOBBIO, N. (1999). *Teoria generale della politica*. Torino: Einaudi.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (2007). *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Roma-Bari: Laterza.
- BRENNAN, J. (2018). *Contro la democrazia*. Roma: Luiss University Press.
- BROWN, W. (2013). *Stati murati, sovranità in declino*. Roma-Bari: Laterza.

- BUTLER, J. (2017). *L'alleanza dei corpi*. Roma: Nottetempo.
- CASSESE, S. (2009). *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Einaudi.
- CASSESE, S. (2016). *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati?* Bologna: Il Mulino.
- CHIGNOLA, S., a cura di (2012). *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*. Verona: OmbreCorte.
- COSTA, P. (1999-2002). *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Roma-Bari: Laterza.
- CROUCH, C. (2019). *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*. Roma-Bari: Laterza.
- CROZIER, M. J., HUNTINGTON, S. P., WTANUKI, J. (1977). *La crisi della democrazia. Rapporto sulla governabilità delle democrazie alla Commissione trilaterale*. Milano: Franco Angeli.
- DAVIES, W. (2014). *The Limits of Neoliberalism. Authority, Sovereignty and the Logic of Competition*. London: Sage.
- DYZENHAUS, D. (2006). *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*. London-NewYork: Cambridge University Press.
- FERRAJOLI, L. (2007). *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 2 volumi. Roma-Bari: Laterza.
- FERRARESE, M. R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Roma-Bari: Laterza.
- FERRARESE, M. R. (2017). *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*. Bologna: Il Mulino.
- FIORAVANTI, M. (2002). *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- FIORAVANTI, M. (2009). *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*. Roma-Bari: Laterza.
- GALLINO, L. (2011). *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*. Torino: Einaudi.
- GALLINO, L. (2012). *La lotta di classe dopo la lotta di classe*, intervista a cura di P. Borgna. Roma-Bari: Laterza.
- GALLINO, L. (2013). *Il colpo di Stato di banche e governi. L'attacco alla democrazia in Europa*. Torino: Einaudi.
- GIANNINI, M. S. (1986). *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*. Bologna: Il Mulino.
- GNEIST, R. (1879). *Der Rechtsstaat*. Berlin: Springer.
- GRAMSCI, A. (2007). *Quaderni del carcere*, edizione critica dell'Istituto Gramsci a cura di V. Gerratana. Torino: Einaudi.

- GREEN, A. (2018). *Permanent states of emergency. Constitutions in an Age of Crisis*. Oxford: Hart.
- GRIMM, D. (2015). *Sovereignty. The origin and future of a political and legal concept*. New York: Columbia University Press.
- GROSSI, P. (2012). *Introduzione al Novecento giuridico*. Roma-Bari: Laterza.
- HABERMAS, J. (2013). *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Roma-Bari: Laterza.
- HARDT, M., NEGRI, A. (2010), *Comune. Oltre il privato e il pubblico*. Milano: Rizzoli.
- HARVEY, D. (2007). *Breve storia del neoliberalismo*. Milano: Il Saggiatore.
- KELSEN, H. (1966). *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- KOSELLECK, R. (1984). *Critica illuminista e crisi della società borghese*. Bologna: Il Mulino.
- LUCIANI, M. (1996). "L'antisovrano e la crisi delle costituzioni", *Rivista di diritto costituzionale*, 1/1996, pp. 124-188.
- MATTEI, U., NADER, L. (2010). *Il saccheggio. Regimi di legalità e trasformazioni globali*. Milano-Torino: Bruno Mondadori.
- MATTEUCCI, N. (2011). *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*. Bologna: Il Mulino.
- MOUFFE, C. (2018). *Per un populismo di sinistra*. Roma-Bari: Laterza.
- MOUNK, Y. (2018). *Popolo vs democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*. Milano: Feltrinelli.
- PALOMBELLA, G. (2012). *È possibile una legalità globale? Il Rule of Law e la governance del mondo*. Bologna: Il Mulino.
- PLANT, R. (2010). *The Neo-liberal State*. Oxford: Oxford University Press.
- PORTINARO, P. P. (2018). *Le mani su Machiavelli. Una critica dell'«Italian Theory»*. Roma: Donzelli.
- RODOTÀ, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari: Laterza.
- RODRIK, D. (2015). *La globalizzazione intelligente*. Roma-Bari: Laterza.
- SCHMITT, C. (1972). *Le categorie del «politico»*. Saggi di teoria politica. Bologna: Il Mulino.
- SCHNUR, R. (1979). *Individualismo e assolutismo*. Milano: Giuffrè.
- SILVEIRA MARQUES, A. (2018). *Der Rechtsstaat der Risikovorsorge*. Berlin: Duncker & Humblot.
- SLOBODIAN, Q. (2018). *Globalists. The end of Empire and the birth of neoliberalism*. Cambridge (MA): Harvard University Press.
- SOMMA, A. (2018). *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*. Roma: DeriveApprodi.
- STREECK, W. (2013). *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*. Milano: Feltrinelli.
- SUPIOT, A. (2015). *La gouvernance par le nombres*. Paris: Fayard.

- TEUBNER, G. (2005). *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*. Roma: Armando.
- VAN REYBROUCK, D. (2015). *Contro le elezioni. Perché votare non è più democratico*. Milano: Feltrinelli.