

AGAMBEN, Giorgio, *Estado de Excepción (homo sacer II, 1)* (trad. Antonio Gimeno Cuspinera, Pre-Textos, Valencia, octubre 2004), 135 pp.

El “*Stato di Eccezione*” de Agamben, profesor de Filosofía de la Universidad de Verona, busca ofrecer una respuesta respecto de cuál es la naturaleza del estado de excepción constitucional¹.

La hipótesis del a. es que “*la declaración del estado de excepción ha sido sustituida de forma progresiva por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica habitual de gobierno*” (p. 27)... o, “*paradigma constitutivo del orden jurídico*” (p. 17); el cual, ya desde la Primera Guerra Mundial habría sido sustituido “*la excepcionalidad de la situación militar... (por) la económica*” (p. 25)².

Y su tesis consiste en que el estado de excepción constituye “[una] *tierra de na-*

die entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida”. De aquí la aporía que observa en las actuales teorías, y que aparece como argumento central de la obra. Esta aporía se resume como sigue: “*si los procedimientos excepcionales son fruto de los periodos de crisis política y, como tales, han de ser comprendidos no en el terreno jurídico sino en el político-constitucional*³, *acaban por encontrarse en la situación paradójica de procedimientos jurídicos que no pueden comprenderse en el ámbito del derecho mientras que el estado de excepción se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal*” (pp. 9-10)⁴.

En la base de las justificaciones jurídicas del estado de excepción se encuentra

¹ El libro se divide en seis capítulos: 1. El Estado de excepción como paradigma de gobierno (pp. 9-49); 2. Fuerza-de-(no)ley (pp. 51-62); 3. *Iustitium* (pp. 63-77); 4. Gigantomaquia en torno a un vacío (pp. 79-95); 5. Fiesta, luto, anomia (pp. 97-108); 6. *Auctoritas y potestas* (pp. 109-128); para finalizar con un índice de referencias bibliográficas (pp. 129-135).

² Por cierto, a lo largo de todo el texto se deja entrever con claridad el rechazo del autor a este fenómeno; como cuando señala, al hilo de un repaso histórico, que el estado de excepción en que se encontraba Alemania bajo el presidente Hindenburg “*fue justificado constitucionalmente por (Carl) Schmitt mediante la idea de que el presidente actuaba como ‘guardián de la constitución’...; pero el fin de la república de Weimar muestra con claridad, al contrario, que una ‘democracia protegida’ no es una democracia y que el paradigma de la democracia constitucional funciona más bien como una fase de transición que conduce fatalmente a la instauración de un régimen totalitario*” (p. 29). En este sentido, y gracias a la libertad literaria que entrega el género “ensayo” al que se podría adscribir esta obra, Agamben, el académico, en ocasiones se muestra más bien como Agamben, el escandalizado ciudadano; más que un investigador, pareciera un denunciante y casi un activista. Este apasionamiento sin duda enriquece literariamente la obra, pues logra atrapar al lector en la “intriga novelesca”; pero, tal vez, desde un punto de vista metodológico, la aparición abrupta de juicios de valor críticos en la mitad de la presentación de hechos históricos, o del *status quaestionis* doctrinal, desordena la exposición y, en definitiva, hace decaer el nivel científico de la obra.

³ DE MARTINO (1973), p. 320.

⁴ Como es de esperar, la vocación eminentemente actual de la obra, lleva inevitablemente al autor hacia el análisis del caso de los Estados Unidos de Norteamérica (pp. 34-38). El Estado de excepción provendría, en su núcleo, de la dialéctica entre los poderes del Presidente y los del Congreso; en una tensión que se expresa, desde la época de la guerra civil hasta hoy (pp. 35-38), “*en el conflicto sobre la autoridad suprema en una situación de emergencia*”; a esto agrega el autor “*o, en términos schmittianos (y esto es muy significativo en un país que es considerado como cuna de la democracia), como conflicto sobre la decisión soberana*” (p. 34). La base constitucional de este conflicto es situada por el autor en dos puntos diferentes: primero, en el artículo 1 de la Constitución se establece que –transcribo la traducción que aparece en la obra–, “*el privilegio del writ de Habeas Corpus no será*

un brocardo tomado del *Decretum Gratiani*: “*necessitas legem non habet*”. La proposición, que literalmente significa que “la necesidad no tiene ley”, puede entenderse en dos sentidos correctamente detectados por el a. (p. 40): “la necesidad no reconoce ley alguna”; y, “la necesidad crea su propia ley”.

El primero de los significados es el original⁵, pero en la actualidad el segundo de los significados es el dominante. De ahí que desde Jellinek a Duguit, pasando por el pensamiento extremo de Santi Romano,

se vea en la “necesidad” el fundamento de la validez de los decretos con fuerza de ley promulgados por el Ejecutivo durante el estado de excepción. Así, el estado de excepción, como expresión de la necesidad, se presenta junto con la revolución y la instauración de hecho de un ordenamiento constitucional, como “*una medida ‘ilegal’ pero perfectamente ‘jurídica y constitucional’ que se concreta en la producción de nuevas normas (o de un nuevo orden jurídico)*” (pp. 43-44)⁶.

suspendido, salvo que, en caso de rebelión o de invasión, la seguridad pública [public safety] lo requiera”, sin señalar quién es la autoridad competente para tomar tal decisión; y, segundo, en la relación del mismo artículo 1, que atribuye al Congreso la facultad de declarar la guerra y de reclutar y mantener el ejército y la flota, con el artículo 2, que afirma que “*el presidente será el comandante en jefe [commander in chief] del ejército y de la flota de los Estados Unidos*”. El autor consigna que “*aunque la opinión dominante y el propio contexto del párrafo hacen presumir que la cláusula (sobre la suspensión del writ) se refiere al Congreso y no al Presidente*” (p. 34), igualmente la práctica ha llevado a atribuir esta decisión al Ejecutivo; quedando el Congreso relegado a la mera ratificación de lo obrado por el Presidente. “*Y en la perspectiva de esta reivindicación de los poderes soberanos del Presidente en una situación de emergencia, debe considerarse la decisión del presidente Bush de referirse constantemente a sí mismo tras el 11 de septiembre del 2001 como Commander in chief of the army. Si... la asunción de este título entraña una referencia inmediata al estado de excepción, Bush está tratando de crear una situación en que la excepcionalidad se convierte en regla y la distinción entre paz y guerra (y entre guerra exterior y guerra civil mundial) resulta imposible*” (p. 38). Esto se debe articular con lo señalado por el a. respecto de que el “*significado inmediatamente biopolítico del estado de excepción como estructura original en que el derecho incluye en sí al viviente por medio de su propia suspensión se manifiesta con claridad en la military order promulgada por el Presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre del 2001, que autoriza la indefinite detention y el procesamiento por military commissions (que no hay que confundir con los tribunales militares previstos para tiempos de guerra) de los no-ciudadanos sospechosos de estar implicados en actividades terroristas... La novedad de la orden del presidente Bush consiste en eliminar radicalmente cualquier estatuto jurídico para determinados individuos, produciendo de esta forma un ser jurídico innombrable e inclasificable*” (pp. 12-13).

⁵ Tanto en el texto como en la glosa (*pars I, dist. 48*) pareciera atribuirse a la “necesidad” el poder de hacer lícito lo ilícito. Pero el asunto se aclara posteriormente (*pars III, dist. I, cap. II*), como señala el autor (p. 40). Más que hacer lícito lo ilícito, la necesidad opera aquí “*como justificación de una trasgresión en un caso específico singular por medio de una excepción*” (p. 41). Lo cual se confirma con el tratamiento que Tomás de Aquino da en la *Summa theologiae, prima secundae, q. 96, art. 6: utrum ei qui subditur legi, liceat praeter verba legis agere*. Del poder del príncipe para dispensar del cumplimiento de la ley, resulta que “*la teoría de la necesidad no es más que una teoría de la excepción (dispensatio)*” (p. 41). Por ello, el “*fundamento último de la excepción no es aquí la necesidad, sino el principio según el cual toda ley está ordenada a la salvación común de los hombres, y solo por ello tiene fuerza y razón de ley (vim rationem legis); si incumple esto, no tiene fuerza de obligar (virtutem obligandi non habet)*” (pp. 41-42).

⁶ La aporía tratada por el autor se incrementa en la medida que ingenuamente se propone la “necesidad” como un hecho objetivo; en circunstancias de que se trata de un hecho eminentemente subjetivo, desde el momento que está en relación con la finalidad que se pretende conseguir. “*Un movimiento revolucionario podrá proclamar la necesidad de una norma nueva que anule instituciones vigentes contrarias a las nuevas exigencias; pero se impone estar de acuerdo, en la consideración de que el orden existente debe ser derribado... No solo la necesidad se reduce, en última instancia, a una decisión, sino que aquello sobre lo que se decide es, en verdad, un indecible entre hecho y derecho*” (p. 47).

Del repaso histórico⁷ realizado por el autor en el capítulo 1., se concluye que: “Entre 1934 y 1948, ante el derrumbe de las democracias europeas, la teoría del estado de excepción –que había hecho su primera y aislada aparición en 1921 con el libro de Schmitt [el conspicuo ideólogo nazi, “teórico fascista del derecho público”, es la expresión que usa el autor (p. 79)] sobre La dictadura– conoció un momento de singular fortuna... en la modalidad pseudomórfica de un debate sobre la ‘dictadura constitucio-

nal’... [Las obras de Tingsten, Watkins, Friedrich y Rossiter] registran por primera vez las transformaciones de los regímenes democráticos como consecuencia de la progresiva expansión de los poderes del Ejecutivo durante las dos guerras mundiales... Son, en algún modo, los heraldos anunciadores de... que ‘el estado de excepción (...) se ha convertido en regla’⁸” (pp. 16-17)⁹.

En el capítulo 2., el a. se concentra en el sintagma “fuerza de ley”, criticando lo que denomina “profesía interesada” de

⁷ Cfr. pp. 23-38. Su aparición en la política moderna se fija en la Francia de la Revolución. Esto habría ocurrido gracias a un decreto de la Asamblea Constituyente de 8 de julio de 1791, aunque la fisonomía como “estado de sitio ficticio o político” (*état de siège fictif ou politique*) habría quedado definida más tarde; tanto por una ley del Directorio, del 27 de agosto de 1797, como por un decreto de Napoleón, del 24 de diciembre de 1811. Sin duda, otro hito importante habría sido la inclusión del artículo 14 de la *Charte* de 1814, en virtud del cual el soberano podía elaborar los reglamentos y ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado. Al respecto, el autor (p. 23) recurre a Chateaubriand, quien habría señalado “*qu’il est possible qu’un beau matin toute la Charte soit confisquée au profit de l’art. 14*”. Posteriormente, el Estado de Sitio se agregó expresamente en el *Acte additionnel* a la Constitución, del 22 de abril de 1815 –como ya había ocurrido en la Constitución del 22 frimario del año VIII–, reservando su implantación a la ley. Sus efectos, por último, fueron regulados por una ley del 9 de agosto de 1849, y restringidos parcialmente por una ley del 4 de abril de 1878. Sobre esta base, el estado de sitio operó en las crisis constitucionales producidas en Francia durante los siglos XIX y XX, sentándose el principio de que “*el poder suspender las leyes puede pertenecer tan solo al mismo poder que las produce, es decir el parlamento*” (p. 24). Luego el autor pasa a la situación generada por la Primera Guerra Mundial, período que coincide con un estado de excepción permanente. En esta época, el Ejecutivo habría gozado de “*un poder prácticamente absoluto de regular por medio de decretos la producción y el comercio de artículos alimenticios*”; agregando que “*es en este período cuando la legislación de excepción por medio de decretos gubernamentales, que hoy nos es perfectamente familiar, pasa a ser una práctica corriente en las democracias europeas*”. Para ser preservada la extensión de los poderes del Ejecutivo al ámbito legislativo después del cese de las hostilidades se sustituyó “*la excepcionalidad de la situación militar...* (por) *la económica*” (p. 25), ampliando el abanico de posibilidades que daban lugar al estado de sitio. Desde ahí, la utilización ha sido frecuente hasta abril de 1961, durante la crisis argelina, cuando De Gaulle lo solicitó por última vez en la historia francesa. A partir de la Primera Guerra Mundial, el autor detecta procesos similares en otros países europeos. Dejo al lector la información que se entrega sobre Italia (pp. 30-32) e Inglaterra (pp. 32-34). En Alemania (pp. 27-29) –donde, a diferencia de Francia, la decisión de la declaración del estado de excepción es de competencia del ejecutivo (p. 24)–, finalmente “*el 24 de junio de 1968, la ‘gran coalición’ entre democristianos y socialdemócratas votó una ley complementaria de la constitución (Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes) que reintroducía el estado de excepción (definido como ‘estado de necesidad interna’, innere Notstand)*” (p. 29). El autor –fijando la doctrina de algunos constitucionalistas suizos como preámbulo a esta transformación (pp. 29 y 30)–, señala que a partir de este hito “*(c)on ironía inconsciente, la proclamación del estado de excepción, por primera vez en la historia de esta institución jurídica, se concebía no solo como un acto para salvaguardar la seguridad y el orden público, sino como una defensa de la constitución ‘democrático-liberal’. La democracia protegida se había convertido a partir de ahora en la regla*” (p. 29).

⁸ BENJAMIN (1942) p. 697.

⁹ El autor critica a Friedrich (1941), quien utiliza las categorías schmittianas de “dictadura comisarial” y “dictadura soberana” para representar la oposición entre dictadura constitucional, que se propone salva-

Carl Schmitt, en sus obras *La dictadura y Teología Política*; a través de las cuales articula estado de excepción y orden jurídico.

El derecho romano ofrece una definición de los atributos de la Ley (completamente ajena a los problemas aquí tratados), en Modestino, *1 reg.*, D. 1, 3, 7: *legis virtus haec est imperare, vetare, permittere, punire*. Pero la Ley solo adquiere el valor supremo atribuido a los actos estatales expresados por las asambleas del pueblo con la Revolución Francesa; en el sentido de que un acto legislativo válido tiene “*fuerza de ley*” (p. 58).

Resulta muy relevante, en cualquier caso, que propiamente “fuerza de ley” no se refiera a la ley misma, sino a aquellos decretos que el Ejecutivo puede estar autorizado a promulgar en ciertos casos, separando “*la vis obligandi o... la aplicabilidad de una norma con respecto a su esencia formal*”; así ya ocurría en Roma en relación a los actos del Príncipe

(Ulpiano, *1 inst.*, D. 1, 4, 1 “*quod principi placuit legis habet vigores*”; Gayo, *Instituciones* 1, 5 “*legis vicem optineat*”; y, Pomponio, *enchirid.*, D. 1, 2, 2, 12, 7 “*pro lege servetur*”) (p. 59).

El autor señala, con razón, la consecuencia de que “*el estado de excepción es un espacio anómico, en que está en juego una fuerza-de-ley sin ley (y que debería por tanto escribirse: fuerza-de-(no)ley*” (p. 60)¹⁰.

En el capítulo 3., en la búsqueda de los orígenes del estado de excepción se analiza la institución romana del *iustitium*. Desde su etimología, bastante segura, de “*ius-stare*”, es decir, “la suspensión del derecho”, el autor explica su eventual intervención en casos de peligro para la República. En estas circunstancias se decretaba el *tumultus* (situación de emergencia ocasionada por una guerra exterior, una insurrección o una guerra civil), un acto complementario a la suspensión temporal de las garantías constitucionales por medio

guardar el orden constitucional, y la dictadura inconstitucional, que conduce a su supresión. En ella detecta la aporía fundamental en la imposibilidad de definir y neutralizar las fuerzas que determinan la transición de la primera a la segunda forma de dictadura: la teoría permanece “*aprisionada en el círculo vicioso en virtud del cual las medidas excepcionales que se trata de justificar para la defensa de la constitución democrática son las mismas que conducen a su ruina*”; todo ello, pues según el propio Friedrich “(n)o hay ninguna salvaguardia institucional capaz de garantizar que los poderes de emergencia sean efectivamente utilizados con el objeto de salvar la constitución” (pp. 18-19). Especialmente dura es la crítica del autor al intento de Rossiter por justificar histórica e ideológicamente la dictadura constitucional. La tesis fundamental en este caso es que el régimen democrático está concebido para funcionar en condiciones normales, de forma que ante circunstancias extraordinarias el gobierno constitucional debe transformarse para adoptar las medidas necesarias para neutralizar el peligro y restablecer la normalidad; lo cual ocurre inevitablemente a través de un gobierno más fuerte: “*el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos*”, convirtiendo la dictadura constitucional en un paradigma (*a well established principle of constitutional government*) (pp. 18-19). Los once criterios de Rossiter para distinguir una dictadura constitucional de una inconstitucional se resumen en “necesidad absoluta” y “temporalidad”; ninguno de ellos permite “*establecer una diferencia sustancial... para excluir el paso de la primera a la segunda*”; y, por sobre todo, ninguno de ellos logra salvar la contradicción elemental de que “*el estado de excepción se ha convertido en regla*” (p. 20).

¹⁰ “*el estado de excepción no es tanto la confusión de los poderes, sobre la que se ha insistido hasta la saciedad, como el aislamiento de la ‘fuerza-de-ley’ en relación con la ley. Se define así un ‘estado de la ley’ en el que, por una parte, la norma está vigente pero no se aplica (no tiene ‘fuerza’) y, por otra, hay actos que no tienen valor de ley pero que adquieren la ‘fuerza’ propia de ella. En el caso extremo, pues, la ‘fuerza de ley’ fluctúa como un elemento indeterminado que puede ser reivindicado tanto por la autoridad estatal (que actúe como dictadura comisarial) como por una organización revolucionaria (que actúe como dictadura soberana)*” (pp. 59-60).

de la promulgación del *senatus consultum ultimum* (pp. 63-64)¹¹.

Efectivamente, fue mérito de Mommsen, en su *Römisches Staatsrecht*, haberse enfrentado a este problema por primera vez (sin contar con el auxilio intelectual de sus contemporáneos iuspublicistas, que aún no habían teorizado sobre el estado de excepción). El maestro alemán explica el *senatus consultum ultimum* haciendo una analogía con la legítima defensa, de forma que lo concibe como una situación que se ubica fuera del ordenamiento, pero que se justifica por la legítima defensa que el Estado puede realizar en protección propia y de cada uno de los ciudadanos (pp. 65-66).

Por la declaración de *iustitium* no procedía la declaración de un *imperium* dictatorial especial a favor del magistrado, sino una suspensión de las leyes limitativas de sus acciones. De ahí a que la situación no sea llamada, por Mommsen, “dictadura”, sino “cuasi dictadura”; según el autor,

se trataba de un error interesado: resultaba más fácil justificar el estado de excepción según la tradicional y prestigiosa institución romana de la dictadura, que según su más directo pero oscuro paradigma, el *iustitium*, era más fácil adscribirlo a un estado pleromático del derecho, a la plenitud de poderes del *dictator*, que a un estado kenomático, un vacío y una detención del derecho (pp. 71-72)¹².

El autor sostiene que la “aporía [de dar un tratamiento jurídico a la no aplicabilidad del derecho] *solo se aclara en efecto si se considera que, en cuanto se producen en un vacío jurídico, los actos cometidos durante el iustitium quedan radicalmente sustraídos a toda determinación jurídica*”. Por ello, plantearse los efectos jurídicos de un acto realizado con ocasión del *iustitium* constituye un error de base, y de ahí que, en palabras de Cicerón¹³, pudiera dar lugar a una “*quaestio infinita*”. (p. 74)¹⁴.

En el capítulo 4., el autor asume el estudio de las opiniones contrapuestas de

¹¹ Según TITO LIVIO, *ab urbe condita* 1, 9, 7 en virtud del *iustitium* los magistrados quedaban “*privato abditii*”, es decir, reducidos a la condición de simples ciudadanos. Del otro lado, Cicerón, *Tusculanarum disputationem* 4, 23, 51, señala que Escipión Násica, al dar muerte a Tiberio Graco, a pesar de ser un simple ciudadano había actuado como si fuera un cónsul (*privatus ut si consul esset*) (p. 73).

¹² Según el autor, esta aproximación entre *iustitium* y dictadura es exactamente el mismo factor de equivocación que impidió a Schmitt, Rossiter y Friedrich superar las aporías del estado de excepción (p. 71).

¹³ Cfr. CICERÓN, *De Oratore* 2, 3. El problema de definir las consecuencias jurídicas de un acto destinado a salvar la *res publica*, realizado durante un *iustitium*, especialmente en cuanto a si constituye o no un hecho punible, es así calificado por el retórico al tratar la muerte de los secuaces de Cayo Graco a manos de Opimio.

¹⁴ Aunque el a. reconoce a Mommsen la virtud de situar esta situación excepcional fuera del derecho (p. 68), le critica que se refiera a ella como una “cuasi dictadura”, y con razón; el *senatus consultum ultimum* y el *iustitium* no daban origen a una nueva magistratura, sino que, al contrario “*todo ciudadano parece investido de un imperium fluctuante y anómalo que no se deja definir en los términos del ordenamiento habitual*” (p. 66). El primero en expresar la insuficiencia de la explicación del *iustitium* como “vacaciones judiciales” y más tarde como “luto”, a fines del siglo diecinueve, fue Nissen, en su obra “*Das Iustitium. Eine Studie aus des römischen Rechtsgeschichte*”; correctamente propuso, en sustitución, la comprensión del *iustitium* como “*Stillstand des Rechts*” (detención y suspensión del derecho) (pp. 68-69). Parece suficiente para avalar la explicación de Nissen, en orden a un mucho mayor alcance del *iustitium* que unas meras vacaciones judiciales, citar la exortación de Cicerón al Senado, de *Philippicae* 5, 12: “*tumulto censeo decerni, iustitium indici, saga sumi dico oportere* (digo que debe ser declarado el estado de tumulto, ser proclamado el *iustitium* y ponerse las capas [de los uniformes de guerra]). Aquí más bien *iustitium* tiene el sentido de la suspensión total de las limitaciones

Benjamin y Schmitt sobre el estado de excepción –ambos situados en el contexto del desarrollo del Tercer Reich—. Surge con claridad la idea de una “*Reine Gewalt*” (violencia pura), de Benjamin, opuesta a la idea de la violencia circunscrita en un contexto jurídico, de Schmitt en su *Teología Política* (pp. 79-89)¹⁵.

El criterio común de ambas posiciones es la disolución de la relación entre violencia y derecho¹⁶. El autor señala que a este problema ya se han tenido que enfrentar tanto el cristianismo como el marxismo: “¿qué pasa con la ley después de su cumplimiento mesiánico?”, refiriéndose a la controversia entre Pablo y sus contemporáneos judíos; “¿qué pasa con el derecho en la sociedad sin clases?”, aludiendo a la controversia entre Vychinski y Pasukanis. Situándose en el pensamiento de Benjamin,

a través de su lectura sobre el “nuevo abogado”, el autor señala: “*El derecho, no practicado sino estudiado, no es la justicia sino la puerta que conduce a ella; lo que a ella conduce no es la supresión, sino la desactivación y la inactividad del derecho, es decir, un uso diferente de él... Lo que aparece después del derecho no es un valor de uso más propio y original precedente al derecho, sino un nuevo uso, que solo nace después de él... Y este juego estudiantil es el que permite acceder a esa justicia... que Benjamin define como un estado del mundo en que este aparece como un bien absolutamente inapropiable e injuridizable*” (pp. 94-95).

En el capítulo 5., el autor continúa su argumento retomando el problema romanístico del significado de *iustitium*. Esta vez, se preocupa de un segundo momento en que la expresión (abandonada ya

legales a que se sometían los magistrados, especialmente, como apunta el autor, “*la prohibición establecida en la lex Sempronia de dar muerte a un ciudadano romano iniussu populi*” (p. 69). Se trataba de un abandono del derecho en nombre de la oportunidad en vista de que este había dejado de servir para lograr el bien común. El autor identifica esta explicación con la sugerencia expuesta por Maquiavelo, en sus *Discorsi*, según la cual se podía romper el ordenamiento para salvarlo (p. 69). El autor señala que ya los antiguos, como los modernos, parecen atemorizarse y dar un paso atrás ante un espacio anómico total en que la *praxis* humana queda entregada por completo a un vacío legal (p. 73-74).

¹⁵ El autor señala que la “*lucha por la anomia parece ser, para la política occidental, tan decisiva como esa gigantomachia perit tes ousias, de esa lucha de gigantes en torno al ser que define la metafísica occidental. Al ser puro, a la pura existencia como apuesta metafísica última, corresponde aquí la violencia pura como objeto político extremo, como ‘cosa’ de la política; a la estrategia onto-teo-lógica, dirigida a la captura del ser puro en las mallas del logos... (para) asegurar la relación entre la violencia anómica y el derecho... Todo sucede, pues, como si tanto el derecho como el logos tuvieran necesidad de una zona anómica (o alógica) de suspensión para poder fundar su referencia al mundo de la vida*” (p. 89). Sobre la *Reine Gewalt*, el a. analiza los trabajos de Benjamin que intentan explicar la violencia pura como “medio puro” en el contexto de “una medialidad sin fines”. En suma, esta posición aparece así: “*Mientras que la violencia que es medio para el establecimiento del derecho no suprime nunca la propia relación con él e instaura así el derecho como poder (Macht), que queda ‘íntima y necesariamente vinculado a ella’..., la violencia pura expone y corta el nexo entre derecho y violencia y puede aparecer pues finalmente no como violencia que gobierna o ejecuta (die schaltende), sino como violencia que, puramente, actúa y se manifiesta (die waltende). Y si de este modo, la implicación entre violencia pura y violencia jurídica, entre estado de excepción y violencia revolucionaria, se hace tan estrecha que los dos jugadores que se enfrentan en el tablero de la historia parecen mover una misma pieza, fuerza de no ley o violencia pura según los casos*” (92-93).

¹⁶ “*Hay, pues, todavía una figura posible del derecho después de la supresión de su vínculo con la violencia y el poder; pero se trata de un derecho carente ya de fuerza y de aplicación, como aquel en que se sumerge el ‘nuevo abogado’ que examina nuestros ‘viejos códigos’; o como aquel que quizá tenía en mientes Foucault, cuando hablaba de un nuevo derecho, liberado de toda disciplina y de toda relación con la soberanía*” (p. 94).

aquella original, relacionada con el *tumultus*), se utilizaba para designar el luto público por la muerte del soberano o alguno de sus parientes próximos.

El texto básico en esta parte es el correspondiente a un estudio de Versnel (*Destruction, devotion and despair in a situation of anomy: the mourning of Germanicus in triple perspective*), de 1980, en que la relación entre anomia y luto es comparada con las contraposiciones clásicas entre *cosmos* y *chaos*. Así, la defensa frente al *chaos* se presenta como el factor aglutinante en las sociedades antiguas; por lo tanto, el “terror anómico”, o lo que es lo mismo, el “terror al *chaos*”, cuya manifestación se produciría en tiempos de luto público, corresponde a la transición desde la eunomia a la potencial anomia que implica la muerte del monarca (97-99).

A juicio de este recensionista, el tributo de Versnel a los presupuestos lógicos de la filosofía protestante más clásica es tan evidente como innecesario para explicar

esta vinculación¹⁷. En este sentido, el autor matiza muy correctamente la carencia de un sentido psicológico del *iustitium*-luto público. Abrazando las conclusiones de Fraschetti (*Roma e il principe*, 1990), da al suceso una explicación política: “*el lazo entre los dos aspectos del iustitium no está en el pretendido carácter luctuoso de la situación extrema o de la anomia, sino en el tumulto al que puede dar lugar el funeral del soberano, como es el caso de los desórdenes ocurridos con ocasión del funeral de César, llamados ‘funerales sediciosos’*”¹⁸ (pp. 100-101)¹⁹.

En el capítulo 6., el autor termina su investigación aludiendo a la famosa teoría de la *auctoritas* y la *potestas* que se viene desarrollando gracias al trabajo inicial de Mommsen.

El tratamiento del tema comienza por la constatación de que el Senado promulgaba el *senatus consultum ultimum*, y que la subsiguiente proclamación del *iustitium* siempre se hacía “*ex auctoritate patrum*”²⁰.

¹⁷ Vid., sobre las relaciones entre los pueblos antiguos, CARVAJAL (2005) pp. 53-63.

¹⁸ Suetonio, *Augustus*, 99, 1, 1, describe la muerte de Augusto en Nola el 14 d. C. El viejo emperador le preguntaba insistentemente a sus amigos ahí congregados si no había algún tumulto que le concerniera (*an iam de se tumultus fuori fuisset*) (p. 101).

¹⁹ Ya en el Principado, el *tumultus* se identifica con la muerte del soberano, y el *iustitium* con sus funerales. “*Es como si el soberano, que había concentrado en su ‘augusta’ persona todos los poderes excepcionales, desde la tribunicia potestas perpetua al imperium proconsulare maius et infinitum y se había convertido, por así decirlo, en un iustitium viviente, mostrara en el momento de la muerte su íntimo carácter anómico y viera desencadenarse el tumulto y la anomia fuera de él en la ciudad... La novedad del Principado puede ser vista entonces como una incorporación directa del estado de excepción y de la anomia en la persona del soberano, que empieza a desligarse de toda subordinación al derecho para afirmarse como legibus solutus... Esta naturaleza íntimamente anómica... del poder supremo aparece con claridad en la teoría del soberano como ‘ley viviente’ (nomos empsycos) [desarrollada por los Neopitagóricos durante el Principado]*” (pp. 101-102). A partir de aquí surgen las “fiestas anómicas”: las Antesterias y Saturnales, en el mundo clásico; el *charivari* y el carnaval, en el mundo medieval y moderno. Todas ellas se caracterizan por “*una licencia desenfrenada y la suspensión o la inversión de las jerarquías jurídicas y sociales habituales*” (p. 105). Este desenfreno anómico muestra, según el autor, “*su conexión paródica con el nomos: en otras palabras, hacia el estado de excepción efectivo como umbral de indiferencia entre anomia y derecho*” (p. 107).

²⁰ Ya Carl Schmitt, en 1931, bajo el título “*Der Hüter der Verfassung*” (El guardián de la Constitución), había tratado de definir el poder neutral del presidente del *Reich* en el estado de excepción mediante la contraposición de *auctoritas*-*potestas*, conceptos completamente perdidos en la teoría moderna (pp. 109-115).

En la experiencia jurídico-política romana, la relación del *iustitium* y la *auctoritas* radica en que esta última “parece actuar como una fuerza que suspende la potestas donde esta se ejercía y la reactiva donde ya no estaba en vigor. Es un poder que suspende o reactiva el derecho, pero que no está vigente formalmente como derecho” (p. 116)²¹.

Por último, el autor ensaya algunas conclusiones (pp. 124-128):

Primero, que el sistema jurídico occidental se funda en una estructura dual: un elemento normativo y jurídico en sentido estricto –*potestas*– y otro anómico y metajurídico –*auctoritas*–. El normativo requiere del anómico para poderse aplicar, y, a su vez, la *auctoritas* solo puede afirmarse en relación a la validación o suspensión de la *potestas*.

Segundo, que el estado de excepción es esencialmente un espacio vacío, en el que una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida. Esto no hace que sea ineficaz, sino muy por el contrario ha permitido el funcionamiento polí-

tico desde la Primera Guerra Mundial. Hoy, cuando ha alcanzado su máximo despliegue planetario, el “aspecto normativo del derecho puede ser así impunemente cancelado y contrariado por una violencia gubernamental que –ignorando en el exterior el derecho internacional y produciendo en el interior un estado de excepción permanente– pretende, no obstante, seguir aplicando todavía el derecho” (p. 126).

Tercero, que “(n)o existen, primero, la vida como dato biológico natural y la anomia como estado de naturaleza y, después, su implicación en el derecho mediante el estado de excepción. Por el contrario, la posibilidad misma de distinguir vida y derecho, anomia y nomos coincide con su articulación en la máquina biopolítica... Mostrar el derecho en su no relación con la vida y la vida en su no relación con el derecho significa abrir entre uno y otra un espacio para esa acción humana, que un tiempo reclamaba para sí el nombre de ‘política’” (p. 127).

DR. PATRICIO IGNACIO CARVAJAL R.
Profesor de Derecho Romano
Pontificia Universidad Católica de Chile

²¹ Destaca, el autor todo el gran interés que despertó el estudio del binomio *auctoritas-potestas* desde comienzos del siglo XX, especialmente por lo que se refiere a la inmanencia, durante el Principado, de la *auctoritas* a la persona del *pater* o del *princeps*. En buena medida esto se emparentaba con el auge del principio autoritario a través del fascismo y el nacionalsocialismo. Así, en 1947 Pietro de Francisci, en *Arcana Imperii*, trata un tipo primario de poder que llama *ductus* (y *ductor* al jefe que lo encarna), sustituyendo la tripartición weberiana del poder (tradicional, legal y carismático), por la tensión *auctoritas-potestas*. “La superioridad del ductor o del Führer no puede ser nunca derivada, sino que es siempre originaria y brota de su persona; y, por otra parte, no es, en su esencia, coercitiva, sino que se funda como ya había mostrado Triepel [Die Hegemonie, 1938, donde expone la teoría del Führertum como autoridad fundada no sobre un ordenamiento preexistente, sino sobre un carisma personal] en el consenso y el libre reconocimiento de una superioridad de valor” (pp. 122 y 123). El autor señala, a continuación, que ni Triepel ni de Francisci, que, sin embargo, tenían ante sus ojos las técnicas de gobiernos nazis y fascistas, parecen darse cuenta de que el aparente carácter originario del poder que describen deriva de la suspensión o de la neutralización del orden jurídico, es decir, en última instancia, del estado de excepción. Así, “(e)l carisma –como su referencia (perfectamente consciente en Weber) a la charis paulina–, coincide con la neutralización de la ley y no con una figura más originaria del poder”. (p. 123).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BENJAMIN, W. (1942): *Notizien zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit*, en Farnkfurter Adorno Blätter, 4, p. 697.
- CARVAJAL, P. (2005): “Nota en torno al *ius naufragii* y la libertad de navegación. Observaciones romanistas”, *Ius Publicum* 15, pp. 53-63.
- DE FRANCISCI, Pietro (1947): *Arcana Imperii*.
- DE MARTINO, F. (1973): *Storia della costituzione romana* (Jovene, Napoli).
- FRIEDRICH (1941): *Constitutional Government and Democracy*.
- NISSEN, Adolph (1877): *Das Iustitium. Eine Studie aus des römischen Rechtsgeschichte* (Leipzig).
- SCHMITT, Carl (1931): *Der Hüter der Verfassung* (El guardián de la Constitución)
- TRIEPEL (1938): *Die Hegemonie*.