

## L'ESTAT DUAL A ESPANYA: CONTEXT I JUSTIFICACIÓ DE L'APLICACIÓ DE L'ARTICLE 155 CE

Josep M. Vilajosana\*

### Resum

Aquest text analitza l'aplicació que per primer cop s'ha fet de l'article 155 CE a Catalunya, especificant-ne el context institucional i la filosofia que intenta justificar-la. Amb aquest objectiu, l'autor empra el concepte d'"estat dual" d'Ernst Fraenkel i sosté que Espanya ha esdevingut un estat dual en què s'ha incrementat l'espai propi de l'estat de les mesures (*prerogative state*), en detriment de l'estat de les normes (*normative state*). Aquesta tesi es mostra mitjançant el repàs d'una sèrie d'indicadors que afecten tots els poders de l'estat. La filosofia de Carl Schmitt unifica aquest context institucional i l'aplicació de l'article 155, mitjançant els conceptes de sobirania, política, enemic i situació excepcional. Tot això conduirà a una hipòstasi de la unitat nacional, contrària a l'estat de dret i a la democràcia liberal.

Paraules clau: Article 155 CE; estat dual; sobirania; excepció; estat de dret; democràcia liberal.

### THE DUAL STATE IN SPAIN: THE CONTEXT OF AND JUSTIFICATION FOR IMPLEMENTATION OF ARTICLE 155 OF THE SPANISH CONSTITUTION

#### Abstract

*This text analyses the first application of Article 155 of the Spanish Constitution in Catalonia. It lays out the institutional context in which this application occurred and the philosophy attempting to justify such a measure. To this end, the paper uses the concept of Dual State proposed by Ernst Fraenkel, who maintains that Spain is a Dual State that is increasing the space of the Prerogative State to the detriment of the Normative State. This thesis is evidenced by a review of a series of indicators that affect all the powers of the State. Carl Schmitt's philosophy unifies this institutional context, and with it, the application of Article 155 of the Spanish Constitution, through the concepts of sovereignty, politics, enemy and exceptional situation. All this will lead to a hypostasis of national unity against the rule of law and liberal democracy.*

*Key words: Article 155 Spanish Constitution; dual state; sovereignty; exception, rule of law, liberal democracy.*

---

\* Josep M. Vilajosana, catedràtic de filosofia del dret a la Universitat Pompeu Fabra. Unitat de Coordinació Acadèmica de Dret, edifici Roger de Llúria (Campus de la Ciutadella), c. Ramon Trias Fargas, 25-27, 08005 Barcelona. [josep.vilajosana@upf.edu](mailto:josep.vilajosana@upf.edu).

Article rebut el 22.01.2019.

**Citació recomanada:** Vilajosana, Josep M. (2019). L'estat dual a Espanya: context i justificació de l'aplicació de l'article 155 CE. *Revista Catalana de Dret Públic*, (número especial), 137-155. doi:[10.2436/rcdp.i0.2019.3274](https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2019.3274).

## Sumari

- 1 Introducció
  - 2 El marc conceptual: la tesi de l'estat dual
    - 2.1 Estat normatiu i estat discrecional
    - 2.2 Una tesi general
    - 2.3 Sobirania i política
  - 3 El context institucional: l'Estat espanyol com a estat dual
    - 3.1 Indicadors de l'estat discrecional en el poder executiu
    - 3.2 Indicadors de l'estat discrecional en les lleis
    - 3.3 Indicadors de l'estat discrecional en la jurisdicció
  - 4 La justificació filosòfica: la interpretació schmittiana de l'article 155 CE
    - 4.1 L'article 155 com a clàusula general
    - 4.2 La manca de garanties en l'aplicació de l'article 155
    - 4.3 La gestió de la situació excepcional
  - 5 Les implicacions: hipòstasi de la unitat nacional i democràcia
    - 5.1 La concepció schmittiana de la democràcia
    - 5.2. La concepció liberal de la democràcia
- Bibliografia

## 1 Introducció

L'aplicació, per primer cop a Espanya, de l'art. 155 CE revela aspectes molt rellevants de la manera de concebre el paper de l'estat de dret en una societat democràtica a l'alçada del segle XXI. L'anàlisi d'aquest article pot fer-se explorant la constitucionalitat de la seva interpretació i aplicació, però aquesta qüestió no serà l'objecte central d'aquest treball.<sup>1</sup> Una altra perspectiva des de la qual abordar l'anàlisi de la interpretació d'aquest article i de la seva aplicació a Catalunya és la d'aprofundir sobre els fonaments filosòfics i conceptuals en els quals descansa. Aquest és el propòsit principal d'aquest escrit. Per tal assolir-lo, cal esbrinar el context més ampli en el qual s'insereix la decisió d'invocar aquest article amb una interpretació determinada. D'aquesta manera podrà precisar-se quina és la lògica que hi ha al darrere de les mesures institucionals adoptades i dels discursos que han pretès justificar-les.

Desenvoluparé la meua exposició així. En primer lloc, proposaré un marc conceptual apropiat per englobar el fenomen de l'aplicació de l'art. 155 CE i el context institucional en què s'insereix. Aquest marc conceptual es basarà en la idea de l'estat dual elaborada per Ernst Fraenkel, segons el qual en un mateix estat poden coexistir un àmbit regulat per normes jurídiques generals amb un altre en el qual prevalen les mesures, que constitueixen el regne de la discrecionalitat política. En segon lloc, passaré revista a una sèrie d'indicadors que mostren que a Espanya s'ha format aquest estat dual, a partir del creixement dels aspectes discrecionals destinats als "enemics", conforme al concepte de la política de Carl Schmitt. El repàs d'aquests indicadors posarà en relleu el context institucional en el qual cal inserir la intervenció de la Generalitat de Catalunya propiciada per l'aplicació de l'art. 155 CE. En tercer lloc, postularé que la filosofia que pretén justificar la interpretació que s'ha imposat d'aquest article és deutora de les tesis schmittianes, especialment de la seva manera d'entendre la centralitat de la situació excepcional. Acabaré el treball analitzant les implicacions que el context i la justificació exposats tenen en relació amb l'estat de dret i amb la forma de concebre la democràcia.

Allò que dona sentit a les mesures adoptades pels poders estatals, en general, i pel govern a través de l'aplicació de l'art. 155, en particular, és el que anomenaré la *hipòstasi de la unitat nacional*, que xoca frontalment amb els trets propis d'una democràcia liberal.<sup>2</sup>

## 2 El marc conceptual: la tesi de l'estat dual

### 2.1 Estat normatiu i estat discrecional

Fraenkel distingeix entre *normative state* (estat normatiu) i *prerogative state* (que se sol traduir per "estat discrecional").<sup>3</sup> És significatiu d'aquesta proposta que ambdós "estats" conflueixen en un de sol. Són com dues cares diferents d'un mateix estat, cadascuna de les quals es mostra en funció de diverses circumstàncies. Ara en destacaré alguns aspectes:

- a) El seu abast, pel que ara interessa, s'entén millor si ens fixem en la terminologia alemanya. Així, *normative state* és la versió anglesa de *Normenstaat* (estat de les normes), mentre que *prerogative state* ho és de *Massnahmenstaat* (estat de les mesures).
- b) Un comportament regulat per normes esdevé en certa mesura previsible, mentre que el regne de les mesures és el propi de l'arbitrarietat.
- c) Segons una determinada forma d'entendre la política, que és schmittiana, l'àmbit d'allò polític no pot ser regulat per normes, sinó per mesures. Com diu Fraenkel: "No hi ha normes jurídiques que governin l'esfera política. Aquesta es regula mitjançant mesures (*Massnahmen*) en les quals els principals funcionaris exerceixen

1 Hom pot argumentar que aquesta interpretació i aplicació xoca amb drets fonamentals reconeguts a la CE (com el dret de participació política de l'art. 23.2) i amb el dret a l'autonomia reconegut a l'art. 2. En el moment d'escriure aquestes línies estan encara per resoldre diversos recursos, presentats tant per particulars com per parlamentaris, contra el RD 946/2017, de 27 d'octubre, de dissolució del Parlament de Catalunya i convocatòria d'eleccions, aprovat a l'empara de l'art. 155 CE.

2 He exposat la tesi de fons d'aquest treball a diferents llocs, començant per una taula rodona a Granollers, el 2.02.2018.

3 Tècnicament, discrecional (àmbit limitat i fiscalitzable) i arbitrari (il·limitat i sense fiscalització possible) no són el mateix, per bé que de moment els utilitzaré indistintament per tal de respectar-ne la terminologia que s'ha emprat en les traduccions a les llengües llatines. En realitat, a allò que apunta Fraenkel (i Schmitt) és a l'arbitrarietat pròpia de les mesures. Més endavant serà el moment d'insistir en la importància d'aquesta distinció.

llurs prerrogatives discrecionalment. D'aquí el sentit de l'expressió *prerogative state* (*Massnahmenstaat*). (Fraenkel, 1941: 3).

d) Ara bé, tampoc hi ha una delimitació jurídica d'allò que és polític que el distingeixi d'allò que no ho és: “L'esfera política —diu Fraenkel— no és una esfera de l'estat separada d'altres pel dret; és una esfera omnicompetent, independent de tota regulació jurídica” (Fraenkel, 1941: 68-69).

e) D'acord amb això, és des de l'estat discrecional que es decideix quins aspectes queden confinats a la normalitat. Com veurem més endavant, Schmitt sosté que la normalitat es defineix a partir de l'excepció i no a l'inrevés.<sup>4</sup>

## 2.2 Una tesi general

Quan Fraenkel teoritza sobre l'estat dual ho fa amb la mirada posada en el règim nazi, sota el domini del qual va viure fins 1938. El que va mostrar amb enorme cruïda l'exemple nazi és la severitat que pot arribar a assolir aquest estat discrecional destinat a combatre de manera extrema la dissidència. Mentrestant, l'estat normatiu va seguir funcionant, per exemple, en relació amb el dret de propietat privada, el respecte als contractes, el dret de la competència o el dret laboral (Fraenkel, 1941: 77-82). Però que el de l'Alemanya nazi sigui un cas clar d'estat dual no implica que aquesta dualitat no aparegui, amb matisos diferents, en altres països i altres èpoques. De fet, el concepte d'estat dual ha estat emprat recentment per tal d'explicar la Rússia de Putin (Trochev i Solomon Jr., 2018), de certs aspectes dels règims d'Ucraïna (Kyselova, 2014), Turquia (Söyler, 2013), Tailàndia (Mérieau, 2016) i fins i tot d'Estats Units, fonamentalment arran dels “llimbs jurídics” que ha suposat Guantánamo (Wilson, 2016: cap. 3).<sup>5</sup>

La interpretació que faig del concepte d'estat dual és, doncs, que la presència dels trets d'arbitrarietat o de normalitat en un mateix estat és una qüestió de grau. Allò rellevant, aleshores, consisteix a exposar quins són els elements propis de l'estat discrecional presents en un estat que es defineix formalment com un estat democràtic de dret. A partir d'aquí, cal formular una tesi conceptual: un estat s'acostarà més a l'ideal d'un estat de dret com menys mesures pròpies d'un estat discrecional contingui. Cal advertir que la tesi que sostinc no és formal. En aquest sentit, convé recordar que l'estat alemany de l'època nazi no va tocar ni una coma de la Constitució de Weimar, com tampoc s'ha modificat formalment la Constitució de 1978, si més no pel que fa als aspectes que ara interessa. Això no és obstacle per sostenir que, en ambdós casos i amb graus diferents, apareixen indicadors materials de la presència del component discrecional.<sup>6</sup>

## 2.3 Sobirania i política

Abans de passar a analitzar una mostra d'indicadors que posa en relleu la presència creixent de l'estat discrecional en les accions dels poders públics a Espanya, convé precisar el nexa que uneix la tesi de l'estat dual amb algunes de les posicions teòriques de Carl Schmitt. D'aquesta manera cobren sentit unitari unes actuacions que, si fossin objecte d'una anàlisi superficial o merament formal, semblarien no tenir-lo. La coherència entre elles existeix i té a veure amb una manera d'entendre la sobirania i l'abast de la política que deu molt a allò que va defensar aquest autor alemany. Per aquesta raó, no estic d'acord amb els qui opinen que la resposta oferta per l'Estat espanyol a les reivindicacions provinents dels defensors del dret a decidir sigui “judicial” i no política. La resposta oferta fins ara, i en la qual l'aplicació de l'art. 155 CE juga un paper determinant, és *política*, però en el benentès que es tracta de la política en sentit schmittià. De fet, tant el diagnòstic de la situació com la recepta prescrita són schmittians.

El diagnòstic des de les posicions unionistes és clar: el que està en qüestió en aquest assumpte és la sobirania estatal. I la sobirania és compresa en termes schmittians: “Sobirà és qui decideix sobre la situació excepcional

4 No endebades Fraenkel és un destacat deixeble d'esquerres de Schmitt, como ho foren Franz Neumann i Otto Kirchheimer. Tots tres acabaren exiliats als Estats Units.

5 Una al·lusió a aquest marc conceptual aplicable a la situació que viu Espanya es troba en una entrada del blog de Ramon Cotarelo: “L'anàlisi de Fraenkel era del règim nazi, però és aplicable a Espanya, salvant-ne totes les distàncies” (Cotarelo, 2018a). Posteriorment aquest autor ha substituït aquesta interpretació per una altra: l'Estat espanyol seria definitivament un estat fracassat, si més no “democràticament fracassat”, pel fet d'haver-se mostrat “irreformable” (Cotarelo, 2018b).

6 Per aquesta raó hi ha qui ha parlat en el cas alemany de mutació constitucional (canvi de Constitució sense reformar-la) amb relació a la Constitució de Weimar (Boldt, 1971), la qual cosa potser també es podria aplicar al cas espanyol.

(*Ausnahmezustand*)” (Schmitt, 1922: 35).<sup>7</sup> Més tard, en analitzar la interpretació schmittiana de l'art. 155 CE, diré alguna cosa sobre la manera de gestionar l'excepció; ara examinaré la connexió entre sobirà i decisió.

Mai una abstracció ha pres cap decisió. Per aquest motiu, el decisionisme de Schmitt es contraposa fèrrriament al normativisme de Kelsen. Les normes són abstraccions (significats d'enunciats) i no prenen decisions, atès que no tenen voluntat. Per tant, no té sentit, des d'aquesta perspectiva, parlar de sobirania de normes o de norma sobirana. L'ordre que les normes representen descansa en última instància en una decisió. Schmitt no es cansa de repetir el lema hobbesià “*auctoritas, non veritas, facit legem*”. Si hom accepta aquesta visió de la sobirania i descriu la situació que s'està vivint a Espanya com una en què està en joc la sobirania, llavors la qüestió passarà a ser no què diuen les normes del sistema jurídic espanyol, sinó qui emergirà com a sobirà i prendrà la decisió *política*.<sup>8</sup>

Arribem a la recepta. La decisió política per antonomàsia en Schmitt és la que delimita l'amic de l'enemic: “La distinció pròpiament política és la distinció entre *l'amic* i *l'enemic* (...); a ella es refereixen en darrer terme totes les accions i motius polítics” (Schmitt, 1928: 97). “L'enemic —ens diu— és, en un sentit singularment intens, *existencialment*, un altre de diferent, un estranger, amb el qual hi caben, en cas extrem, conflictes *existencials*.” (Schmitt, 1928: 98). Això no vol dir que qui posa en perill aquesta existència com a col·lectiu sigui únicament algú extern a un estat, sinó que és possible també una situació excepcional interna, de manera que “l'estat, com a unitat política, decideix també per si mateix, mentre subsisteix (aquesta situació crítica), qui és l'enemic intern” (Schmitt, 1928: 123), al qual cal combatre amb la mateixa duresa i amb els mateixos mitjans que a l'estranger, fins eliminar-lo si cal.

Queda així obert el camí per entrar en el món de les mesures, mancades, per definició del que és “polític”, de control normatiu. Hom pot observar, doncs, la connexió entre aquestes tesis de Schmitt amb la de l'estat dual. Atès que, com veurem més endavant, el sobirà decideix no només *en* la situació excepcional, sinó *quan* s'està en aquesta situació, és en el món arbitrari propi de les mesures en què es troba la decisió política cabdal. Estévez ho ha expressat així: “Fraenkel subratlla explícitament que no hi ha uns criteris generals de delimitació de l'àmbit de la política. També la decisió sobre el que és polític és arbitrària. ‘Polític’ és el que l'autoritat política decideix que és polític. I no hi ha cap àmbit ‘privat’ o sostret de l'esfera d'allò polític” (Estévez, 1989: 188).

Ara estem en millors condicions d'entendre el marc general en el qual encaixa la decisió d'aplicar l'art. 155, així com el seu abast. Aquest marc general és el propi de l'estat dual, en què s'ha anat incrementant progressivament la presència de l'estat discrecional en detriment de l'espai reservat a l'estat normatiu. La classe de “l'enemic” la formaran aquells que, des de la perspectiva del sobirà, posen en qüestió la unitat nacional. En situacions com aquesta, i seguint al peu de la lletra el manual schmittià, ha de sorgir la decisió política sobirana que, primer, decideixi que s'està dins d'una situació excepcional; segon, delimiti la classe dels enemics interns; tercer, prengui les mesures necessàries perquè ja no constitueixin un perill, fins i tot al preu de eliminar-los. És així com es podrà retornar a l'ordre, a la “normalitat” definida pel propi sobirà.

Si això és així, què fa el sobirà en temps de normalitat? Schwab ens diu que “dorm, per despertar-se tot d'una en el moment crític, és a dir, en el límit entre la normalitat i l'estat d'excepció” (Schwab, 1989: 50). La metàfora del sobirà dorment és suggestiva, però em sembla una mica enganyosa. S'adequa bé a la tesi dels que sostenen, per exemple, que l'independentisme ha despertat el franquisme a Espanya, tot donant a entendre que la reacció obeeix a una mena de provocació, encara que aquesta provingui de la defensa pacífica d'un ideal. En canvi, el que hauria de preocupar els demòcrates és que la ideologia franquista pugui

<sup>7</sup> Tal com comenta Estévez, seguint Julien Freund (Freund, 1965: 124), és més adequat entendre *Ausnahmezustand* com a “situació excepcional” que no pas com a “estat d'excepció”, que és com es tradueix en la versió castellana de *Teología política*. La raó és que no s'ha de confondre l'expressió més general que empra Schmitt amb el concepte més reduït i tecnicojurídic d'estat d'excepció, contraposat als estats d'alarma i de setge (Estévez, 1989: 201, nota 16).

<sup>8</sup> Actualment sembla que efectivament la qüestió de fons té a veure amb la sobirania. Ara bé, no va ser així quan es va iniciar el procés de reforma de l'Estatut català fa quinze anys. En aquell moment es van seguir escrupolosament els passos procedimentals previstos en la CE per tal reforma i aquesta es va aprovar el 2006. Després vindria el recurs d'inconstitucionalitat (precedit d'una campanya que justament intentava presentar el que era un procediment de reforma dins el marc autonòmic com un atemptat contra la sobirania nacional) i la posterior STC 31/2010, de 28 de juny, que avalaria aquest relat. Des de llavors, els catalans es regeixen per un Estatut que només parcialment han votat i creix el suport a les posicions independentistes. Les reivindicacions ara sí que són “sobiranistes”.

impregnar reaccions que no vagin en sintonia amb els postulats democràticoliberal. <sup>9</sup> El sobirà schmittià, seguint amb la metàfora, mai dorm; ans al contrari, està permanentment despert, atent per avaluar la situació del moment i prendre la decisió que la concepció de la política de Schmitt li confereix. Podrem comprovar a continuació que el sobirà a Espanya està més despert que mai.

### 3 El context institucional: l'Estat espanyol com a estat dual

L'anàlisi de la interpretació i aplicació de l'art. 155 CE no pot fer-se, com he dit, al marge del context en què aquestes activitats es duen a terme. En aquest sentit, és possible detectar indicadors clars que mostren l'augment progressiu aquests darrers anys de l'àmbit propi de l'estat discrecional. Els dividiré en funció de quin sigui el poder de l'estat més implicat en cadascun d'ells. Per a això distingiré entre aquells indicadors que sorgeixen de l'actuació del poder executiu, els que es donen en les lleis i els referits a l'esfera jurisdiccional. La relació no pretén ser exhaustiva. Únicament n'és una petita mostra, però n'hi haurà prou per adonar-nos de la tendència que els unifica. <sup>10</sup>

#### 3.1 Indicadors de l'estat discrecional en el poder executiu

Al marge del protagonisme que el govern té assignat a l'hora de proposar i aplicar les mesures genèricament previstes en l'art. 155 CE, qüestió que veurem a l'apartat 4, cal ressaltar algunes actuacions pròpies de l'anomenat *Deep State*. No hi ha cap estudi que tingui en compte el marc teòric de l'estat dual que no posi aquest tipus d'actuacions en el centre de la presència de l'estat discrecional. La raó és molt simple: no hi ha dubte que aquest àmbit, que per definició escapa al control públic, és el paradís de les mesures que cauen fora de la "normalitat". És raonable pensar que moltes d'elles ni tan sols arribarem a conèixer-les. Però de les que fins ara s'ha tingut alguna informació, en destacaré dues, que afecten els ministeris de l'Interior i d'Economia, respectivament.

Pel que fa al Ministeri de l'Interior, cal subratllar actuacions pròpies de la guerra bruta com l'anomenada "Operació Catalunya". Segons el Dictamen de la Comissió d'Investigació creada al Parlament de Catalunya, <sup>11</sup> l'Operació Catalunya va ser "una conspiració per intentar frenar la dissidència política a Catalunya, i particularment el moviment independentista" duta a terme, "com a mínim, durant els anys en què Jorge Fernández Díaz (2011-2016) ha estat ministre de l'Interior espanyol". Es va concretar en "un seguit d'actuacions de caràcter polític, policial i d'intel·ligència que han buscat reduir el suport social de l'independentisme com a opció política mitjançant la desacreditació (...); de manera específica, el que es buscava era associar els líders polítics i cívics independentistes amb la corrupció". I s'ha dut a terme "amb investigacions prospectives", "és a dir, aleatòries i amb caràcter persecutori" (...) "una pràctica expressament prohibida per la Llei d'enjudiciament criminal", que impedeix "expressament que la policia, en el marc de la seva actuació indagadora, pugui actuar al marge del coneixement de l'autoritat judicial. I en aquest cas s'ha fet permanentment".

En relació amb el Ministeri d'Economia, mereix especial consideració la forta pressió a la qual van ser sotmeses les empreses radicades a Catalunya, arran de la convocatòria del referèndum, perquè traslladessin la seva seu social. En aquest cas, a aquesta pressió, en què potser es va implicar fins i tot el cap de l'Estat, <sup>12</sup> es va afegir la facilitació "ràpida" d'aquesta sortida, a través de l'aprovació d'un decret llei, en el qual es canviava la competència per decidir sobre aquest trasllat, que passava de la Junta General d'accionistes al Consell d'Administració de les empreses. <sup>13</sup> Un aspecte molt important d'aquesta actuació per al que aquí estem analitzant és que aquesta "fugida massiva d'empreses" del territori català (sent precisos, en la majoria

<sup>9</sup> La vinculació de Schmitt amb el franquisme és coneguda. N'hi haurà prou amb un exemple. En l'acte d'investidura del professor alemany com a membre d'honor de l'Institut de Estudios Políticos, el 1962, i després del discurs laudatori pronunciat per Manuel Fraga Iribarne, Schmitt va dir: "La guerra d'alliberament nacional d'Espanya és una pedra de toc. En la lluita mundial d'avui, Espanya va ser la primera nació que es va reafirmar per les seves pròpies forces de tal manera que, ara, totes les nacions no comunistes s'han d'acreditar en això enfront d'Espanya" (citada a Guillén, 1996: 99).

<sup>10</sup> Una llista força completa de casos de vulneració per part de l'Estat de drets dels defensors del dret a decidir abans, durant i després de l'1 d'octubre de 2017 es pot trobar a Barceló, 2018.

<sup>11</sup> Dictamen de la Comissió d'Investigació sobre l'Operació Catalunya, publicat en el BOPC, núm. 498, 1 de setembre de 2017.

<sup>12</sup> Vegeu "Així va fer l'Estat la guerra econòmica contra Catalunya", diari *Ara*, 7.10.2018.

<sup>13</sup> Es tracta del Reial decret llei 15/2017, de 6 d'octubre, de mesures urgents en matèria de mobilitat d'operadors econòmics dins del territori nacional.

dels casos, només el trasllat de la seva seu social) va ser utilitzada més tard com una de les circumstàncies que “provaven” el suposat descontrol a què s’havia arribat a Catalunya i que feia necessària la intervenció no selectiva sinó total del Govern de la Generalitat. Així, com es veurà després, en l’Acord pel qual es prenen les mesures previstes en l’art. 155 es diu que un dels objectius és el de “mantenir el benestar social i el creixement econòmic”. ¿I quines circumstàncies han posat en perill aquest benestar, segons el Govern? Doncs la “fugida d’empreses”, que ell mateix va provocar.<sup>14</sup>

### 3.2 Indicadors de l'estat discrecional en les lleis

Fa temps que s’ha estat preparant el terreny per delimitar la classe dels “enemics”, en estricta observança de la manera schmittiana d’entendre l’àmbit de la política. La manifestació més clara d’aquesta forma de procedir es troba en els canvis esdevinguts a partir de la promulgació de la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana, més coneguda com a “lleï mordassa”, d’una banda, i en la legislació penal, de l’altra. Amb aquestes variacions s’està fent un pas decisiu en la línia de substituir un dret sancionador del ciutadà per un dret sancionador de l’enemic.<sup>15</sup>

Quant al primer aspecte, n’hi haurà prou amb donar una dada demolidora, que hauria de posar sobre avís de l’increment de l’estat discrecional: la Llei de seguretat ciutadana, que va entrar en vigor el juliol de 2015, ha deixat un balanç (fins al març de 2018) de 47.980 multes a ciutadans per “faltes de respecte i/o consideració” als agents de la policia. És a dir, Guàrdia Civil i Policia han multat 48 ciutadans cada dia per aquest motiu durant aquests tres anys. L’objectiu d’aquestes mesures és evident. Creen un clima de temor en la població (és l’anomenat *chilling effect*, àmpliament criticat en les seves resolucions pel TEDH), propici per descoratjar l’exercici de drets fonamentals com el de llibertat d’expressió, de reunió o de manifestació. No hi ha res que augmenti més la manca de seguretat que la indefinició de les normes i l’arbitrarietat en llur aplicació, una circumstància definitòria de l’estat discrecional.

L’especial atenció que mereixen els canvis produïts en el redactat i, en ocasions, en la interpretació dels preceptes del Codi penal obeeix al fet que posen en relleu la manera estàndard d’entendre l’anomenat dret penal de l’enemic, concepció que té una vinculació directa amb les idees defensades per Carl Schmitt. Vegem molt succintament en què consisteix i alguns exemples de com es reflecteixen en el Codi penal.

Seguint Günther Jakobs, i de manera molt esquemàtica, els trets que caracteritzen el dret penal de l’enemic són els següents (Jakobs, 1997; Cancio, M. i Jakobs, G., 2006):

- a) S’avança el moment de la punibilitat. Hom no espera a intervenir penalment que s’hagin comès els actes delictius pròpiament dits, sinó que es tendeix a penalitzar també els actes preparatoris. Un exemple significatiu el trobem en la combinació perversa que es dona entre els arts. 579 i 578 CP. La conseqüència és que la intervenció penal va retrocedint de l’acte terrorista al de la provocació, conspiració o proposició per realitzar actes terroristes, i d’aquí al de la publicació de missatges que ajudin algú a cometre actes de provocació, conspiració o proposició perquè algú faci actes terroristes. Això suposa, més enllà de l’ús d’una dubtosa tècnica legislativa, una amplitud desmesurada de les accions que poden ser objecte de retret penal i la generació d’un àmbit desorbitat de discrecionalitat.
- b) No se segueix per a aquests casos el principi de proporcionalitat de les penes. Es tendeix a igualar les penes d’aquests actes preparatoris amb la dels delictes consumats. Això s’aconsegueix no només penalitzant directament els actes preparatoris, sinó també establint agreujants que no estan vinculats directament amb un fet concret, com són els de pertinença a banda criminal. Un exemple el constitueix l’art. 577 CP, en què s’estableix la mateixa pena per a la col·laboració amb el terrorisme que la complicitat amb la col·laboració.
- c) Limitació considerable o directament suspensió de les garanties o drets processals dels acusats. Això es concreta en afectacions a la presumpció d’innocència, a la laxitud a l’hora d’acceptar la licitud en l’obtenció

<sup>14</sup> Posteriorment, tots els indicadors econòmics disponibles han desmentit que hi hagi hagut cap afectació negativa al “creixement econòmic”, tot i aquesta suposada “fugida d’empreses” provocada.

<sup>15</sup> M’estimo més parlar en aquest cas de dret sancionador de l’enemic que no pas de dret penal de l’enemic, pel fet que les primeres modificacions relatives a la llei esmentada no regulen àmbits estrictament penals. Fa l’efecte fins i tot que amb aquesta llei s’ha volgut sostreure la regulació d’aquests comportaments de l’àmbit del dret penal per passar-los a l’àmbit administratiu (directament policial), atès que el primer, en principi, està envoltat de més garanties que el segon.

de proves o en la intervenció de les comunicacions, etc. Un cas clar de restricció de garanties és l'establiment de dos períodes "excepcionals" de detenció incomunicada, com passa a l'art. 509.2 LECrim.

La presència d'aquests trets característics del dret penal de l'enemic suposen una especificació de la teoria política de Carl Schmitt en l'àmbit penal. És la manifestació de la decisió política cabdal, segons aquest autor, que és la de decidir entre amic i enemic. Un cop feta aquesta delimitació, no ha d'haver-hi cap obstacle perquè els que es troben dins de la classe dels enemics (que, per definició de qui decideix, posen en perill l'existència de l'estat) siguin tractats sense les garanties que preveu l'estat normatiu; en definitiva, que siguin tractats dins de la discrecionalitat pròpia de l'estat "de les mesures".

Però que ningú pensi que la classe dels enemics es limita a la dels terroristes (tot i que aquesta s'ha eixamplat enormement per un canvi de definició), sinó que s'amplia per donar cabuda al que podríem considerar dissidents, que no han realitzat actes violents, ni n'estan remotament relacionats (no els han preparat, ni n'han incitat la realització, ni hi han donat suport, etc.).<sup>16</sup> Aquí trobaríem també la manera com s'estan interpretant delictes com l'enaltiment o justificació del terrorisme o el menyspreu per les víctimes (arts. 578 i 579 CP), o el delictes d'injúries i calúnnies a la corona (arts. 490.3 i 491 CP), amb algun ensurt sofert en seu europea.<sup>17</sup> Finalment, cal esmentar l'intent d'ampliació que s'ha produït del delictes d'incitació a l'odi i la discriminació de l'art. 510 CP, pensat originàriament per protegir minories, especialment de caràcter ètnic o religiós.

### 3.3 Indicadors de l'estat discrecional en la jurisdicció

El concurs del poder judicial en la generació de la direcció unitària que hi ha darrere l'estat discrecional és clau. Ara em centraré només en algunes observacions relatives a dos aspectes. D'una banda, l'anomenada politització de la justícia; de l'altra, el procés penal contra els representants polítics i socials de l'independentisme català.

Pel que fa a la politització de la justícia, hom ha sostingut que es produeix a través dels nomenaments de la cúpula judicial, que afecta el Consell General del Poder Judicial i, a través d'ell, el nomenament dels màxims dirigents de la judicatura. Això és així i és difícilment discutible. Voldria, en canvi, prestar atenció a un altre aspecte que afecta no tant la *independència* dels membres del poder judicial, sinó la seva *imparcialitat*. Una de les qüestions que ha posat en relleu el procés català és que els jutges encarregats del seu enjudiciament han pres decisions basades en raons d'oportunitat i no de defensa dels drets dels tutelats. Quan les resolucions es prenen amb rapidesa mai vista en unes ocasions i amb gran parsimònia en d'altres, hom no pot al·legar raons de defensa de drets, si tant la rapidesa com la parsimònia van lligades sempre amb els interessos d'una de les parts.

Són emblemàtiques en aquest sentit les diferents decisions que ha pres el TC.<sup>18</sup> Mentre que els recursos presentats pel Govern es resolien en qüestió d'hores, els recursos d'empara sol·licitats per membres independentistes a presó provisional estan trigant molt més d'un any a resoldre's, fins al punt que han originat una vaga de fam per part d'alguns d'ells com a protesta, atès que aquesta dilació en la resolució dels recursos els impedeix anar al TEDH. Un altre exemple molt significatiu el trobem en el tractament que va donar l'instructor de la causa portada al TS a les euroordres d'extradició dels polítics independentistes exiliats. En dues ocasions va decidir l'instructor retirar l'ordre d'extradició emesa. El segon cas és enormement il·lustratiu. Quan el 12 de juliol de 2018 el Tribunal Superior del *Land* alemany de Schleswig-Holstein decideix denegar l'extradició de l'expresident Puigdemont pels delictes de rebel·lió i de sedició, però concedir-la pel de malversació, l'instructor opta per retirar l'euroordre. Cap criteri que no sigui el d'oportunitat pot justificar aquesta decisió. Prendre decisions per raons d'oportunitat és un tret característic de les decisions polítiques, però no hauria de ser-ho de les decisions pròpies dels tribunals. La missió d'aquests hauria de ser la d'impartir justícia, que, per dir-ho a la manera clàssica d'Ulpià, implica donar a cadascú allò que mereix, segons el dret. Prendre partit

<sup>16</sup> Així es concreta l'advertència que va fer en el seu moment Cruz Villalón, segons la qual la suspensió de garanties iniciada amb la Llei antiterrorista (anterior a la CE) podria arribar a tenir un "àmbit potencial de projecció" (Cruz Villalón, 2003-2004: 24).

<sup>17</sup> En aquest supòsit hi ha hagut algun pronunciament per part del TEDH contrari a la interpretació que s'ha fet per part de la justícia espanyola d'aquests delictes. El 2011 el TEDH va condemnar Espanya a pagar una indemnització de 20.000 euros a Arnaldo Otegi pel temps que va estar a la presó injustament. També trobem el cas de la crema de fotos del rei que, per sentència de 13 de març de 2018, el TEDH considera emparada per la llibertat d'expressió.

<sup>18</sup> Incloc en aquest subapartat les referències al TC, tot i que tècnicament no formi part del poder judicial. De tota manera, a partir de l'última modificació de la LOTC, potser caldria començar a qüestionar-se aquesta classificació. Per a una anàlisi d'alguns problemes que presenta la relació entre aquest canvi i l'art. 155 CE, vegeu González Hernández (2016).



per allò que convé a una de les parts en conflicte, encara que aquesta part sigui l'estat, no és fer justícia, és senzillament prendre partit.

Però on es posa en relleu de manera més evident la profunditat en què es troba l'estat discrecional i la utilització del dret penal de l'enemic és en les acusacions que han sustentat el procés contra els dirigents o simpatitzants independentistes (o simplement Mossos d'Esquadra), començant pel jutjat d'instrucció núm. 13 de Barcelona, passant per l'AN i arribant al TS. Negar als processats el seu dret a ser jutjats pel tribunal predeterminat per llei, determinar una presó provisional injustificada i la interpretació extensiva o analògica en contra del reu (no admesa en l'àmbit penal)<sup>19</sup> dels tipus de rebel·lió i sedició, no suposa més que una utilització abusiva de la discrecionalitat judicial, que esdevé arbitrariedad.<sup>20</sup> En especial, atribuir violència a actes que no en reuneixen cap dels requisits definitoris només pot explicar-se en funció del que he dit. Són decisions que resulten funcionals a la presa de decisions polítiques, en el sentit schmittià del terme. L'important ja no són els actes sinó els autors. Si el sobirà ha decidit que aquests entren dins la classe dels enemics (perquè amenacen l'existència de la unitat política), no els serà aplicable l'estat normatiu.

## 4 La justificació filosòfica: la interpretació schmittiana de l'article 155 CE

### 4.1 L'article 155 com a clàusula general

Els qui s'han ocupat d'analitzar l'article 155 CE destaquen que el seu antecedent directe és l'article 37 de la Llei Fonamental de Bonn. L'encabeixen, així, dins de la figura de la coerció federal (*Bundeszwang*). Aquesta previsió, com el seu nom indica, és pròpia dels estats federals, més en concret de l'Estat federal alemany, ja que no apareix en altres ordenaments federals, excepte en alguna mesura en el suís (García de Enterría, 1983; Albertí, 1986). No obstant això, atès que l'Estat espanyol no és un estat federal, hom ha suggerit altres noms per qualificar tal figura. Així, per exemple, s'ha denominat "coacció estatal" (Ballart, 1987; Virgala, 2005) o "compulsió estatal" (Calafell, 2000). Però, més enllà de la nomenclatura emprada, la veritat és que tan important com destacar el que l'article 155 té en comú amb l'article 37 és mostrar-ne les diferències.

Coincideixen ambdues disposicions a instituir un mecanisme pel qual el govern federal o central pugui obligar el compliment de les obligacions que els estats o les comunitats autònomes hagin incomplert. I també coincideixen a establir els mecanismes que caldria utilitzar per propiciar aquest compliment forçós, un de més genèric com el d'"adoptar les mesures necessàries" i un altre de més concret: donar instruccions a les autoritats de l'estat o comunitat autònoma. Els afegitons en la redacció definitiva de l'art. 155, introduïts en el tràmit parlamentari, són: el previ requeriment al president de la comunitat autònoma, la intervenció del Senat en el procediment i, sobretot, l'al·lusió a l'atemptat greu contra l'interès general d'Espanya, amb la consegüent referència a l'adopció de les mesures necessàries per tal de protegir-lo.<sup>21</sup> És especialment rellevant aquesta menció genèrica tant a la situació habilitant ("interès general d'Espanya") com a la indefinició de les respostes possibles ("mesures necessàries per tal de protegir aquest interès"), perquè confereix a aquest precepte característiques del que Cruz Villalón ha anomenat "clàusula general" (Cruz Villalón, 1980). Això ja alertava dels perills, abans que es fes efectiva l'aplicació de l'article, si no es tractava com a última ràtio i amb les garanties associades a aquesta condició.

### 4.2 La manca de garanties en l'aplicació de l'article 155

Semblava que la doctrina iuspublicista havia arribat a un cert consens a l'hora de demanar que l'aplicació de l'article 155, en atenció al seu caràcter excepcional i atesa la seva segura afectació al dret d'autonomia

<sup>19</sup> No és aquest el lloc per entrar en la discussió teòrica sobre la distinció entre interpretació extensiva i aplicació analògica (vegeu, sobre això, Vilajosana, 2017: cap. 3). Per al que aquí interessa, en canvi, és oportú citar la STC 126/2001, de 4 de juny, en la qual se sosté que "està vedada la interpretació extensiva i l'analogia *in malam partem*, és a dir, l'exegesi i aplicació de les normes fora dels supòsits i dels límits que elles mateixes determinen. El que aquestes tècniques jurídiques (...) estiguin prohibides en l'àmbit penal i sancionador obeeix al fet que en cas contrari esdevindrien font creadora de delictes i penes i, d'altra banda, l'aplicador de la nova norma així obtinguda envairia l'àmbit que només al legislador correspon, en contra dels postulats del principi de divisió de poders".

<sup>20</sup> Sobre la distinció tècnica entre discrecionalitat (inevitable, per raons lingüístiques i sistèmiques, entre d'altres) i l'arbitrariedad (perfectament evitable sent curós amb el respecte a les garanties), remeto a Vilajosana (2017: cap. 3).

<sup>21</sup> Sobre l'abús a què poden portar les apel·lacions genèriques a l'interès general en l'àmbit autonòmic i, en concret, en l'art. 155 CE, vegeu Requero (2013).

recollit a l'article 2 CE, es dugués a terme amb un escrupolós respecte als criteris de necessitat, cosa que implica que només s'han d'adoptar les mesures estrictament indispensables (Calafell, 2000: 127); de proporcionalitat i adequació (Entrena, 1980: 2316; Albertí, 1986: 218-219); de transitorietat, ja que no pot esdevenir una intervenció indefinida de la comunitat autònoma; de concreció, per evitar-ne la conversió en una clàusula de plens poders (Cruz Villalón, 1984: 59-60); de mínima intervenció dels drets autonòmics, cosa que implica que aquest precepte no empara aquella intervenció, el resultat de la qual es pogués obtenir mitjançant mecanismes menys nocius per a l'exercici de l'autonomia de la comunitat intervinguda (Gil-Robles, 1988: 467).

Malgrat tot, la veritat és que la interpretació i aplicació de l'article 155 en el cas de Catalunya s'ha apartat notòriament d'aquests criteris. Els objectius formalment adduïts són: restaurar la legalitat constitucional i estatutària, assegurar la neutralitat institucional, mantenir el benestar social i el creixement econòmic, i assegurar els drets i les llibertats de tots els ciutadans.<sup>22</sup> Pel que fa a les mesures proposades, és impossible en un treball d'aquestes característiques fer-ne ni tan sols una aproximació. Només cal dir que suposen una intervenció en gairebé tots els àmbits de l'Administració autonòmica.<sup>23</sup> Aquest capteniment posaria en dubte que s'haguessin seguit els criteris de necessitat, proporcionalitat i adequació. La manera de justificar aquesta intervenció total resulta, com a mínim, curiosa. Es basa en el fet que la Llei 20/2017, de transitorietat jurídica i fundacional de la República, "afectava en la seva redacció totes les àrees competencials de l'Estat". L'Acord, en canvi, no esmenta que aquesta "afectació" podia estar a la lletra de la llei, però no es va dur a terme, atès que mai va entrar en vigor.

Pel que fa a la concreció, és cert que en l'Acord es troba una casuística més que notable, però sembla obeir més a l'ansia de regular-ho tot que no pas a la finalitat de facilitar-ne el control tant jurisdiccional com per part del Senat.

En relació amb la transitorietat de les mesures, cal recordar que en un primer moment el govern es va pronunciar per aplicar-les de manera indefinida, per bé que després va optar per cenyir-la al període comprès entre la dissolució del Parlament català i la constitució d'un nou govern autonòmic. Tot i això, no les va aixecar fins que el Parlament va triar un candidat a president a qui va decidir no vetar i fins que la composició del govern autonòmic no va comptar amb el seu vistiplau (amb l'ajuda dels tribunals), amb mesures tan arbitràries com la de negar-se a publicar al DOGC (un acte reglat i degut) els nomenaments dels consellers elegits pel president de la Generalitat.

Hi havia, finalment, possibles intervencions menys nocives per a l'exercici de l'autonomia de Catalunya. Per comprovar-ho cal esbrinar primer quins van ser els actes duts a terme per la Generalitat que podrien haver incomplert les seves obligacions constitucionals i/o constituït un atemptat greu contra l'interès general d'Espanya.

Podrien concretar-se en tres moments: l'aprovació de les lleis del Referèndum i de Transitorietat els dies 6 i 7 de setembre de 2017, la seva participació en la celebració del referèndum d'autodeterminació de l'1 d'octubre i la posterior declaració d'independència del 27 d'octubre. Si analitzem aquests actes des de la perspectiva del seu efecte jurídic, els tres comparteixen un tret: cap d'ells n'ha tingut cap. Les lleis esmentades van ser recorregudes pel govern i, en aplicació del que disposa l'article 161.2 CE, immediatament suspeses pel TC, el qual posteriorment va declarar-ne la inconstitucionalitat.<sup>24</sup> Que el referèndum no va tenir efectes jurídics és una opinió compartida tant pels que estaven a favor de la seva celebració, com pels que n'estaven en contra. Finalment, la declaració d'independència no va tenir efectes jurídics perquè va ser suspesa en el mateix acte per qui la va declarar.

<sup>22</sup> Vegeu la Resolució de 27 d'octubre de 2017 de la Presidència del Senat per la qual es publica l'Acord del Ple del Senat pel qual s'aproven, amb alguns canvis, les mesures requerides pel Govern a l'empara de l'art. 155 CE. Les mesures sol·licitades obeïen a l'Acord del Consell de Ministres de 21 d'octubre de 2017, publicat com a annex en l'Ordre PRA/1034/2017, de 27 d'octubre.

<sup>23</sup> El Senat no va autoritzar la intervenció dels mitjans de comunicació públics, ni el requeriment governatiu previ que es pretenia imposar en cada ocasió que el Parlament volgués exercir les seves minvades funcions (que qualificà d'inconstitucional). Però, tot i això, els efectes han estat demolidors. Vegeu l'informe elaborat pel Comissionat per al Desplegament de l'Autogovern "Els efectes de la intervenció de l'Administració general de l'Estat mitjançant l'aplicació de l'article 155 CE a la Generalitat de Catalunya (27/10/2017 - 01/06/2018)".

<sup>24</sup> La Llei 19/2017, del referèndum d'autodeterminació de Catalunya, fou anul·lada per la STC 114/2017, de 17 d'octubre, i la Llei 20/2017, de transitorietat jurídica i fundacional de la República, ho fou per la STC 124/2017, de 8 de novembre.

Per aquest motiu, altres mecanismes de control que preveu la Constitució, i més respectuosos amb l'autonomia, haurien funcionat. Aquest és el cas de la suspensió i declaració d'inconstitucionalitat de les lleis per part del TC. De fet, Kelsen va qualificar de primitiva la tècnica de la coacció estatal per al cas que un sistema jurídic compti amb un tribunal que pugui declarar la inconstitucionalitat de les normes creades pels ens autònoms (Vírgala, 2005: 62). I és que ¿què significa, en aquest context, “restaurar” la legalitat constitucional i estatutària (primer objectiu adduït per a l'aplicació de l'art. 155), quan les lleis que l'han vulnerat han estat anul·lades i no han comportat cap efecte jurídic? D'altra banda, s'ha produït una mena d'exercici d'autocontrol per part del mateix president de la Generalitat, en suspendre la declaració d'independència, la qual cosa només pot ser interpretada en el sentit que la declaració va ser “simbòlica”, és a dir, emprada amb el propòsit *polític* (com d'afortunat, cadascú hi dirà la seva) d'influir perquè s'iniciés algun tipus de diàleg.<sup>25</sup> Pel que fa al referèndum, malgrat la seva eventual il·legalitat, la mera realització no és constitutiva de delictes, atès que el tipus delictiu consistent a organitzar referèndums no autoritzats va estar vigent durant un temps, però no ho estava l'1 d'octubre de 2017.<sup>26</sup>

Si la rellevància d'aquests fets no és jurídica, llavors només queda considerar que és política. La meua tesi és que la concepció que hi ha al darrere d'aquesta sèrie d'intervencions és molt propera a una concepció de la política com la que va sostenir Carl Schmitt. La interpretació de l'article 155 CE (la que es va fer en aplicar-lo i la que s'està imposant de cara a eventuales futures aplicacions) té més a veure amb la que es va fer de l'article 48 de la Constitució de Weimar que no pas amb la de l'art. 37 de la Llei Fonamental de Bonn (que, de totes maneres, mai no s'ha aplicat). I la meua tesi també és que hi ha una alternativa a aquesta visió de la política més adequada per a algú que vulgui defensar l'estat de dret, és a dir, per a algú que tingui la mirada posada a superar l'estat dual com a requisit indispensable per justificar una democràcia que estigui a l'alçada de les exigències del segle XXI.

#### 4.3 La gestió de la situació excepcional

Tothom que s'ocupa d'estudiar la concepció teòrica de Carl Schmitt en subratlla el paper central que hi juga l'excepcionalitat (vegeu, per tots, Schwab, 1970, i Gómez Orfanel, 1986). Aquí connecten, com ja vaig dir, Fraenkel i Schmitt. Per a aquest últim, és des de l'excepció que es defineix la normalitat. “Normalitat” ve de “norma”. Això implica que no hi ha possibilitat de regulació jurídica de l'excepció i que només a través de la decisió del sobirà en la situació excepcional es genera un ordre jurídic, es genera la normalitat. Schmitt va adonar-se clarament que el tret propi d'un estat de dret seria que des de la normalitat es poguessin definir espais d'excepció, d'allò més precisats. Però ell considerava aquesta possibilitat simplement il·lusòria, pròpia de la visió “liberal” del món que estaria buscant predictibilitat sempre i en tot, quan això no és possible.

L'encaix d'aquesta posició amb la manera com s'ha aplicat l'art. 155 CE és notable. L'èmfasi que s'ha posat en tot moment a restaurar la “normalitat” corre en paral·lel amb aquesta idea del sobirà que decideix quan es dona la situació d'excepcionalitat i quan cal considerar que s'ha tornat a la “normalitat”. L'al·lusió al “greu atemptat contra l'interès general d'Espanya”, que ha de ser “protegit” pel Govern a través de les “mesures necessàries”, fan la resta. Així és com s'ha interpretat l'art. 155 per part dels que el van aplicar i, sobretot, així s'està interpretant pels que volen tornar a aplicar-lo, aquest cop ja sense ni tan sols traves “formals” ni les garanties a què vaig fer al·lusió anteriorment, com ara el seu caràcter transitori.

Arribats fins aquí, cal formular algunes preguntes pertinents. Hi ha alternativa a aquest posicionament de Schmitt? Cal resignar-se a la constatació que l'excepcionalitat escapa a la regulació i que, per tant, l'estat de dret ha de cedir en aquest punt de manera inexorable al regne de les “mesures”, en definitiva, a l'arbitrarietat?

No hi ha dubte que el plantejament de Schmitt té una dosi considerable de realisme, el que sol reclamar tot partidari nostrat de la *Realpolitik*. No obstant això, tot i que Schmitt tingués raó i no fos possible regular-ho tot a través de normes, encara quedaria per determinar si hom tria una visió totalitària i autoritària com la

<sup>25</sup> Referma el caràcter simbòlic de la declaració d'independència el fet que no va tenir, per pròpia voluntat del Govern de la Generalitat, cap continuïtat ni en el vessant jurídic (no es va aprovar cap norma jurídica basada en la declaració), ni en les eventuales vies de fet (si es vol un símbol clar: la bandera d'Espanya va seguir onejant al terrat del Palau de la Generalitat).

<sup>26</sup> En la reacció forassenyada de la policia davant ciutadans que només pretenien votar pacíficament, no van respectar-se les mínimes garanties de necessitat, adequació i proporcionalitat. Fins ara cap membre de les forces i cossos de seguretat de l'Estat ha estat denunciat pel Ministeri Fiscal per aquests fets i les denúncies de particulars s'han arxivat, amb la qual cosa es genera així un altre espai d'impunitat.

seva, en la línia de la concentració de tot el poder en qui tingui la capacitat de prendre “la” decisió cabdal per a aquest autor (la decisió política, que distingeix entre amic i enemic), o bé hom intenta caminar en una direcció oposada, en el sentit de postular un equilibri, propi d'un sistema de *checks and balances*, per tal que no n'hi hagi, de concentració de poder, precisament pels perills que comporta respecte als drets i llibertats dels individus. El que vull destacar és que de la constatació que sempre queden elements de decisió que escapen a la possibilitat de ser regulats, cosa que d'altra banda jo mateix he sostingut en altres llocs,<sup>27</sup> no se segueix necessàriament que calgui concentrar la decisió en un poder “fort”, no sotmès a límits “jurídics”. De fet, quan la doctrina postula el deure de respectar determinades garanties, això s'hauria de prendre seriosament, per ser la forma d'establir límits que preservin l'estat de dret.

En aquest sentit, és destacable que el mateix Schmitt admeti que “només els estats forts poden permetre's el luxe d'esdevenir democràcies liberals, perquè només ells poden tolerar els partits d'oposició” (citada a Schwab, 1989: 57). Analitzem una mica aquesta tesi a la llum del que ha succeït al Regne Unit.

Com és sabut, el Regne Unit va delegar a Escòcia la competència per realitzar un referèndum d'autodeterminació, que es va fer efectiu. Aquest esdeveniment és un clar contraexemple a la tesi sostinguda per Schmitt i els seus seguidors.<sup>28</sup> Quina anàlisi podria fer-ne un defensor de la concepció schmittiana de la política? Vegem-ne les possibilitats i les implicacions respecte al cas espanyol.

Una opció és sostenir que són dos casos que no tenen res a veure, ja que hi ha una diferència *formal* insalvable: el redactat de l'art. 2 CE, que consagra la “indissoluble unitat de la Nació espanyola”, no el trobaríem a la “Constitució” de Gran Bretanya. Aquest argument no és convincent. En primer lloc, perquè la crisi es donaria igual, encara que no existís aquest article. L'afectació a la unitat de l'Estat és un cas clar de crisi institucional, amb independència del grau de formalització a què arribi el reconeixement de la unitat. Tot estat, ho digui la Constitució o no, per definició conforma una unitat, perquè d'altra manera no seria *un* estat.<sup>29</sup> En segon lloc, perquè no és cert que el dret del Regne Unit no contingui referències a la unitat. Només cal parar esment al *Treaty of Union* entre Anglaterra (que aleshores incloïa Gal·les) i Escòcia, que va donar lloc al naixement de la Gran Bretanya. El seu primer article diu que tots dos regnes s'uneixen “*forever after*”. No sembla, doncs, que en emprar aquesta expressió Escòcia i Anglaterra tinguessin una pretensió molt diferent de la de constituir una unitat “indissoluble”. Per tant, no és raonable pensar que al Regne d'Espanya el “desafiament” a la unitat sigui una situació d'excepcionalitat, mentre que al Regne Unit no ho sigui, ni tan sols per raons formals.

Una altra opció seria constatar que, tot i que el Regne Unit era un estat fort, amb la reacció que ha tingut davant d'aquesta situació excepcional ha mostrat ser un estat feble. Aquesta és l'única possibilitat que salvaria la tesi de Schmitt, però, és clar, al preu de fer-la notòriament implausible. No només caldria sostenir que el Regne Unit és un estat feble (cosa ridícula), sinó que caldria concloure que ha deixat de ser un estat democràticoliberal. Això és així, ja que la tesi que estic criticant defensa que la fortalesa d'un estat és una condició necessària perquè sigui un estat democràticoliberal, de la qual cosa s'infereix que, si un estat que era fort esdevé feble, deixa de ser democràticoliberal.

L'exemple britànic (i també el canadenc) soscava la tesi de Schmitt i dels seus seguidors. No és cert que davant d'una situació excepcional, de la qual un desafiament seriós a la unitat de l'Estat constitueix un cas paradigmàtic, només càpiga una reacció autoritària. Hi caben altres reaccions estrictament democràtiques i que, en comptes de posar en risc l'estat de dret, l'enforteixin, com argumentaré en l'últim apartat. El Regne Unit no és un estat més feble arran d'haver permès un referèndum d'autodeterminació a Escòcia, com tampoc l'Estat espanyol no és més fort pel fet d'haver negat un cop i un altre aquesta possibilitat a Euskadi o a Catalunya, i per haver inaugurat l'aplicació de l'art. 155. El que està en joc és si el tipus de resposta que es donarà a les peticions d'una porció considerable dels ciutadans d'un determinat territori serà consistent

<sup>27</sup> A aquest àmbit de discrecionalitat que inevitablement tenen els jutges en els nostres ordenaments jurídics l'he anomenat les “circumstàncies de la jurisdicció”, que tenen a veure bàsicament amb la vaguetat del llenguatge en què s'expressen les normes, amb els problemes sistèmics que tenen els ordenaments i amb la presència de referències explícites o implícites a la moral en les regles i, sobretot, en els principis que els conformen (Vilajosana, 2012: 97-104).

<sup>28</sup> També ho és la reacció de l'Estat canadenc “tolerant” dos referèndums d'autodeterminació al Quebec (1980 i 1995) i canalitzant posteriorment a través del Dictamen de la Cort Suprema el 1998 les condicions i els efectes jurídics que podria tenir un eventual referèndum posterior. Així doncs, el que dic en el text sobre el Regne Unit podria ser aplicat *mutatis mutandis* al cas canadenc.

<sup>29</sup> Per això a cada estat li correspon *una* regla de reconeixement que li confereix unitat i identitat, com he mostrat en diversos treballs. Vegeu, per tots, Vilajosana (2006).

amb la d'eixamplar l'estat discrecional, en detriment de l'estat normatiu, o les demandes es canalitzaran per camins normatius propis d'un estat democràticoliberal.

El Govern de l'Estat espanyol, recolzant-se en l'entorn institucional que he descrit en l'apartat 3, ha triat la primera opció, la d'eixamplar l'espai reservat a l'estat discrecional. I aquest és un camí que, un cop iniciat i si es gaudeix d'impunitat, té els incentius perversos per tal de mantenir-se i fins i tot incrementar-se. Així, per cenyir-nos ara únicament a l'àmbit de l'aplicació de l'art. 155 CE, mentre escric aquest treball els partits de dreta d'àmbit estatal sostenen sense embuts que la "primera" aplicació de l'art. 155 va ser "suau" i postulen directament l'eliminació de l'autonomia i la il·legalització dels partits independentistes, o com a mínim l'aplicació "per un període indefinit" de l'art. 155 fins que es restauri la "normalitat".<sup>30</sup> Les garanties proposades en el seu dia per la doctrina (necessitat, proporcionalitat, adequació, transitorietat i menor intervenció) s'esvaeixen. Que venci aquesta opció interpretativa dependrà únicament de la contingència de les majories parlamentàries.

## 5 Les implicacions: hipòstasi de la unitat nacional i democràcia

### 5.1 La concepció schmittiana de la democràcia

Una cosa que pot semblar xocant per a qui s'acosti a l'estudi dels textos de Schmitt és que, tot i ser un autor que ha defensat la necessitat d'elements dictatorials en un estat i que ha manifestat la seva complaença amb els estats totalitaris,<sup>31</sup> digui al mateix temps que defensa la democràcia. Òbviament, això només és concebible alterant-ne el significat habitual. El contrast de la seva posició amb els postulats de la democràcia liberal ajuda a entendre el rerefons del que aquí s'hi juga.

Schmitt identifica democràcia i homogeneïtat nacional i, en fer-ho, aconsegueix subvertir tots els trets que solen atribuir-se a aquest règim polític des de posicions liberals. Per a ell, el contrari a la democràcia serà tot allò que posi en dubte l'homogeneïtat nacional. Així s'esdevé amb el pluralisme valoratiu, però també amb les forces disgregadores provinents d'un estat federal com l'alemany. La posició de Schmitt sobre aquest últim punt ha estat descrita així per Schwab: "La coexistència de diversos estats en un context més ampli, el Reich, podia esdevenir fàcilment perillosa, pensava Schmitt, tan bon punt un cert nombre de partits de la majoria governamental fos d'inspiració federalista (...); també denunciava els riscos que els partits d'oposició controlessin un o més estats (...) ja que estarien en condicions d'influir en la política del Reich i, per tant, d'amenaçar l'assoliment de polítiques estatals d'interès nacional" (Schwab, 1989: 79).

Aquest posicionament teòric de Schmitt va tenir la seva translació a la pràctica amb motiu de la intervenció del *Land* de Prússia el 20 de juliol de 1932, en aplicació de l'art. 48 de la Constitució de Weimar, i amb el litigi posterior que va originar. Hindenburg, president del Reich, va suspendre el govern prussià, compost per socialdemòcrates, Partit del Centre i demòcrates. La justificació explícita va ser que el govern de Prússia no havia estat en condicions d'assegurar la pau en el més important *Land* del Reich. A continuació va nomenar-ne von Papen com a comissari.<sup>32</sup> Quan el depositat govern socialdemòcrata del *Land* va demandar el govern del Reich davant el Tribunal de Leipzig, Schmitt va actuar com a coadjuvant en la defensa del Reich. Va considerar que la intervenció estava plenament justificada, atès que no s'adreçava a negar l'autonomia de Prússia, sinó a protegir-la del perill. Els representants de Prússia, entre els quals s'inclouïen altres acadèmics

30 Així ho han defensat explícitament Vox, PP i Ciutadans. A punt de lliurar la meua contribució a la RCDP, l'Assemblea extremeña ha aprovat (17.01.2019) una moció que dona suport a l'aplicació per temps il·limitat de l'art. 155 a Catalunya. Aquesta nova intervenció inclouria el control dels mitjans públics de comunicació i de l'educació. Aquesta Declaració s'ha aprovat no només amb els vots de la dreta, sinó també amb els del PSOE i sense al·ludir a cap incompliment concret d'obligacions constitucionals o legals per part de la Generalitat. Sembla, doncs, que ja es confia qualsevol posterior intervenció a la clàusula habilitant relativa al "greu atemptat contra l'interès general d'Espanya". Tot això denota impaciència per cremar etapes i deixar enrere qualsevol presència d'estat normatiu a Catalunya.

31 Schmitt distingia dos tipus d'estats totalitaris. Un, al qual anomenava totalitarisme en sentit qualitatiu, tenia com a model, abans de l'ascens de Hitler al poder, la Itàlia feixista, i un altre, el totalitarisme en sentit quantitatiu, el cas emblemàtic del qual per a ell era la República de Weimar. Les seves preferències a favor del primer model estaven clares. Al segon el considerava despectivament com un totalitarisme de la debilitat (Schwab, 1989: 78).

32 Schmitt va col·laborar de manera molt estreta amb els gabinets presidencials de Franz von Papen (de l'1 de març al 3 de desembre de 1932) i del general Kurt von Schleicher (del 3 de desembre de 1932 al 30 de gener de 1933) a través del cap de gabinet del president Otto Meißner (Kennedy, 2012: 42).

de renom, com Hermann Heller (recolzats per Hans Kelsen), van sostenir, en canvi, que no es donaven les circumstàncies habilitants per aplicar l'art. 48 i en tot cas que les mesures no eren les necessàries. El veredict del *Staatsgerichtshof* de 25 d'octubre, en una decisió només formalment salomònica, va beneir la intervenció i els poders de comissariat del Reich a Prússia, tot i que va restaurar “simbòlicament” el govern prussià (*cf.* Dyzenhaus, 1998).

Sense forçar-ne la interpretació, el paral·lelisme del que va passar en l'incident de la intervenció a Prússia (a través de l'aplicació de l'art. 48 de la Constitució de Weimar) amb l'esdeveniment a Catalunya (mitjançant l'aplicació de l'art. 155 CE) és innegable.<sup>33</sup> També l'Acord en el cas espanyol sosté que les mesures proposades, a l'abast desproporcionat de les quals ja m'he referit, “de cap manera tenen per objectiu suspendre l'autonomia de Catalunya, sinó precisament salvaguardar i restaurar l'aplicació del seu Estatut d'Autonomia com a part de l'ordre constitucional”. En aquell cas l’“enemic” va ser el govern socialdemòcrata (i els partits que el sustentaven, que en realitat constituïen el darrer baluard dels que encara creïen en la salvació de la República de Weimar), a Catalunya és el govern independentista i, amb ell, tots els que li donaven suport, entre altres coses havent-ne votat els partits que el formaven. L'afectació a la visió de la democràcia que aquest capteniment comporta queda meridianament clara en les paraules pronunciades pel president del TS i del CGPJ, Carlos Lesmes, el 5 de setembre de 2017,<sup>34</sup> en el seu discurs d'obertura de l'any judicial:

“La Constitució, com a màxima expressió de la sobirania nacional, lluny de configurar-se com la proclamació d'un desig és, sobretot, un conjunt de mandats jurídics d'obligat compliment. Quan el seu article 2 sustenta el fonament constitucional en la indissoluble unitat de la Nació espanyola, no ho fa a manera de frontispici programàtic, sinó com a basament últim, nuclear i irreductible de tot el dret d'un Estat.”

Difícilment trobarem una formulació més rotunda del paper assignat a la unitat nacional com a fonament (“últim, nuclear i irreductible”) de tot el sistema jurídic d'un estat. De ben segur, Schmitt la subscriuria amb entusiasme. I és que l'ús d'aquest tipus d'arguments, que fan descansar el sistema jurídic no en la voluntat dels ciutadans sinó en la unitat de la nació, suposa el corollari del que aquí he explicat. Un tractament de la situació d'*excepció* basada en la *decisió del sobirà*; un plantejament de l'àmbit de la *política* que descansa en la distinció entre *amic* i *enemic*; una aplicació a l'enemic de mesures, pròpies de l'estat discrecional, que escapen del control normatiu, tot això desemboca en una concepció de la democràcia que ni tractarà com a prioritària la voluntat dels ciutadans, ni reconeixerà cap límit a la unitat que provingui dels seus drets fonamentals. Per què hauria de fer-ho si, al cap i a la fi, aquests formen part de la Constitució i aquesta té el seu últim fonament en el caràcter indissoluble de la nació? És aquesta concepció schmittiana de la democràcia la que porta a entendre en termes absoluts aquesta unitat, la qual ni cedeix ni es pondera amb els drets fonamentals, com el dret de participació política reconegut en l'art. 23 CE.<sup>35</sup> Aquest és el resultat inevitable del que podríem denominar la hipòstasi de la unitat, el fet de considerar-la una realitat absoluta.

## 5.2. La concepció liberal de la democràcia

Tanmateix, enfront d'una concepció de la democràcia fonamentada en la hipòstasi de la unitat, cal oposar-ne una altra de democràticoliberal i que impliqui també una altra manera d'entendre la política. Els seus trets bàsics serien aquests:

a) La defensa del pluralisme. El pluralisme en una societat, tant en els valors com en les realitats nacionals, en lloc de ser un signe de debilitat que cal extirpar per restaurar l'homogeneïtat caigui qui caigui, és un tret de fortlesa democràtica i com a tal ha de ser protegit.<sup>36</sup>

A la famosa discussió teòrica (amb conseqüències pràctiques, com hem comprovat en el cas del cop contra Prússia) entre Kelsen i Schmitt (Schmitt, 1931) sobre qui ha de ser el defensor de la Constitució, el primer va

33 Hom apunta cap a aquesta connexió en sengles articles periodístics (Gómez Orfanel, 2007; i Vallès, 2017), el primer per descartar-la i el segon per tèmner-la.

34 Abans, doncs, del referèndum, la declaració d'independència i l'activació de l'art. 155.

35 Com bé podria fer-se amb una interpretació de la Constitució procliu a reconèixer la importància del principi democràtic, i que hauria portat a sostenir que no hi ha impediments per a la realització d'un referèndum pactat per conèixer la voluntat dels ciutadans de Catalunya respecte al seu futur polític, com s'argumenta a Vilajosana, 2014, i com s'ha fet, per exemple, en l'esmentat dictamen de la Cort Suprema canadenca. Vegeu també Barceló et al., (2015).

36 El lloc clàssic al qual sempre cal tornar quan hom pretén destruir el pluralisme és Mill, 1859.

retreure al segon justament que tergiversés la funció del pluralisme en una societat democràtica i que aquesta tergiversació, precisament pel paper fonamental assignat a la unitat, acabi desfigurant el sentit i l'abast de la Constitució. Ho expressa així: “En lloc del concepte *iuspositivista* de Constitució apareix la ‘unitat’ com un ideal *iusnaturalista*. Amb l’ajut d’aquest concepte pot entendre’s el sistema pluralista (...) com una ruptura de la unitat, atès que la destrueix o la posa en perill. És així com aquesta unitat passar a ocupar el lloc de la Constitució i pot concebre’s que la funció del cap de l’Estat sigui defensar-la, pel fet que restaura o defensa aquesta ‘unitat’ (Kelsen, 1995: 79), una unitat que “no és altra cosa que una situació desitjada des d’una determinada perspectiva política” (Kelsen, 1931: 78).

És aquí on rau el nucli d’una visió liberal de la democràcia, que valorarà positivament la discrepància, el debat, la negociació i el compromís. Seguint Kant, és la raó i no la voluntat la característica definitiva de la teoria política moderna i del constitucionalisme liberal (Kennedy, 2012: 201). Això comporta que el debat racional no sigui vist des d’aquest punt de vista com una debilitat sinó com una fortalesa. La fortalesa de la democràcia no ha de radicar en la unitat valorativa, sinó en el fet de compartir una forma de resoldre les disputes, una forma que inclogui el compromís amb l’aportació de raons i no amb l’ús de la força. Ronald Dworkin ho ha expressat d’aquesta manera: “La democràcia pot gaudir de bona salut tot i no tenir un debat polític si hi ha un consens ampli sobre el que cal fer. Pot ser una democràcia saludable fins i tot sense existir el consens, si posseeix una cultura del debat. Però no pot mantenir la bona salut si pateix divisions profundes i aferrissades i manca un debat real, perquè llavors es converteix en una simple tirania del nombre” (Dworkin, 2008: 21).

b) Atenció principal a la voluntat dels ciutadans. La visió de la política de Schmitt, i amb ella la seva concepció de la democràcia, és simptomàtica de les doctrines que Bobbio va denominar *ex parte principis*, és a dir, d’aquelles “que adopten la perspectiva dels governants per tal de justificar-ne el dret a manar i el deure dels súbdits d’obeir”. A aquestes s’oposaria la mirada *ex parte populi*, o sigui la “de la part dels governats de no ser oprimits i el deure dels governants de produir lleis justes (...) per a qui es col·loca *ex parte principis* el problema principal de l’estat és el de la unitat del poder, que fins i tot pot anar en detriment de la llibertat dels subjectes; per a qui es col·loca *ex parte populi* el problema principal és el de la llibertat dels individus que pot anar en detriment de la unitat” (Bobbio, 1989: 202). Està clar de quin costat es troba Schmitt i també ho està en quina direcció apunten les paraules citades del president del TS: justament el sentit oposat al que hauria de prendre un partidari de la democràcia liberal. I és que fa temps que el desenvolupament de la democràcia passa per ampliar les esferes en què els ciutadans puguin decidir democràticament. Així ho expressava Bobbio fa més de trenta anys: “Avui, qui vulgui tenir un indicador del desenvolupament democràtic d’un país ja no ha de considerar el nombre de les persones que té dret de vot, sinó el nombre de llocs diferents dels tradicionalment polítics en els qual s’exerceix aquest dret” (Bobbio, 1989: 220).

c) Drets dels ciutadans com a límits al poder. És consubstancial a la democràcia liberal el reconeixement d’una sèrie de drets que actuen com a límits a l’exercici del poder públic. Però perquè aquests límits siguin efectius, cal que hi hagi la possibilitat real que s’actuarà contra els abusos del poder. En canvi, quan els mateixos òrgans que haurien de vetllar per aquests drets, com ara el TS i el TC, queden atrapats en una lògica de defensa a ultrança de la unitat nacional, les possibilitats d’un poder limitat resulten il·lusòries.

d) Evitar “l’apoteosi” de l’excepció. La interpretació de la Constitució que proposava Schmitt menava inexorablement al que Kelsen va denominar “l’apoteosi de l’art. 48” (Kelsen, 1931: 79).<sup>37</sup> És un procés que pot ser explicat amb l’aparell conceptual de Schmitt. Aquest distingeix entre dictadura comissarial i sobirana. La dictadura comissarial es basa en el poder constituït, que nomena un dictador, mentre que la dictadura sobirana és conferida pel poder constituent, pertanyent al poble (Schmitt, 2013: 141 i seg.). A voltes, però, el poder constituent l’assumeix el dictador sobirà com a la França de 1793 o a la Rússia de 1917. La primera fase, en la qual es produeixen aplicacions de l’art. 48, es pot entendre com a dictadura comissarial (s’accepta que el president prengui només mesures de fet, però no creació de normes generals, que es reserven al Parlament); posteriorment, la dictadura passa a ser sobirana (quan es tolera que el president legisli, amb el Parlament

37 Els dos primers paràgrafs de l’art. 4 deien així: “1. En el cas que un Estat no compleixi els deures que li hagin imposat el Reich, la Constitució o les lleis del Reich, el president del Reich podrà fer ús de les forces armades per obligar a complir-los. 2. Si la seguretat i l’ordre públic del Reich són severament pertorbats o posats en perill, el president del Reich podrà prendre les mesures necessàries que portin a restablir l’ordre, apel·lant a les forces armades, en cas que sigui necessari. Amb aquest objectiu, pot suspendre provisionalment, en tot o en part, els drets fonamentals reconeguts en els articles 114, 115, 117, 118, 123, 124 i 153”.

dissolt). Finalment, amb Hitler ja al poder, n'hi haurà prou que es deslligui del poder constituent i ell mateix se'n faci. El cicle s'ha tancat. D'una banda, a l'estat de dret el substitueix un estat *totalitari* en què el sobirà decideix a qui s'aplica l'estat normatiu i a qui l'estat de les mesures. D'altra banda, el sistema democràticoliberal queda desbancat per un règim *autoritari*, que només prendrà en consideració la voluntat del poble quan aquest aclami el *Führer*. El final l'anticipa Schmitt el 1932: “La legitimitat plebiscitària és l'únic tipus de justificació estatal que s'hauria de reconèixer avui, generalment, com a vàlida” (Schmitt, 1932: 90).

La interpretació que s'ha donat a l'art. 155, acompanyada per tot l'entorn institucional que he esmentat, ha iniciat aquest camí, d'aquí l'extensió de les “mesures necessàries” i la decisió arbitrària sobre què vol dir “normalitat”. No hi ha cap dubte que la primera aplicació n'ha suposat la introducció de la dictadura comissarial a Catalunya i pocs dubtes pot haver-hi que, en cas que prosperin les demandes de l'aplicació “dura” (“pel temps que calgui”), ens trobaríem davant la dictadura sobirana. Si, arribat el cas, s'il·legalitzen els partits independentistes, tot i el suport ciutadà amb què compten, s'haurà disparat el tret de gràcia a la democràcia liberal en aquest territori: serà el signe evident que s'està disposat a governar amb independència de la voluntat dels governats. En definitiva, per dir-ho en paraules d'un altre agut deixeble d'esquerres de Schmitt, hauria arribat llavors el moment en què “la democràcia del compromís hagi mutat en la democràcia dels camps enemics” (Kirchheimer, 1930: 99).

I és que els perills de fiar-ho tot a l'excepció aguaiten:

“Un estat que organitza tot el seu aparell institucional en funció del cas extrem o crític (*Ernstfall*) passa a ser inevitablement totalitari. Els valors de llibertat individual, pluralitat, dissens i oposició són sacrificats a la concentració d'energies per a la prevenció del cas extrem (...). Aquí el cas crític fins i tot es fingeix o dissimula per crear recursos que sostinguin el sistema (...). Mentre l'estat totalitari es veu compel·lit a inventar el cas crític per tal de garantir-ne la supervivència i contenir-ne els propis conflictes, l'estat liberal, en donar espai al conflicte, pot eliminar-ne la possibilitat que sorgeixi” (Josef Isensee, citat a Rusconi, 1984: 156).

Comptat i debatut, l'alternativa a què s'enfronta l'Estat espanyol és clara. O bé l'estat normatiu s'acaba imposant a l'estat discrecional, o bé aquest acabarà furtant-li parcel·les cada vegada més rellevants fins que l'estat de les mesures passi a governar tota decisió política. L'altra sortida, naturalment, és que es generin dues unitats estatals diferents i que cadascuna triï si vol ser un estat dual o un estat democràtic i liberal de dret.



## Bibliografia

- Albertí, Enoch (1986). *Federalismo y cooperación en la República Federal Alemana*. Madrid: CEC.
- Ballart, Xavier (1987). *Coerció estatal i autonomies*. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- Barceló, Mercè; Corretja, Mercè; González, Alfonso; López, Jaume i Vilajosana, Josep M. (2015). *El derecho a decidir: Teoría y práctica de un nuevo derecho*. Barcelona: Atelier.
- Barceló, Mercè (2018). *Crisis constitucional del estado o cuando la "unidad de España", como metaderecho, se impone a los derechos fundamentales de la ciudadanía*. [En premsa].
- Bobbio, Norberto (1989). *Estado, gobierno y sociedad: Por una teoría general de la política*. México: FCE.
- Boldt, Hans (1971). Article 48 of the Weimar Constitution: Its Historical and Political Implications. A: Anthony Nicholls i Erich Matthias (Eds.), *German Democracy and the Triumph of Hitler* (p. 288-309). Londres: Unwin.
- Calafell, Vicente Juan (2000). La compulsión o coerción estatal (estudio del artículo 155 de la Constitución española). *Revista de Derecho Político*, (48-49), 99-146.
- Cancio, Manuel i Jakobs, Günther (2006). *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas.
- Cotarelo, Ramón (2018a, febrer 23). El Estado doble. [Entrada blog]. Consultat 22 gener 2019 a <https://cotarelo.blogspot.com/2018/02/el-estado-doble.html>
- Cotarelo, Ramón (2018b). *España quedó atrás*. Barcelona: Now Books.
- Cruz Villalón, Pedro (1980). La protección extraordinaria del Estado. A: Eduardo García de Enterría i Alberto Predieri (Eds.), *La Constitución española de 1978. Comentario sistemático* (p. 689-717). Madrid: Civitas.
- Cruz Villalón, Pedro (1984). Coerción estatal. A: José Juan González Encinar (Dir.), *Diccionario del sistema político español* (p. 56-62). Madrid: Civitas.
- Cruz Villalón, Pedro (2003-2004). Veinticinco años de normalidad constitucional. *Revista de Derecho Político*, (58-59), 17-27.
- Dyzenhaus, David (1998). *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*. Oxford: Clarendon Press.
- Entrena Cuesta, Rafael (1980). Artículo 155. A: Fernando Garrido Falla (Dir.), *Comentarios a la Constitución* (p. 2311-2316). Madrid: Civitas.
- Estévez, José Antonio (1989). *La crisis del Estado de derecho liberal: Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel.
- Fraenkel, Ernst (1941). *The Dual State: A Contribution to the Theory of Dictatorship*. Clark: The Lawbook Exchange, Ltd., 2006.
- Freund, Julien (1965). *L'Essence du politique*. París: Sirey.
- García de Enterría, Eduardo (1983). *La ejecución autonómica de la legislación del Estado*. Madrid: Civitas.
- Gil-Robles, José María (1988). Artículo 155. A: Oscar Alzaga (Dir.), *Comentarios a las leyes políticas. Constitución de 1978* (tom IX, p. 451-471). Madrid: Edersa.
- Gómez Orfanel, Germán (1986). *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*. Madrid: CEC.

- Gómez Orfanel, Germán (2017, octubre 31). El 'golpe' contra Prusia. *El Confidencial*. Consultat 22 gener 2019, des de [https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-10-31/independencia-cataluna-golpe-prusia\\_1469822](https://blogs.elconfidencial.com/espana/tribuna/2017-10-31/independencia-cataluna-golpe-prusia_1469822)
- González Hernández, Esther (2016). El artículo 155 CE y la LO 15/2015, de 17 de octubre, de reforma de la LOTC: ¿Ineludible reciprocidad o círculo perverso? *Teoría y Realidad Constitucional*, (37), 529-557.
- Guillén, Gabriel (1996). *Carl Schmitt en España: la frontera entre lo político y lo jurídico*. Madrid: Tébar Flores.
- Jakobs, Günther (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. A: Günther Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas.
- Kelsen, Hans (1931). ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? Madrid: Tecnos, 1995.
- Kennedy, Ellen (2004). *Carl Schmitt en la República de Weimar: La quiebra de una Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Kirchheimer, Otto (1930). L'articolo 48 e le trasformazioni del sistema costituzionale. Un contributo nell'anniversario della Costituzione. A: *Costituzione senza sovrano: Saggi di teoria politica e costituzionale* (p. 96-99). Bari: De Donato, 1982.
- Kyselova, Tatiana (2014). Dualism of Ukrainian commercial courts: exploratory study. *Hague Journal on the Rule of Law*, (6)(2), 178-201.
- Mérieau, Eugénie (2016). Thailand's deep state, royal power and the constitutional court, 1997-2015. *Journal of Contemporary Asia*, (46)(3), 445-466.
- Mill, John Stuart (1859). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial, 1970.
- Requejo, Paloma (2013). La resurrección del interés general en el Estado autonómico. *Revista de Derecho Político*, (87), 149-178.
- Rusconi, Gian Enrico (1984). *Scambio, minaccia, decisione: Elementi di sociologia politica*. Bolonya: Il Mulino.
- Schmitt, Carl (1922). Teología política. A: *Estudios políticos* (p. 33-93). Madrid: Doncel, 1975.
- Schmitt, Carl (1928). El concepto de la política. A: *Estudios políticos* (p. 95-166). Madrid: Doncel, 1975.
- Schmitt, Carl (1931). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983.
- Schmitt, Carl (1932). *Legalidad y legitimidad*. Granada: Editorial Comares, 2006.
- Schmitt, Carl (2013). *La dictadura: Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza Editorial (4ª ed.).
- Schwab, George (1989). *The Challenge of the Exception: An Introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. Nova York: Greenwood Press (2ª ed.).
- Söyler, Mehtap (2013). Informal institutions, forms of state and democracy: the Turkish deep state. *Democratization*, (20)(2), 310-334.
- Trochev, Alexei i Solomon Jr., Peter H. (2018). Authoritarian constitutionalism in Putin's Russia: A pragmatic constitutional court in a dual state. *Communist and Post-Communist Studies*, (51), 201-214.
- Vallès, Josep Maria (2017, octubre 24). Sobre el 155: ¿"Preussenschlag" en España? *Eldiario.es*. Consultat 22 gener 2019, des de [https://www.eldiario.es/catalunya/opinions/articulo\\_155-golpe\\_prusiano\\_6\\_700339972.html](https://www.eldiario.es/catalunya/opinions/articulo_155-golpe_prusiano_6_700339972.html)

- Vilajosana, Josep M. (2006). El positivismo jurídico convencionalista. A: José Antonio Ramos Pascua i Miguel Ángel Rodilla (Eds.), *El positivismo jurídico a examen: estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, (p. 521-538). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Vilajosana, Josep M. (2012). Precondiciones para el análisis del conflicto entre Tribunal Constitucional y Parlamento. *Isonomía*, (36), 89-116.
- Vilajosana, Josep M. (2014). Principi democràtic i justificació constitucional del dret de decidir. *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, (19), 178-210.
- Vilajosana, Josep M. (2017). *Identificación y justificación del Derecho*. Madrid: Marcial Pons (2a ed.).
- Vírgala, Eduardo (2005). La coacción estatal del artículo 155 de la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (73), 55-110.
- Wilson, Eric (Ed.) (2016). *The Dual State: Parapolitics, Carl Schmitt and the National Security Complex*. Londres: Routledge.