

Giorgio Agamben

Estado de excepción  
Homo sacer, II, I

Traducción de Flavia Costa e Ivana Costa  
Introducción y entrevista de Flavia Costa



Adriana Hidalgo editora

Agamben, Giorgio  
*Estado de excepción* - 1ª. ed. 1ª. reimp.  
Buenos Aires : Adriana Hidalgo editora, 2005.  
176 p. ; 19x13 cm. - (Filosofía e historia)  
ISBN 987-1156-15-4  
1. Filosofía Moderna I. Título  
CDD 190

## *filosofía e historia*

Título original: *Stato di eccezione*  
Traducción: Flavia Costa e Ivana Costa

Editor:  
Fabián Lebenglik

Diseño de cubierta e interiores:  
Eduardo Stupía y G. D.

© Giorgio Agamben, 2003  
© Adriana Hidalgo editora S.A., 2004  
Córdoba 836 - P. 13 - Of. 1301  
(1054) Buenos Aires  
e-mail: info@adrianahidalgo.com  
www.adrianahidalgo.com

Impreso en Argentina  
*Printed in Argentina*

Queda hecho el depósito que indica la ley 11.723

Prohibida la reproducción parcial o total sin permiso escrito  
de la editorial. Todos los derechos reservados.

## INTRODUCCIÓN

*Estado de excepción* es el comienzo del segundo tomo de *Homo sacer*, una obra en cuatro volúmenes que se inició en 1995 con la publicación de *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Para esta edición en castellano, el autor accedió a publicar a modo de introducción una entrevista realizada en 2003 (el año en que apareció el libro en Italia), que originalmente había sido pensada para presentar el texto a los lectores de habla castellana.

Aquí Giorgio Agamben explica el plan completo de esta obra y el lugar que en ella ocupa *Estado de excepción*. Para evitar confusiones, cabe aclarar que los distintos tomos no se publicaron en orden sucesivo: tras la edición de *Homo sacer I* siguió la publicación en 1998 de *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, que es en realidad el volumen III de la serie. Publicado *Estado de excepción*, restan todavía el final de esta segunda parte y un cuarto tomo, donde Agamben expondrá sus conclusiones, y que funcionará en cierta medida como su propuesta política.

*Estado de excepción* enfoca una de las nociones centrales de la obra de Agamben; ese momento del derecho en el que se suspende el derecho precisamente para garantizar su continuidad, e inclusive su existencia. O también: la forma legal de lo que no puede tener forma legal, porque es incluido en la legalidad a través de su exclusión. Su tesis de base es que el “estado de excepción”,

ese momento —que se supone provisorio— en el cual se suspende el orden jurídico, se ha convertido durante el siglo XX en forma permanente y paradigmática de gobierno. Una idea que Agamben retoma de Walter Benjamin, en especial de su octava tesis de filosofía de la historia, que Benjamin escribió poco antes de morir, y que dice: “La tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el cual vivimos es la regla. Debemos adherir a un concepto de historia que se corresponda con este hecho”.

A lo largo de este libro, el autor hace una reconstrucción histórica de la noción misma de estado de excepción (en especial, la conecta con el instituto jurídico romano del *iustitium*), analiza su sentido en la política de Occidente y reflexiona sobre su vigencia en la actualidad, en especial a partir de la Primera Guerra Mundial.

En el siglo XX asistimos, según Agamben, a un hecho paradójico y preocupante, en la medida en que pasa desapercibido para la mayoría de los ciudadanos: vivimos en el contexto de lo que se ha denominado una “guerra civil legal”. El totalitarismo moderno se define como la instauración de una guerra civil legal a través del estado de excepción, y esto corre tanto para el régimen nazi como para la situación en que se vive en los EE.UU. desde que George W. Bush emitió el 13 de noviembre de 2001 una “military order” que autoriza la “detención indefinida” de los no-ciudadanos estadounidenses sospechados de actividades terroristas. Ya no se trata de prisioneros ni de acusados, sino de sujetos de una detención indefinida —tanto en el tiempo como en la modalidad de su detención— que deben ser procesados por comisiones militares, distintas de los tribunales de guerra.

Aquí Agamben articula el problema del estado de excepción con la noción foucaultiana de biopolítica. Tal como ha-

bía señalado ya en *Homo sacer I*, la excepción es en realidad la estructura originaria que funda —da origen y fundamento a— la biopolítica moderna: esto es, a la política que incluye a la vida natural (la *zoé*, en la terminología de Foucault que Agamben retoma) dentro de los cálculos del poder estatal. Al incluir al viviente, en tanto *vida desnuda*<sup>1</sup>, dentro del derecho mediante su exclusión (en la medida en que alguien es ciudadano, ya no es más mero viviente; pero al mismo tiempo, para ser ciudadano pone su vida natural, su *nuda vida*, a disposición del poder político), la política se vuelve bio-política. Y el estado de excepción, en tanto crea las condiciones jurídicas para que el poder disponga de los ciudadanos en tanto vidas desnudas, es un dispositivo biopolítico de primer orden.

La intuición que organiza este volumen, dice Agamben, es que una teoría del estado de excepción es la clave para iluminar la relación que “liga, y al mismo tiempo abandona, al viviente en manos del derecho”. Sólo así, sólo en la medida en que se aclare qué es lo que está en juego en la diferencia —o supuesta diferencia— entre lo político y lo jurídico, entre el hecho y el derecho, será posible responder una pregunta crucial en la historia política de Occidente: “¿qué significa actuar políticamente?”.

F.C.

<sup>1</sup> *Vida desnuda* es la traducción literal del italiano *nuda vita*, que ya es parte de la terminología técnica de Giorgio Agamben. La fórmula *nuda vida*, menos usual en castellano, se ha vuelto canónica, y así se volcará en la traducción que sigue.

## ENTREVISTA

—En la introducción a *Homo sacer I*, usted afirma que había concebido inicialmente ese libro como una respuesta a “la sangrienta mistificación de un nuevo orden planetario” (y que en su desarrollo se vio enfrentado a problemas como el de la sacralidad de la vida, que no estaban en el plan inicial). ¿Cómo se conforma a partir de entonces su proyecto intelectual?

—Cuando comencé a trabajar en *Homo sacer*, supe que estaba abriendo una cantera que implicaría años de excavaciones y de investigación, algo que no habría jamás podido llevar a término y que, en todo caso, no se habría podido agotar ciertamente en un solo libro. De ahí que la cifra I en el frontispicio de *Homo sacer* es importante. Después de la publicación del libro, a menudo me han acusado de brindar allí conclusiones pesimistas, cuando en realidad debería haber estado claro desde un principio que se trataba solamente de un primer volumen, donde exponía una serie de premisas y no de conclusiones. Quizá llegó el momento de explicitar el plan de la obra, al menos tal como él se presenta ahora en mi mente. Al primer volumen (*El poder soberano y la muda vida*, publicado en 1995), seguirá un segundo, que tendrá la forma de una serie de investigaciones genealógicas sobre los

paradigmas (teológicos, jurídicos y biopolíticos) que han ejercido una influencia determinante sobre el desarrollo y el orden político global de las sociedades occidentales. El libro *Estado de excepción* (publicado en el 2003) no es sino la primera de estas investigaciones, una arqueología del derecho que, por evidentes razones de actualidad y de urgencia, me pareció que debía anticipar en un volumen aparte. Pero inclusive aquí la cifra II, 1 en el frontispicio indica que se trata únicamente de la primera parte de un libro mayor, que comprenderá una suerte de arqueología de la biopolítica bajo la forma de diversos estudios sobre la guerra civil, sobre el origen teológico de la *oikonomia*, sobre el juramento y sobre el concepto de vida (*zoé*) que estaban ya en los fundamentos de *Homo sacer I*. El tercer volumen, que contiene una teoría del sujeto ético como testigo, apareció en el año 1998 con el título *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*. Pero quizá será sólo con el cuarto volumen que la investigación completa aparecerá bajo su luz propia. Se trata de un proyecto para el cual no sólo es extremadamente difícil individualizar un ámbito de investigación adecuado, sino que tengo la impresión de que a cada paso el terreno se me escapa por debajo de los pies. Puedo decir únicamente que en el centro de ese cuarto libro estarán los conceptos de forma-de-vida y de uso, y que lo que está puesto en juego allí es el intento de asir la otra cara de la nuda vida, una posible transformación de la biopolítica en una nueva política.

*—Usted integra un grupo no muy extendido de investigadores europeos que han realizado una lectura atenta de autores como Martin Heidegger y Carl Schmitt, y la han incluido en el marco*

*de un pensamiento —por decir así— emancipatorio. ¿Cómo ha ido articulando en su biografía intelectual la lectura de estos autores?*

—Los dos autores que usted cita han tenido en mi vida un peso diferente. El encuentro con Heidegger fue relativamente temprano, y él incluso fue determinante en mi formación después de los seminarios de Le Thor en 1966 y en 1968. Más o menos en los mismos años durante los cuales leía a Walter Benjamin, lectura que quizá me sirvió de antídoto frente al pensamiento de Heidegger. Estaba en cuestión el concepto mismo de filosofía, el modo en el cual habría debido responder a la pregunta, práctica y teórica al mismo tiempo: ¿qué es la filosofía? El encuentro con Carl Schmitt se dio, en cambio, relativamente tarde, y tuvo un carácter totalmente distinto. Era evidente (creo que es evidente para cualquiera que no sea estúpido ni tenga mala fe, o, como sucede a menudo, las dos cosas juntas) que si quería trabajar con el derecho y sobre la política, era con él con quien debía medirme. Como con un enemigo, desde ya —pero la antinomia amigo-enemigo era precisamente una de las tesis schmittianas que quería poner en cuestión.

*—La recepción de su obra ha sido polémica en algunos países, sobre todo en Alemania. Quizá uno de los momentos más provocadores de su trabajo es cuando rastrea y expone la matriz común (la “intima solidaridad”) entre democracia y totalitarismo. ¿Qué opina de esto?*

—En la perspectiva arqueológica, que es la de mi investigación, las antinomias (por ejemplo, la de democracia versus totalitarismo) no desaparecen, pero pierden su carácter sustancial y se transforman en campos de tensiones polares, entre las que es posible encontrar una vía de salida. No se trata, entonces, de distinguir lo que es bueno de lo que es malo en Heidegger o en Schmitt. Dejemos esto a los bien pensantes. El problema, sobre todo, es que si no se comprende lo que se pone en juego en el fascismo, no se llega a advertir siquiera el sentido de la democracia.

—¿Qué entiende por arqueología? ¿Qué lugar ocupa en su método de trabajo?

—Mi método es arqueológico y paradigmático en un sentido cercano al que utilizaba Foucault, pero no completamente coincidente con él. Se trata, ante las dicotomías que estructuran nuestra cultura, de salirse más allá de las escisiones que las han producido, pero no para reencontrar un estado cronológicamente originario sino, por el contrario, para poder comprender la situación en la cual nos encontramos. La arqueología es, en este sentido, la única vía de acceso al presente. Pero superar la lógica binaria significa sobre todo ser capaces de transformar cada vez las dicotomías en bipolaridades, las oposiciones sustanciales en un campo de fuerzas recorrido por tensiones polares que están presentes en cada uno de los puntos sin que exista posibilidad alguna de trazar líneas claras de demarcación. Lógica del campo contra lógica de la sustancia. Significa, entre otras cosas, que entre A y no-A se da

un tercer elemento que no puede ser, sin embargo, un nuevo elemento homogéneo y similar a los dos anteriores: él no es otra cosa que la neutralización y la transformación de los dos primeros. Significa, en fin, trabajar por paradigmas, neutralizando la falsa dicotomía entre universal y particular. Un paradigma (el término quiere decir en griego simplemente “ejemplo”) es un fenómeno particular que, en cuanto tal, vale por todos los casos del mismo género y adquiere así la capacidad de constituir un conjunto problemático más vasto. En este sentido, el *panóptico* en Foucault y el doble cuerpo del rey en Kantorowicz son paradigmas que abren un nuevo horizonte para la investigación histórica, sustrayéndola a los contextos metonímicos o cronológicos (Francia, el siglo XVIII). En el mismo sentido, en mi trabajo me he servido constantemente de los paradigmas: el *homo sacer* no es solamente una oscura figura del derecho romano arcaico, sino también la cifra para comprender la biopolítica contemporánea. Lo mismo puede decirse del “musulmán” en Auschwitz y del estado de excepción.

—En el libro, *historiza el proceso —acelerado después de la Primera Guerra Mundial— según el cual el estado de excepción deviene la regla; el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. ¿Cómo llega a esta idea?*

—Para mí se trataba sobre todo de comprender la profunda transformación que se había producido en la constitución material, esto es, en la vida política de las así llamadas democracias en las cuales vivimos. Está claro que ninguna de las categorías fundamentales de la tradición democrática ha mantenido su

sentido, sobre esto no podemos hacernos ilusiones. En *Estado de excepción* he intentado indagar en esta transformación desde el punto de vista del derecho; me he preguntado qué significa vivir en un estado de excepción permanente. Creo que los dos campos de investigación que Foucault ha dejado a un costado, el derecho y la teología, son extremadamente importantes para comprender nuestra situación presente. En todo caso, es en estos dos ámbitos que he trabajado en los últimos años.

—¿Por qué considera fundamental una teoría general del estado de excepción: una teoría del vacío de derecho que, sin embargo, lo funda? ¿Imagina una praxis para esa teoría?

—Se ha dicho alguna vez que en cada libro hay algo así como un centro que permanece escondido; y que es para acercarse, para encontrar y —a veces— para evitar este centro que se escribe ese libro. Si tuviese que decir cuál es, en el caso de *Estado de excepción*, ese núcleo problemático, diría que está en la relación entre anomía y derecho que en el curso de la investigación ha aparecido como la estructura constitutiva del orden jurídico. Uno de los objetivos del libro era precisamente el intento de abordar y analizar esta doble naturaleza del derecho, esta ambigüedad constitutiva del orden jurídico por la cual éste parece estar siempre al mismo tiempo afuera y adentro de sí mismo, a la vez vida y norma, hecho y derecho. El estado de excepción es el lugar en el cual esta ambigüedad emerge a plena luz y, a la vez, el dispositivo que debería mantener unidos a los dos elementos contradictorios del sistema

jurídico. Él es, en este sentido, aquello que funda el nexo entre violencia y derecho y, a la vez, en el punto en el cual se vuelve “efectivo”, aquello que rompe este nexo. Y para responder a la segunda parte de su pregunta, diría que la ruptura del nexo entre violencia y derecho abre dos perspectivas a la imaginación (la imaginación es naturalmente ya una praxis): la primera es la de una acción humana sin ninguna relación con el derecho, la “violencia revolucionaria” de Benjamín o un “uso” de las cosas y de los cuerpos que no tenga nunca la forma de un derecho; la segunda es la de un derecho sin ninguna relación con la vida —el derecho no aplicado, sino solamente estudiado, del cual Benjamín decía que es la puerta de la justicia.

—Usted afirma que no hay un retorno posible desde el estado de excepción en el que vivimos inmersos, hacia el estado de derecho. Que la tarea que nos ocupa es, en todo caso, denunciar la ficción de la articulación entre violencia y derecho, entre vida y norma, para abrir allí la cesura, el campo de la política. Ahora bien, ¿no nos debemos también una teoría, no tanto del “poder constituyente” como de la “institución política”; es decir, una teoría sobre la “praxis articuladora” que incluya la politicidad de lo viviente como un elemento central?

—Precisamente porque se trata de romper el nexo entre violencia y derecho, el problema aquí es que debemos superar la falsa alternativa entre poder constituyente y poder constituido, entre violencia que pone el derecho y violencia que lo conserva. Pero precisamente por esto me parece que no se trata tanto de “insti-

tuir” y de “articular”, como de destituir y de desarticular. En general, en nuestra cultura el hombre ha sido pensado siempre como la articulación y la conjunción de dos principios opuestos: un alma y un cuerpo, el lenguaje y la vida, en este caso un elemento político y un elemento viviente. Debemos en cambio aprender a pensar al hombre como aquello que resulta de la desconexión de estos dos elementos e investigar no el misterio metafísico de la conjunción, sino el misterio práctico y político de la separación.

– *La dinámica de cómo deponer lo instituido sin instituir al mismo tiempo una nueva institución remite, ciertamente, a la idea de revolución permanente. Le pregunto no “qué hacer”, sino hacia dónde cree que es posible y deseable dirigirse en el intento de pensar una política “completamente nueva”.*

–Diría que el problema de la revolución permanente es el de una potencia que no se desarrolla nunca en acto, y en cambio sobrevive a él y en él. Creo que sería extremadamente importante llegar a pensar de un modo nuevo la relación entre la potencia y el acto, lo posible y lo real. No es lo posible que exige ser realizado, sino la realidad la que exige volverse posible. Pensamiento, praxis e imaginación (tres cosas que no deberían ser jamás separadas) convergen en este desafío común: volver posible la vida.

–*En el primer capítulo señala que, pese a la creciente conversión de las democracias parlamentarias en gubernamentales, y al aumento del “decisionismo” del poder ejecutivo, los ciudada-*

*nos occidentales no registran estos cambios y creen seguir habiendo en democracias. ¿Tiene una hipótesis sobre por qué sucede esto? ¿Cabría enfocar este tema desde la teoría sobre la sujeción voluntaria al poder disciplinario (aquello que Legendre llama “el modo en que el poder se hace amar”)?*

–El problema de la sujeción voluntaria coincide con aquello de los procesos de subjetivación sobre los cuales trabajaba Foucault. Foucault ha mostrado, me parece, que cada subjetivación implica la inserción en una red de relaciones de poder, en este sentido una microfísica del poder. Yo pienso que tan interesantes como los procesos de subjetivación son los procesos de desubjetivación. Si aplicamos también aquí la transformación de las dicotomías en bipolaridades, podremos decir que el sujeto se presenta como un campo de fuerzas recorrido por dos tensiones que se oponen: una que va hacia la subjetivación y otra que procede en dirección opuesta. El sujeto no es otra cosa más que el resto, la no-coincidencia de estos dos procesos. Está claro que serán consideraciones estratégicas las que decidirán en cada oportunidad sobre cuál polo hacer palanca para desactivar las relaciones de poder, de qué modo hacer jugar la desubjetivación contra la subjetivación y viceversa. Es letal, en cambio, toda política de las identidades, aunque se trate de la identidad del contestatario y la del disidente.

–*Usted afirma que «nuda vida» y «norma» no son cosas preexistentes a la máquina biopolítica; son un producto de su articulación. ¿Podría explicarlo? Porque es más bien simple com-*

*prender que el derecho ha sido “inventado”, pero cuesta más desembarazarse de la idea de que los seres humanos somos, en algún sentido, “existencias desnudas” que de a poco vamos apropiándonos de nuestros ropajes: lengua, normas, hábitos...*

—Aquello que llamo nuda vida es una producción específica del poder y no un dato natural. En cuanto nos movamos en el espacio y retrocedamos en el tiempo, no encontraremos jamás —ni siquiera en las condiciones más primitivas— un hombre sin lenguaje y sin cultura. Ni siquiera el niño es nuda vida: al contrario, vive en una especie de corte bizantina en la cual cada acto está siempre ya revestido de sus formas ceremoniales. Podemos, en cambio, producir artificialmente condiciones en las cuales algo así como una nuda vida se separa de su contexto: el “musulmán” en Auschwitz, el comatoso, etcétera. Es en este sentido que decía antes que es más interesante indagar cómo se produce la desarticulación real del humano que especular sobre cómo ha sido producida una articulación que, por lo que sabemos, es un mitologema. Lo humano y lo inhumano son solamente dos vectores en el campo de fuerza de lo viviente. Y este campo es integralmente histórico, si es verdad que se da historia de todo aquello de lo cual se da vida. Pero en este *continuum* viviente se pueden producir interrupciones y cesuras: el “musulmán” en Auschwitz y el testigo que responde por él son dos singularidades de este género.

*—En Homo sacer I usted dice: “El cuerpo técnico de Occidente ya no puede superarse en otro cuerpo técnico o íntegramente político (...). Más bien será preciso hacer del propio cuerpo biopolítico,*

*lítico, de la nuda vida misma, el lugar en el que se constituye y asienta una forma de vida vertida íntegramente en esa nuda vida. Un bios que sea sólo su zoé”. ¿Cómo analiza las ilusiones de “superar” el cuerpo biológico (y biopolítico) en un cuerpo técnico?*

—La frase que usted ha citado sobre un *bios* que es solamente su *zoé* es para mí el sello y la empresa de lo que resta pensar. Todos los problemas, comprendido el de la técnica, deberán ser re-criptos en la perspectiva de una vida inseparable de su forma. En el fondo, la vida fisiológica no es otra cosa que una técnica olvidada, un saber tan antiguo que ya hemos perdido toda memoria de él. Una apropiación de la técnica no podrá hacerse sin un re-pensamiento preliminar del cuerpo biopolítico de Occidente.

*— En los últimos años, muchas de las energías del pensamiento sobre la resistencia y la emancipación se han concentrado en desarrollar una teoría de la defección, del éxodo (por ejemplo, pienso en Toni Negri y Michael Hardt, en Paolo Virno, en Albert Hirschmann). Es decir, ante la expansión totalitaria a escala global, parecería haber una apuesta por la negatividad, por el silencio y el éxit. ¿Qué opina usted de esto?*

—Para decirle la verdad, no estoy muy convencido de que el éxodo sea hoy un paradigma verdaderamente practicable. El sentido de este paradigma es, por otro lado, solidario del paradigma del Imperio, con el cual forma sistema. La analogía con la historia de la relación entre el monaquismo y el Imperio Romano en los primeros siglos de la era cristiana es iluminadora. También entonces a un

poder global centralizado le hicieron frente formas de éxodo organizado que dieron vida a las grandes órdenes conventuales. La analogía con la situación descrita en un libro reciente que ha tenido mucha fortuna es evidente. A veces pienso incluso que Negri y Hardt tienen un perfecto equivalente en Eusebio de Cesarea, el teólogo de la corte de Constantino (que Overbeck definía irónicamente como el *friseur* de la peluca teológica del emperador). Eusebio es el primer cristiano en teorizar sobre la superioridad del único poder imperial sobre el poder de las diversas personas y naciones. Al único Dios en los cielos corresponde un único imperio sobre la tierra. La historia de las relaciones entre Iglesia e Imperio Romano es una mezcla y una alternancia de éxodo y alianzas, de rivalidad y negociados. Todavía la ciudad celeste de Agustín es *peregrina*, es decir, está en éxodo en su propio terreno. No creo que tenga sentido aplicar hoy el mismo modelo. El éxodo del monaquismo se fundaba de hecho sobre una radical heterogeneidad de la forma de vida cristiana y sobre una sólida fe común; a pesar de esto, no alcanzó a ser verdaderamente antagonista. Hoy el problema es que una forma de vida verdaderamente heterogénea no existe, al menos en los países de capitalismo avanzado. En las condiciones presentes, el éxodo puede asumir sólo formas subalternas y no es una casualidad si termina pidiéndole al enemigo imperial que le pague un salario. Está claro que una vida separada de su forma, una vida que se deja subjetivar como nuda vida no estará en condiciones de construir una alternativa al imperio. Lo que no significa que no se puedan traer del éxodo modelos y reflexiones. Pienso, por ejemplo, en los conceptos franciscanos de uso y de forma de vida, que son todavía hoy extremadamente interesantes.

F.C. Octubre de 2003

## ESTADO DE EXCEPCIÓN HOMO SACER, II, I

*Quare siletis jurista in munere vestro?*

## 1. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN COMO PARADIGMA DE GOBIERNO

1.1 La contigüidad esencial entre estado de excepción y soberanía ha sido establecida por Carl Schmitt en su *Teología política* (1922). Si bien su célebre definición del soberano en tanto “aquel que decide sobre el estado de excepción” ha sido ampliamente comentada y discutida, falta todavía hasta hoy en el derecho público una teoría del estado de excepción, y los juristas y expertos en derecho público parecen considerar el problema más como una *quæstio facti* que como un genuíno problema jurídico. No sólo la legitimidad de una teoría semejante es negada por aquellos autores que, remitiéndose a la antigua máxima según la cual *necessitas legem non habet*, afirman que el estado de necesidad, sobre el cual se funda la excepción, no puede tener forma jurídica, sino que la definición misma del término se hace difícil, ya que se sitúa en el límite entre la política y el derecho. Según una opinión difundida, de hecho el estado de excepción constituye un “punto de desequilibrio entre derecho público y hecho político” (Saint-Bonnet, 2001, p. 28), que –como la guerra civil, la insurrección y la resistencia– se sitúa en una “franja ambigua e incierta, en la intersección entre lo jurídico y lo político” (Fontana, 1999, p. 16). Tanto más urgente resulta así la cuestión

de los confines: si las medidas excepcionales son el fruto de los períodos de crisis política y, en tanto tales, están comprendidas en el terreno político y no en el terreno jurídico-constitucional (De Martino, 1973, p. 320), ellas se encuentran en la paradójica situación de ser medidas jurídicas que no pueden ser comprendidas en el plano del derecho, y **el estado de excepción se presenta como la forma legal de aquello que no puede tener forma legal.** Por otra parte, si la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye dentro de sí por medio de la propia suspensión, entonces una teoría del estado de excepción es condición preliminar para definir la relación que liga y al mismo tiempo abandona lo viviente en manos del derecho.

Es esta tierra de nadie entre el derecho público y el hecho político, y entre el orden jurídico y la vida, aquello que la presente investigación se propone indagar. Sólo si el velo que cubre esta zona incierta es removido podremos comenzar a comprender lo que se pone en juego en la diferencia —o en la supuesta diferencia— entre lo político y lo jurídico y entre el derecho y lo viviente. Y quizá solamente entonces será posible responder a la pregunta que no cesa de resonar en la historia política de Occidente: **¿qué significa actuar políticamente?**

1.2 Entre los elementos que hacen difícil una definición del estado de excepción está ciertamente la estrecha relación que éste mantiene con la guerra civil, la insurrección y la resistencia. En la medida en que la guerra civil es lo opuesto del estado normal, ella se sitúa en una zona de in-

decidibilidad respecto del estado de excepción, que es la respuesta inmediata del poder estatal a los conflictos internos más extremos. En el curso del siglo XX, se ha podido asistir así a un fenómeno paradójico, que ha sido eficazmente definido como una “guerra civil legal” (Schnur, 1983). Tómese el caso del Estado nazi. No bien Hitler toma el poder (o, como se debería decir acaso más exactamente, no bien el poder le es entregado), proclama el 28 de febrero el *Decreto para la protección del pueblo y del Estado*, que suspende los artículos de la Constitución de Weimar concernientes a las libertades personales. El decreto no fue nunca revocado, de modo que todo el Tercer Reich puede ser considerado, desde el punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años. **El totalitarismo moderno puede ser definido, en este sentido, como la instauración, a través del estado de excepción, de una guerra civil legal, que permite la eliminación física no sólo de los adversarios políticos sino de categorías enteras de ciudadanos que por cualquier razón resultan no integrables en el sistema político. Desde entonces, la creación voluntaria de un estado de emergencia permanente (aunque eventualmente no declarado en sentido técnico) devino una de las prácticas esenciales de los Estados contemporáneos, aun de aquellos así llamados democráticos.**

Frente a la imparable progresión de eso que ha sido definido como una “guerra civil mundial”, el estado de excepción tiende cada vez más a presentarse como el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea. Esta dislocación de una medida provisoria y excepcional que se vuelve técnica de gobierno amenaza con transformar radicalmente —y de hecho ya ha

transformado de modo sensible— la estructura y el sentido de la distinción tradicional de las formas de constitución. **El estado de excepción se presenta más bien desde esta perspectiva como un umbral de indeterminación entre democracia y absolutismo.**

⌘ La expresión “guerra civil mundial” aparece en el mismo año (1961) en los libros *Sobre la revolución*, de Hannah Arendt, y *Teoría del partisano*, de Carl Schmitt. **La distinción entre un “estado de sitio real” (*état de siège effectif*) y un “estado de sitio ficticio” (*état de siège fictif*) proviene en cambio, como veremos, del derecho público francés y está ya claramente articulada en el libro de Theodor Reinach: *De l'état de siège. Étude historique et juridique* (1885), que está en el origen de la oposición schmittiana y benjaminiana entre estado de excepción real y estado de excepción ficticio. La jurisprudencia anglosajona prefiere hablar, en este sentido, de *fancied emergency*. Los juristas nazis, por su parte, hablaban sin reservas de un *gewollte Ausnahmestand*, un estado de excepción deseado, “con el fin de instaurar el Estado nacionalsocialista” (Werner Spohr, en Dobrische y Wieland, 1993, p. 28).**

1.3 El significado inmediatamente biopolítico del estado de excepción como estructura original en la cual el derecho incluye en sí al viviente a través de su propia suspensión emerge con claridad en el *military order* emanado del presidente de los Estados Unidos el 13 de noviembre de 2001, que autoriza la “*indefinite detention*” y el proceso por parte de “*military commissions*” (que no hay que confundir con los tribunales

militares previstos por el derecho de guerra) de los no-ciudadanos sospechados de estar implicados en actividades terroristas.

Ya el *USA Patriot Act*, emanado del Senado el 26 de octubre de 2001, permitía al *Attorney general* “poner bajo custodia” al extranjero (*alien*) que fuera sospechoso de actividades que pusieran en peligro “la seguridad nacional de los Estados Unidos”; pero dentro de los siete días el extranjero debía ser, o bien expulsado, o acusado de violación de la ley de inmigración o de algún otro delito. La novedad de la “orden” del presidente Bush es que cancela radicalmente todo estatuto jurídico de un individuo, produciendo así un ser jurídicamente innominable e inclasificable. Los talibanes capturados en Afganistán no sólo no gozan del estatuto de POW según la convención de Ginebra, sino que ni siquiera del de imputado por algún delito según las leyes norteamericanas. Ni prisioneros ni acusados, sino solamente *detainees*, ellos son objeto de una pura señoría de hecho, de una detención indefinida no sólo en sentido temporal, sino también en cuanto a su propia naturaleza, dado que ésta está del todo sustraída a la ley y al control jurídico. El único parangón posible es con la situación jurídica de los judíos en los Lager nazis, quienes habían perdido, junto con la ciudadanía, toda identidad jurídica, pero mantenían al menos la de ser judíos. Como ha señalado eficazmente Judith Butler, en el *detainee* de Guantánamo la nuda vida encuentra su máxima indeterminación.

1.4 A lo incierto del concepto corresponde puntualmente la incertidumbre terminológica. El presente estudio se ser-

virá del sintagma “estado de excepción” como término técnico para la totalidad coherente de fenómenos jurídicos que se propone definir. Este término, común en la doctrina alemana (*Ausnahmezustand*, pero también *Notstand*, estado de necesidad), es extraño a las doctrinas italiana y francesa, que prefieren hablar de decretos de urgencia y estado de sitio (político o ficticio, *état de siège fictif*). En la doctrina anglosajona prevalecen en cambio los términos *martial law* y *emergency powers*.

Si, como ha sido sugerido, la terminología es el momento propiamente poético del pensamiento, entonces las elecciones terminológicas no pueden nunca ser neutrales. En este sentido, la elección del término “estado de excepción” implica una toma de posición en cuanto a la naturaleza del fenómeno que nos proponemos investigar y a la lógica más adecuada a su comprensión. Si las nociones de “estado de sitio” y de “ley marcial” expresan una conexión con el estado de guerra que ha sido históricamente decisiva y que está todavía presente, se revelan sin embargo inadecuadas para definir la estructura propia del fenómeno, y necesitan para esto las calificaciones de “político” o “ficticio”, también imprecisas de algún modo. El estado de excepción no es un derecho especial (como el derecho de guerra), sino que, en cuanto suspensión del propio orden jurídico, define el umbral o el concepto límite.

∞ La historia del término “estado de sitio ficticio o político” es, en este sentido, instructiva. Se remonta a la doctrina francesa, en referencia al decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, que preveía la posibilidad de un estado de sitio que el emperador podía declarar, independientemente de

la situación efectiva de una ciudad atacada o amenazada en forma directa por las fuerzas enemigas, *lorsque les circonstances obligent de donner plus de forces et d'action à la police militaire, sans qu'il soit nécessaire de mettre la place en état de siège* (Reinach, 1885, p. 109). El origen de la institución del estado de sitio está en el decreto del 8 de julio de 1791 de la Asamblea Constituyente francesa, que distinguía entre *état de paix*, en el cual la autoridad militar y la autoridad civil actuaban cada una en su propia esfera, *état de guerre*, en el cual la autoridad civil debía actuar en acuerdo concertado con la autoridad militar, y *état de siège*, en el cual “todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna pasan al comandante militar, que la ejercita bajo su exclusiva responsabilidad” (*ibid.*). El decreto se refería solamente a las plazas-fuertes y a los puertos militares; pero con la ley del 19 de fructidor del año V, el Directorio asimiló las comunas del interior a las plazas-fuertes, y con la ley del 18 de fructidor del mismo año, se atribuyó el derecho de poner una ciudad en estado de sitio. La historia posterior del estado de sitio es la historia de su sucesivo emanciparse de la situación bélica a la cual estaba originariamente ligado, para ser usado como medida extraordinaria de policía frente a desórdenes y sediciones internas, deviniendo así de efectivo o militar en ficticio o político. En todo caso, es importante no olvidar que el estado de excepción moderno es una creación de la tradición democrático-revolucionaria, y no de la tradición absolutista.

La idea de una suspensión de la constitución es introducida por primera vez en la constitución del 22 de frimario del año VIII, que en su artículo 92 expresa: “*Dans le cas de révolte*

*à main armée ou de troubles qui menaceraient la sécurité de l'État, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la constitution. Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du gouvernement, le corps législatif étant en vacances, pourvu que ce corps soit convoqué au plus court terme par un article su même arrêté*". La ciudad o la región en cuestión era declarada *hors la constitution*. Si bien por un lado (en el estado de sitio) el paradigma es la extensión en el ámbito civil de los poderes que competen a la autoridad militar en tiempo de guerra y, por el otro, una suspensión de la constitución (o de aquellas normas constitucionales que protegen las libertades individuales), los dos modelos terminan con el tiempo confluyendo en un único fenómeno jurídico, que llamamos estado de excepción.

✎ La expresión "plenos poderes" (*pleins pouvoirs*), con la cual se caracteriza a veces al estado de excepción, se refiere a la expansión de los poderes gubernamentales y, en particular, al hecho de que se le confiere al poder ejecutivo el poder de emanar decretos que tienen fuerza-de-ley. Esto deriva de la noción de plenitudo potestatis, elaborada en aquel verdadero y propio laboratorio de la terminología del derecho público moderno que ha sido el derecho canónico. El presupuesto aquí es que el estado de excepción implica un retorno a un estado original pleromático en el cual la distinción entre los diversos poderes (legislativo, ejecutivo, etcétera) no se ha producido todavía. Como veremos, el estado de excepción constituye antes bien un estado kenomático, un vacío de derecho; y la idea de una indistinción y plenitud originaria del poder debe ser conside-

rada como un mitologema jurídico, análogo a la idea de un estado de naturaleza (y no es casual que haya sido precisamente Schmitt quien recurrió a este mitologema). En todo caso, el término "plenos poderes" define una de las posibles modalidades de acción del poder ejecutivo durante el estado de excepción, pero no coincide con él.

1.5 Entre los años 1934 y 1948, frente al colapso de las democracias europeas, la teoría del estado de excepción —que había hecho una primera, aislada aparición en el año 1921 con el libro de Schmitt *La dictadura*— alcanzó un momento de particular fortuna; pero es significativo que esto haya sucedido bajo la forma pseudomórfica de un debate sobre la llamada "dictadura constitucional".

El término —que aparece ya en los juristas alemanes para indicar los poderes excepcionales del presidente del Reich, según el artículo 48 de la Constitución de Weimar (*Reichsverfassung-smäßige Diktatur*, Preuss)— fue retomado y desarrollado por Fredrick M. Watkins (*The Problem of Constitutional Dictatorship*, "Public Policy", 1940), por Carl J. Friedrich (*Constitutional Government and Democracy*, 1941), y finalmente por Clinton L. Rossiter (*Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, 1948). Anteriores a éstos, cabe al menos mencionar el libro del jurista sueco Herbert Tingsten: *Les Pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre* (1934). Estos libros, harto diversos entre sí y, en conjunto, más dependientes de la teoría schmittiana

de cuanto pueda parecer en una primera lectura, son al mismo tiempo importantes porque registran por primera vez la transformación de los regímenes democráticos como consecuencia de la progresiva expansión de los poderes del ejecutivo durante las dos guerras mundiales y, más en general, del **estado de excepción** que las había acompañado y seguido. Ellos son, de alguna manera, los mensajeros que anuncian aquello que tenemos hoy con claridad ante nuestros ojos –y, por tanto, que, desde el momento en que “el estado de excepción [...] ha devenido la regla” (Benjamin, 1942, p. 697), **no sólo se presenta cada vez más como una técnica de gobierno y no como una medida excepcional, sino que inclusive deja también salir a la luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico.**

El análisis de Tingsten se concentra en el problema técnico esencial, que signa profundamente la evolución de los regímenes parlamentarios modernos: la extensión de los poderes del ejecutivo en ámbito legislativo a través de la emanación de decretos y disposiciones, como consecuencia de la delegación contenida en las leyes denominadas de “plenos poderes”. “Entendemos por leyes de plenos poderes a aquellas leyes a través de las cuales se le otorga al ejecutivo un poder de reglamentación excepcionalmente amplio, en particular el poder de modificar y de derogar con decretos las leyes vigentes” (Tingsten, 1934, p. 13). Puesto que leyes de esta naturaleza, que deberían ser emanadas para hacer frente a circunstancias excepcionales de necesidad y de urgencia, contradicen la jerarquía entre leyes y reglamentaciones que está en la base de las constituciones democráticas y delegan al gobierno un poder

legislativo que debería ser competencia exclusiva del parlamento, Tingsten se propone examinar en una serie de países (Francia, Suiza, Bélgica, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, Austria y Alemania) la situación que resulta de la sistemática expansión de los poderes gubernamentales durante la Primera Guerra Mundial, cuando en muchos de los Estados beligerantes (o inclusive neutrales, como Suiza) fue declarado el estado de sitio o se emanaron leyes de plenos poderes. El libro no va más allá del registro de una amplia casuística; no obstante, en la conclusión, el autor parece darse cuenta de que, si bien **un uso temporario y controlado de los plenos poderes es teóricamente compatible con las constituciones democráticas, “un ejercicio sistemático y regular de la institución conduce necesariamente a la liquidación de la democracia”** (*ibid.*, p. 333). De hecho, la progresiva erosión de los poderes legislativos del parlamento, que se limita hoy a menudo a ratificar disposiciones emanadas del ejecutivo con decretos que tienen fuerza-de-ley, ha devenido desde entonces una praxis común. Los años de la Primera Guerra Mundial y subsiguientes aparecen desde esta perspectiva como el laboratorio en el cual han sido experimentados y puestos a punto los mecanismos y dispositivos funcionales del estado de excepción como paradigma de gobierno. Uno de los caracteres esenciales del estado de excepción –la provisoria abolición de la distinción entre poder legislativo, ejecutivo y judicial– muestra aquí su tendencia a transformarse en duradera praxis de gobierno.

El libro de Friedrich utiliza mucho más de lo que da a entender la teoría schmittiana de la dictadura, que en cambio el autor liquida en una nota como “un tratadito de parte”

(Friedrich, 1941, p. 812). La distinción schmittiana entre dictadura comisarial y dictadura soberana se representa aquí como oposición entre dictadura constitucional, que se propone salvaguardar el orden constitucional, y dictadura inconstitucional, que conduce a derribarlo. La imposibilidad de definir y neutralizar las fuerzas que determinan la transición de la primera a la segunda forma de dictadura (cabalmente, aquello que había sucedido por ejemplo en Alemania) es la aporía fundamental del libro de Friedrich, como en general de toda la teoría de la dictadura constitucional. Ella permanece prisionera en el círculo vicioso por el cual las medidas excepcionales que se intenta justificar para la defensa de la constitución democrática son las mismas que conducen a su ruina: “No existe ninguna salvaguarda institucional capaz de garantizar que los poderes de emergencia sean efectivamente usados con el objeto de salvar la constitución. Sólo la determinación del propio pueblo a verificar que esos poderes sean utilizados para este objetivo puede asegurar que esto se cumpla [...]. Las disposiciones casi dictatoriales de los sistemas constitucionales modernos, sean éstas la ley marcial, el estado de sitio o los poderes de emergencia constitucional, no pueden realizar controles efectivos sobre la concentración de los poderes. En consecuencia, todas estas instituciones corren el riesgo de ser transformadas en sistemas totalitarios, si se presentan condiciones favorables” (*ibid.*, pp. 828 y ss.).

Es en el libro de Rossiter que estas aporías explotan en abiertas contradicciones. A diferencia de Tingsten y de Friedrich, él se propone explícitamente justificar, a través de un amplio examen histórico, la dictadura constitucional. La

hipótesis aquí es que, desde el momento en que el régimen democrático, con su complejo equilibrio de poderes, es concebido para funcionar en circunstancias normales, “en tiempos de crisis, el gobierno constitucional debe ser alterado en la medida en que sea necesario para neutralizar el peligro y restaurar la situación normal. Esta alteración implica inevitablemente un gobierno más fuerte: es decir, el gobierno tendrá más poder y los ciudadanos menos derechos” (Rossiter, 1948, p. 5). Rossiter es consciente de que la dictadura constitucional (esto es, el estado de excepción) ha devenido, de hecho, un paradigma de gobierno (*a well established principle of constitutional government* [*ibid.* p. 4]) y que, en tanto tal, está llena de peligros: aun así, lo que el autor intenta demostrar es, precisamente, su necesidad inmanente. Pero en este intento se ve envuelto en contradicciones insalvables. El dispositivo schmittiano (que él juzga *trail-blazing, if somewhat occasional*, y que se propone corregir [*ibid.*, p. 14]), en el cual la distinción entre dictadura comisarial y dictadura soberana no es una diferencia de naturaleza, sino de grado, y en el cual la figura decisiva es indudablemente la segunda, no se deja, de hecho, neutralizar así como así. Si bien Rossiter provee once buenos criterios para distinguir entre la dictadura constitucional y la inconstitucional, ninguno de esos criterios está en condiciones de definir una diferencia sustancial ni de excluir el pasaje de una forma de dictadura a la otra. El hecho es que los dos criterios esenciales de absoluta necesidad y de provisoriedad temporal, a los cuales todos los otros en última instancia se reducen, contradicen lo que Rossiter sabe perfectamente, y es que el estado de excepción

ya ha devenido la regla: “En la era atómica, en la cual el mundo está entrando ahora, es probable que el uso de los poderes de emergencia constitucional se vuelva la regla y no la excepción” (*ibid.* p. 297); o incluso más claramente al final del libro: “Al describir los gobiernos de emergencia en las democracias occidentales, este libro pudo haber dado la impresión de que las técnicas de gobierno tales como la dictadura del ejecutivo, la delegación de los poderes legislativos y la legislación a través de decretos administrativos son por naturaleza puramente transitorias y temporarias. Una impresión tal sería ciertamente equívoca [...]. Los instrumentos de gobierno aquí descritos como dispositivos temporarios de crisis han devenido en algunos países, y pueden devenir en todos, instituciones durables y permanentes inclusive en tiempos de paz” (*ibid.* p. 313). Esta previsión —que se realiza ocho años después de que fuera formulada por primera vez por **Walter Benjamín** en su octava tesis sobre el concepto de historia— era indudablemente exacta; mucho más grotescas, en cambio, suenan las palabras con que concluye el libro: **“Ningún sacrificio es demasiado grande para nuestra democracia, y menos que menos el sacrificio temporario de la propia democracia”** (*ibid.* p. 314).

1.6 Un examen de la situación del estado de excepción en las tradiciones jurídicas de los Estados occidentales muestra una división —neta en un principio, pero de hecho bastante más diluida— entre ordenamientos que regulan el estado de excepción en el texto de la constitución o a través de una ley, y

ordenamientos que prefieren no regular explícitamente el problema. Al primer grupo pertenecen Francia (donde ha nacido el estado de excepción moderno, hacia la época de la Revolución) y Alemania; al segundo, Italia, Suiza, Inglaterra y Estados Unidos. También la doctrina está correspondientemente dividida entre autores que sostienen la oportunidad de una previsión constitucional o legislativa del estado de excepción y otros (entre los cuales figura primero en la fila Carl Schmitt) que critican sin reservas la pretensión de regular mediante leyes aquello que por definición no puede ser sujeto a norma. Si bien, desde el punto de vista de la constitución formal, la distinción es indudablemente importante (en cuanto presupone que, en el segundo caso, los actos realizados por el gobierno por fuera o en contraste con la ley puedan ser teóricamente considerados como ilegales y deban por lo tanto ser salvados por una adecuada *bill of indemnity*), desde el punto de vista de la Constitución material, algo así como un estado de excepción existe en todos los ordenamientos mencionados, y la historia de la institución al menos a partir de la Primera Guerra Mundial muestra que su desarrollo es independiente de su formalización constitucional o legislativa. Así, en la República de Weimar, cuya Constitución regulaba en el art. 48 poderes del presidente del Reich en situaciones en las cuales “la seguridad pública y el orden” (*die öffentliche Sicherheit und Ordnung*) estuvieran amenazados, el estado de excepción desarrolló una función ciertamente más determinante que en Italia, donde la institución no estaba explícitamente prevista, o que en Francia, que la regulaba a través de una ley y que a menudo recurrió también en forma pareja al *état de siège* y a la legislación por decreto.

1.7 El problema del estado de excepción presenta evidentes analogías con el del derecho de resistencia. Se ha discutido mucho, particularmente en el seno de asambleas constituyentes, acerca de la oportunidad de incluir el derecho de resistencia en el texto de la constitución. En el proyecto de la actual Constitución italiana, estaba incluido un artículo que afirmaba: “Cuando los poderes públicos violan las libertades fundamentales y los derechos garantizados por la Constitución, la resistencia a la opresión es un derecho y un deber del ciudadano”. La propuesta, que retomaba una sugerencia de Giuseppe Dossetti, uno de los exponentes más prestigiosos del área católica, encontró vivas oposiciones. En el curso del debate prevaleció la opinión de que era imposible regular jurídicamente algo que, por su naturaleza, se sustraía al ámbito del derecho positivo, y el artículo no fue aprobado. Pero en la Constitución de la República Federal Alemana figura en cambio un artículo (el 20) que legaliza sin reservas el derecho de resistencia, afirmando que “contra cualquier intento de abolir aquel orden [la constitución democrática], todos los alemanes tienen un derecho de resistencia, si otros remedios no son posibles”.

Las argumentaciones son aquí exactamente simétricas a las que oponen los autores de la legalización del estado de excepción en el texto constitucional o en una ley expresa frente a aquellos juristas que consideran del todo inoportuna su reglamentación normativa. Es cierto, en todo caso, que si la resistencia se volviera un derecho o, aun más, un deber (cuya omisión podría ser castigada), no sólo la constitución terminaría por colocarse como un valor absoluto in-

tangible y omnicompreensivo, sino que también las elecciones políticas de los ciudadanos terminarían por ser jurídicamente normatizadas. El hecho es que ya en el derecho de resistencia, ya en el estado de excepción, lo que está en cuestión, en suma, es el problema del significado jurídico de una esfera de acción en sí misma extrajurídica. Aquí están en contraste la tesis que afirma que el derecho debe coincidir con la norma y la que sostiene en cambio que el ámbito del derecho excede la norma. Pero las dos posiciones son en última instancia solidarias en el hecho de excluir la existencia de una esfera de la acción humana sustraída por completo al derecho.

⌘ *Breve historia del estado de excepción.* Hemos visto ya cómo el estado de sitio tiene su origen en Francia durante la Revolución. Después de su institución con el decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791, adquiere su fisonomía propia de *état de siège fictif* o *politique* con la ley del Directorio del 27 de agosto de 1797 y, al fin, con el decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811 (cfr. *supra*, p. 28). La idea de una suspensión de la constitución (de *l'empire de la constitution*) fue en cambio introducida, como hemos visto también, por la Constitución del 22 de febrero del año VIII. El art. 14 de la *Charte* de 1814 atribuía al soberano el poder de “hacer los reglamentos y las ordenanzas necesarios para la ejecución de las leyes y la seguridad del Estado”; a causa de la vaguedad de la fórmula, Chateaubriand observaba *qu'il est possible qu'un beau matin toute la Charte soit confisqué au profit de l'art. 14*. El estado de sitio fue expresamente mencionado en el *Acte additionnel* a la Constitución del 22 de abril de 1815, que

reservaba la declaración a una ley. Desde entonces, la legislación sobre el estado de sitio señala en Francia los momentos de crisis constitucional en el curso de los siglos XIX y XX. Después de la caída de la Monarquía de Julio, el 24 de junio de 1848 un decreto de la Asamblea constituyente ponía a París en estado de sitio y encargaba al general Cavaignac la tarea de restaurar el orden en la ciudad. En la nueva constitución del 4 de noviembre de 1848, fue en tanto incluido un artículo que establecía que una ley debería fijar las ocasiones, las formas y los efectos del estado de sitio. A partir de este momento, el principio dominante (como veremos, no sin excepciones) en la tradición francesa es que el poder de suspender las leyes puede pertenecer sólo al propio poder que las produce, es decir, al parlamento (esto, a diferencia de la tradición alemana, que delega y confía ese poder en el jefe de Estado). La ley del 9 de agosto de 1849 (parcialmente modificada en sentido más restrictivo por la ley del 4 de abril de 1878) establecía consecuentemente que el estado de sitio político podía ser declarado por el parlamento (o, en su reemplazo, por el jefe de Estado) en caso de peligro inminente para la seguridad interna o externa. Napoleón III recurrió muchas veces a esta ley y, una vez establecido en el poder, en la Constitución de enero de 1852, adjudicó al jefe de Estado el poder exclusivo de decretar el estado de sitio. La guerra franco-prusiana y la insurrección de la Comuna coincidieron con una generalización sin precedentes del estado de excepción, que fue proclamado en cuarenta departamentos y se prolongó en algunos hasta 1876. Sobre la base de estas experiencias y después del fallido golpe de Estado por parte de Macmahon en mayo de 1877, la ley de 1849 fue modi-

ficada, estableciendo que el estado de sitio podía ser declarado sólo con una ley (o, en el caso en el cual la cámara de Diputados no estuviese reunida, del jefe de Estado, con la obligación de convocar a la Cámara dentro de los siguientes dos días) en la eventualidad de “peligro inminente de una guerra externa o una insurrección armada” (ley del 4 de abril de 1878, art. I).

La Primera Guerra Mundial coincidió en la mayoría de los países beligerantes con un estado de excepción permanente. El 2 de agosto de 1914, el presidente Poincaré emitió un decreto que ponía al país entero en estado de sitio y que fue convertido en ley del parlamento dos días después. El estado de sitio permaneció en vigencia hasta el 12 de octubre de 1919. Si bien la actividad del parlamento, suspendida durante los primeros seis meses de la guerra, se retomó en enero de 1915, muchas de las leyes votadas eran, en verdad, puras y simples delegaciones legislativas al ejecutivo, como aquella del 10 de febrero de 1918, que otorgaba al gobierno un poder prácticamente absoluto de regular con decretos la producción y el comercio de los productos alimenticios. Tingsten ha observado que, de este modo, el poder ejecutivo se transformaba, en sentido material, en órgano legislativo (Tingsten, 1934, p. 18). En todo caso, es en este período en el cual la legislación excepcional por vía del decreto gubernamental (que hoy nos es perfectamente familiar) se vuelve una práctica corriente en las democracias europeas.

Como era previsible, la ampliación de los poderes del ejecutivo en el ámbito legislativo prosiguió después del fin de las hostilidades, y es significativo que la emergencia militar cediese ahora el puesto a la emergencia económica, con una implícita asimilación entre guerra y economía. En enero de 1924,

en un momento de grave crisis que amenazaba la estabilidad del franco, el gobierno Poincaré pidió los plenos poderes en materia financiera. Después de un áspero debate, en el cual la oposición hizo observar que esto equivalía para el parlamento a renunciar a los propios poderes constitucionales, la ley fue votada el 22 de marzo, limitando a cuatro meses los poderes especiales del gobierno. Medidas análogas fueron impulsadas y votadas en 1935 por el gobierno Laval, que emitió más de quinientos decretos “con fuerza de ley” para evitar la devaluación del franco. La oposición de izquierda, guiada por Léon Blum, se opuso con fuerza a esta práctica “fascista”; pero es significativo que, una vez en el poder con el Frente Popular, en junio de 1937, ella pidió al parlamento los plenos poderes para devaluar el franco, establecer el control de cambio e imponer nuevas tasas. Como ya ha sido observado (Rossiter, 1948, p. 123), esto significaba que la nueva práctica de legislación por vía del decreto gubernamental, inaugurada durante la guerra, era ya aceptada por todas las fuerzas políticas. El 30 de junio de 1937, los poderes que habían sido rechazados a Léon Blum fueron acordados al gobierno de Chautemps, en el cual algunos ministerios clave les habían sido confiados a no socialistas. Y el 10 de abril de 1938, Édouard Daladier pidió y obtuvo del parlamento poderes excepcionales para legislar por decreto para afrontar tanto la amenaza de la Alemania nazi como la crisis económica, de modo que se puede decir que hasta el final de la Tercera República “los procedimientos normales de la democracia parlamentaria permanecieron en suspenso” (*ibid.* p. 124). Es importante no olvidar este proceso contemporáneo de transformación de las constituciones de-

mocráticas entre las dos guerras mundiales cuando se estudia el nacimiento de los así llamados regímenes dictatoriales en Italia y en Alemania. **Bajo la presión del paradigma del estado de excepción, es la totalidad de la vida político-constitucional de las sociedades occidentales la que comienza progresivamente a asumir una nueva forma, que quizá sólo hoy ha alcanzado su pleno desarrollo.** En diciembre de 1939, después del estallido de la guerra, el gobierno obtuvo la facultad de tomar por la vía del decreto todas las medidas necesarias para asegurar la defensa de la nación. El parlamento permaneció reunido (salvo cuando fue suspendido por un mes para privar a los parlamentarios comunistas de su inmunidad), pero toda la actividad legislativa estaba firmemente en manos del ejecutivo. Cuando el mariscal Pétain asumió el poder, el parlamento francés era ya la sombra de sí mismo. El acta constitucional del 11 de julio de 1940 confería de cualquier modo al jefe de Estado la facultad de proclamar el estado de sitio sobre todo el territorio nacional (en parte ya ocupado por el ejército alemán).

En la constitución actual, el estado de excepción está regulado por el art. 16, deseado por De Gaulle, que establece que el presidente de la República tome las medidas necesarias “cuando las instituciones de la República, la independencia de la nación, la integridad de su territorio o la ejecución de sus obligaciones internacionales sean amenazadas en modo grave e inmediato y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales se vea interrumpido”. En abril de 1961, durante la crisis argelina, De Gaulle recurrió al artículo 16, si bien el funcionamiento de los poderes públicos no había sido interrumpido. Desde entonces, el artí-

culo 16 no ha sido invocado nunca más, pero, conforme a una tendencia activa en todas las democracias occidentales, la declaración del estado de excepción está siendo progresivamente sustituida por una generalización sin precedentes del paradigma de la seguridad como técnica normal de gobierno.

La historia del artículo 48 de la Constitución de Weimar está tan estrechamente ligada a la historia de Alemania entre las dos guerras que no es posible comprender el acceso de Hitler al poder sin un análisis preliminar de los usos y abusos de este artículo en los años que van desde 1919 hasta 1933. Su precedente inmediato era el artículo 68 de la Constitución de Bismarck, que, en el caso en que “la seguridad pública fuese amenazada en el territorio del Reich” atribuía al emperador la facultad de declarar una parte del territorio en estado de guerra (*Kriegszustand*) y reenviaba, para determinar la modalidad, a la ley prusiana sobre el estado de sitio del 4 de junio de 1851. En la situación de desorden y de agitación que siguió al fin de la guerra, los diputados de la Asamblea nacional que debían votar la nueva constitución, asistidos por juristas entre los cuales destaca el nombre de Hugo Preuss, incluyeron en ella un artículo que confería al presidente del Reich poderes excepcionales extremadamente amplios. El texto del artículo 48 rezaba, de hecho: “Si en el Reich alemán la seguridad y el orden público son seriamente [*erheblich*] perturbados o amenazados, el presidente del Reich puede tomar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y del orden público, eventualmente con la ayuda de las fuerzas armadas. En pos de este objetivo, puede suspender en su totalidad o en

parte los derechos fundamentales [*Grundrechte*] establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124 y 153”. El artículo agregaba que una ley vendría a precisar en los particulares las modalidades del ejercicio de este poder presidencial. Como la ley no fue votada jamás, los poderes excepcionales del presidente permanecieron hasta tal punto indeterminados que no sólo la expresión “dictadura presidencial” fue usada corrientemente en la doctrina en referencia al artículo 48, sino que Schmitt pudo escribir en 1925 que “ninguna constitución de la tierra como aquella de Weimar había legalizado tan fácilmente un golpe de Estado” (Schmitt, 1995, p. 25).

Los gobiernos de la República, comenzando por aquel de Brüning, hicieron uso continuamente –con una relativa pausa entre 1925 y 1929– del artículo 48, proclamando el estado de excepción y emanando decretos de urgencia en más de 250 ocasiones; ellos sirvieron, entre otras cosas, para poner en prisión a millares de militantes comunistas y para instituir tribunales especiales habilitados para dictar condenas a la pena capital. En más ocasiones y, en particular en octubre de 1923, el gobierno recurrió al artículo 48 para afrontar la caída del marco, confirmando la tendencia moderna a hacer coincidir la emergencia político-militar y la crisis económica.

Es notorio que los últimos años de la República de Weimar se desarrollaron enteramente en un régimen de estado de excepción; menos obvia es la constatación de que Hitler probablemente no habría podido tomar el poder si el país no se hubiese encontrado desde hacía casi tres años en régimen de dictadura presidencial y si el parlamento hubiese estado en funciones. En julio de 1930, el gobierno Brüning quedó en

minoría. En lugar de revistar las dimisiones, Brüning obtuvo del presidente Hindenburg el recurso al art. 48 y la disolución del *Reichstag*. Desde ese momento, Alemania dejó de hecho de ser una república parlamentaria. El Parlamento se reunió solamente siete veces en un total de no más de doce semanas, mientras una coalición fluctuante de socialdemócratas y centristas permanecía expectante, observando un gobierno que dependía ya solamente del Reich. En 1932 Hindenburg, reelecto presidente contra Hitler y Thälmann, obligó a Brüning a renunciar y nombró en su lugar al centrista Von Papen. El 4 de junio el *Reichstag* fue disuelto y ya no fue convocado nuevamente hasta la llegada del nazismo. El 20 de julio, el estado de excepción fue proclamado en el territorio prusiano y Von Papen fue nombrado comisario del Reich para Prusia, excluyendo al gobierno socialdemócrata de Otto Braun.

El estado de excepción en el cual se encontraba Alemania bajo la presidencia de Hindenburg fue justificado por Schmitt en el plano constitucional a través de la idea de que el presidente actuaba como “custodio de la constitución” (Schmitt, 1931); pero el fin de la República de Weimar muestra por el contrario con claridad que una “democracia protegida” no es una democracia, y que el paradigma de la dictadura constitucional funciona sobre todo como una fase de transición que conduce fatalmente a la instauración de un régimen totalitario.

Dados estos precedentes, es comprensible que la Constitución de la República Federal no mencionase el estado de excepción; aun así, el 24 de junio de 1968 la “gran coalición” entre demócratas cristianos y socialdemócratas votó una ley de integración de la constitución (*Gesetz zur Ergänzung des*

*Grundgesetzes*) que reintroducía el estado de excepción (definido “estado de necesidad interna”, *innere Notstand*). Con inconsciente ironía, por primera vez en la historia del instituto la proclamación del estado de excepción era prevista no simplemente para la salvaguardia de la seguridad y del orden público sino para la defensa de la “constitución democrático-liberal”. La democracia protegida había devenido ya la regla.

El 3 de agosto de 1914 la Asamblea federal suiza confirió al Consejo federal “el poder ilimitado de tomar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad, la integridad y la neutralidad de Suiza”. Este acto inusitado, en virtud del cual un Estado no beligerante atribuía al ejecutivo poderes todavía más vastos e indeterminados que aquellos que habían recibido los gobiernos de países directamente involucrados en la guerra, es interesante por la discusión a la cual dio lugar, tanto en la propia asamblea como en ocasión de las objeciones de inconstitucionalidad presentadas por ciudadanos frente a la Corte federal suiza. La tenacidad con la que los juristas suizos, con casi treinta años de anticipación respecto de los teóricos de la dictadura constitucional, han buscado en esta ocasión deducir (como Waldkirch y Burckhardt) la legitimidad del estado de excepción del propio texto de la constitución (el artículo 2, en el cual se leía que “la Confederación tiene el objetivo de asegurar la independencia de la patria contra el extranjero y de mantener el orden y la tranquilidad en el interior”) o (como Hoerni y Fleiner) de fundarlo sobre un derecho de necesidad “inherente a la existencia misma del Estado” o (como His) sobre una laguna en el derecho que las disposicio-

nes excepcionales debían colmar, muestra que la teoría del estado de excepción no es de ningún modo patrimonio exclusivo de la tradición antidemocrática.

La historia y la situación jurídica del estado de excepción en Italia presenta un particular interés bajo el perfil de la legislación por medio de decretos gubernamentales de urgencia (los así llamados “decretos-ley”). Se puede decir, de hecho, que bajo este perfil Italia ha funcionado como un verdadero y propio laboratorio político-jurídico, donde se ha ido organizando el proceso —presente, en medida diversa, también en otros Estados europeos— a través del cual el decreto-ley “de instrumento derogatorio y excepcional de producción normativa ha devenido una fuente ordinaria de producción del derecho” (Fresa, 1981, p. 156). Pero esto significa también que precisamente un Estado con gobiernos a menudo inestables ha elaborado uno de los paradigmas esenciales a través del cual la democracia se transforma de parlamentaria en gubernamental. En todo caso, es en este contexto que aparece con claridad la pertinencia de los decretos de urgencia en el ámbito problemático del estado de excepción. El Estatuto albertino (como, por otro lado, la vigente Constitución republicana) no mencionaba el estado de excepción. Los gobiernos del reino recurrieron, no obstante, numerosas veces, a proclamar el estado de sitio: en Palermo y en las provincias sicilianas en 1862 y en 1866; en Nápoles en 1862; en Sicilia y Lunigiana en 1894 y, en 1898, en Nápoles y en Milán, donde la represión de los desórdenes fue particularmente sangrienta y dio lugar a ásperos debates en el parlamento. La declaración del estado de sitio en ocasión del terre-

moto de Messina y Reggio Calabria el 28 de diciembre de 1908 es sólo en apariencia un caso aparte. No solamente las razones últimas de la proclama eran, en realidad, de orden público (se trataba de reprimir los saqueos y los actos de vandalismo provocados por la catástrofe), sino que hasta incluso desde un punto de vista teórico es significativo que ellas brindaron la oportunidad que permitió a Santi Romano y a otros juristas italianos elaborar la tesis —en la cual enseguida nos tendremos— de la necesidad como fuente primaria del derecho.

En todos estos casos, la declaración del estado de sitio se realizó por medio de un decreto real que, aun cuando no contuviera necesariamente una cláusula de ratificación parlamentaria, fue siempre aprobado por el parlamento como los otros decretos de urgencia no concernientes al estado de sitio (en 1923 y en 1924 fueron así convertidos en ley en bloque unos miles de decretos-ley emanados en los años precedentes y que permanecían sin despacho). En 1926, el régimen fascista hizo emanar una ley que regulaba expresamente en materia de los decretos-ley. El art. 3 establecía que podían ser emanadas con decreto real, previa deliberación del consejo de ministros, “normas que tienen fuerza de ley (1) cuando el gobierno sea delegado a esto por una ley dentro de los límites de la delegación; (2) en casos extraordinarios, en los cuales las razones de urgente y absoluta necesidad así lo requirieran. El juicio sobre la necesidad y sobre la urgencia no está sujeto a otro control más que al control político del parlamento”. Los decretos previstos en el segundo apartado debían contener una cláusula de presentación al parlamento para su conversión en ley; pero la pérdida de toda autonomía por parte de las Cámaras durante el régimen fascista hizo que la cláusula se volviera superflua.

A pesar de que el abuso de los decretos de urgencia por parte de los gobiernos fascistas fue tal que el propio régimen sintió la necesidad de limitar en 1939 su alcance, la constitución republicana estableció con continuidad en el artículo 77 que “en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia” el gobierno podía adoptar “disposiciones provisionales con fuerza de ley” que debían ser presentadas el mismo día a las Cámaras y que perdían eficacia si no se convertían en ley dentro de los sesenta días de su publicación.

Es notorio que desde entonces la praxis de la legislación gubernamental a través de decretos-ley ha devenido en Italia la regla. No solamente se ha recurrido a emitir decretos de urgencia en momentos de crisis política, eludiendo así el principio constitucional según el cual los derechos de los ciudadanos sólo pueden ser limitados por una ley (cfr., para la represión del terrorismo, el decreto-ley 28 de marzo de 1978, n. 59, convertido en la ley 21 de mayo de 1978, n. 191, la así llamada Ley Moro; y el decreto-ley 15 de diciembre de 1979, n. 625, convertido en la ley 6 de febrero de 1980, n. 15), sino que los decretos-ley constituyen a tal punto la forma normal de legislación que han llegado a ser definidos como “esbozos de ley reforzados por urgencia garantizada” (Fresa, 1981, p. 152). Esto significa que el principio democrático de la división de los poderes hoy se ha devaluado, y que el poder ejecutivo ha de hecho absorbido, al menos en parte, al poder legislativo. **El parlamento no es más el órgano soberano al que corresponde el derecho exclusivo de obligar a los ciudadanos a través de la ley: se limita a ratificar los decretos emanados del poder ejecutivo. En sentido técnico, la República ya no es más parlamen-**

**aria, sino gubernamental.** Y es significativo que una transformación similar del orden constitucional que hoy se da en medida diversa en todas las democracias occidentales, si bien es percibida perfectamente por juristas y políticos, permanezca totalmente inobservada por parte de los ciudadanos. Precisamente en el momento en que pretende dar lecciones de democracia a culturas y tradiciones diferentes, la cultura política de Occidente no se da cuenta de que ha perdido por completo el canon.

El único dispositivo jurídico que, en Inglaterra, podría ser comparado con el *état de siège* francés aparece bajo el nombre de *martial law*; pero se trata de un concepto tan vago que se lo puede definir con razón como “un término poco feliz para justificar, a través del *common law*, los actos llevados a cabo por necesidad con el objeto de defender el *commonwealth* cuando se va a la guerra” (Rossiter, 1948, p. 142). Pero esto no significa que no pueda existir algo así como un estado de excepción. La facultad de la corona de declarar la *martial law* estaba en general limitada en los *Mutiny Acts* durante los tiempos de guerra, pero aun así implicaba necesariamente consecuencias incluso graves para los civiles extraños que fueran encontrados involucrados de hecho en la represión armada. Así, Schmitt ha intentado distinguir *martial law* de los tribunales militares y de los procedimientos sumarios que en un primer momento eran aplicados solamente a los soldados, ya que consideraba que era un procedimiento puramente factual, lo que la acercaba al estado de excepción: “A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es, en este sentido, un derecho o una ley, sino sobre todo un procedimiento guiado

esencialmente por la necesidad de conseguir un determinado objetivo” (Schmitt, 1921, p. 183. [trad. cast. p. 223]).

También en Inglaterra la Primera Guerra Mundial ha jugado un papel decisivo en la generalización de los dispositivos gubernamentales de excepción. Inmediatamente después de la declaración de guerra, el gobierno pidió al Parlamento la aprobación de una serie de disposiciones de emergencia, que habían sido preparadas por los ministros competentes y que fueron votadas prácticamente sin discusión. La más importante de estas disposiciones es el *Defence of Realm Act* del 4 de agosto de 1914, conocido como DORA, que no sólo confería al gobierno poderes muy vastos para regular la economía de guerra, sino que preveía también graves limitaciones de los derechos fundamentales de los ciudadanos (en particular, la competencia de los tribunales militares para juzgar a los civiles). Como en Francia, la actividad del parlamento conoció un eclipse significativo por todo el tiempo que duró la guerra. Que se trataba, sin embargo, incluso para Inglaterra, de un proceso que ocurría más allá de la emergencia bélica, lo atestigua la aprobación –el 29 de octubre de 1920, en una situación de huelgas y tensiones sociales– del *Emergency Powers Act*. El artículo I afirma, de hecho: “Toda vez que parezca a Su Majestad que haya sido emprendida, o esté a punto de serlo, una acción por parte de una persona o grupo de personas de tal naturaleza y en escala tal que pueda presumirse que, interfiriendo con la provisión de alimento, agua, combustible o luz o bien con los medios de transporte, privará a la comunidad o a una parte de ella de aquello que es necesario para la vida, Su Majestad puede con una proclama (de

aquí en más mencionada como proclamación de emergencia) declarar que existe un estado de emergencia”. El artículo 2 de la ley atribuía a *His Majesty in Council* el poder de emanar reglamentos y de conferir al ejecutivo “todo poder necesario para el mantenimiento del orden”, introduciendo tribunales especiales (*courts of summary jurisdiction*) para los transgresores. Aun si las penas que estos tribunales aplicaban no podían exceder los tres meses de cárcel (“con o sin trabajos forzados”), el principio del estado de excepción había sido introducido sólidamente en el derecho inglés.

El lugar –a la vez lógico y pragmático– de una teoría del estado de excepción en la constitución norteamericana está en la dialéctica entre los poderes del presidente y los del Congreso. Esta dialéctica ha estado determinada históricamente –y en un modo ejemplar ya a partir de la guerra civil– como conflicto en torno a la autoridad suprema en una situación de emergencia; en términos schmittianos (y esto es ciertamente significativo en un país que está considerado como la cuna de la democracia), como conflicto sobre la decisión soberana.

La base textual del conflicto está, ante todo, en el artículo I de la Constitución, que establece que “el privilegio del *writ* de *habeas corpus* no será suspendido, excepto que, en caso de rebelión o de invasión, la seguridad pública [*public safety*] lo requiera”, pero no precisa cuál es la autoridad competente para decidir la suspensión (aun cuando la opinión prevaleciente y el contexto mismo del pasaje permiten suponer que la cláusula se refiere al Congreso y no al presidente). El segundo punto conflictivo está en la relación entre un pasaje y otro del mismo

artículo I (que sanciona que al Congreso le corresponde el poder de declarar la guerra y de enrolar y mantener el ejército y la marina) y el artículo 2, que afirma que “el presidente será comandante en jefe [*commander in chief*] del ejército y de la marina de los Estados Unidos”.

Estos dos problemas entran en su umbral crítico con la guerra civil (1861-65). El 15 de abril de 1861, contradiciendo el dictado del artículo I, Lincoln decretó el enrolamiento de un ejército de 75.000 hombres y convocó al Congreso en sesión especial para el 4 de julio. En las diez semanas que transcurrieron entre el 15 de abril y el 4 de julio, Lincoln actuó de hecho como un dictador absoluto (en su libro *La dictadura*, Schmitt puede por lo tanto mencionarlo como ejemplo perfecto de dictadura comisarial: cfr. 1921, p. 136 [trad. cast. p. 181]). El 27 de abril, en una decisión técnicamente aún más significativa, él autorizó al jefe de Estado mayor del ejército a suspender el *writ* de *habeas corpus* cada vez que lo considerara necesario todo a lo largo de las vías de comunicación entre Washington y Filadelfia, donde se habían verificado desórdenes. La decisión presidencial autónoma de medidas extraordinarias continuó incluso después de la convocatoria al Congreso (así, el 14 de febrero de 1862, Lincoln impuso una censura sobre el correo y autorizó el arresto y la detención en cárceles militares de las personas sospechosas de “prácticas desleales y traidoras”).

En el discurso dirigido al Congreso finalmente reunido el 4 de julio, el presidente justificó abiertamente el haber operado como quien detentaba un poder supremo de violar la constitución en una situación de necesidad. Las medidas que había adoptado —declaró— “fueran o no legales en sentido estricto”,

habían estado decididas “bajo la presión de un reclamo popular y de un estado de pública necesidad” en la certeza de que el Congreso la habría ratificado. En la base de esas decisiones estaba la convicción de que inclusive la ley fundamental podía ser violada, si estuviera en juego la existencia misma de la unión y del orden jurídico (“todas las leyes excepto una podrían ser transgredidas, pero ¿el gobierno mismo debería caer en la ruina con tal de no violar aquella ley?”) (Rossiter, 1948, p. 229).

Se da por descontado que, en una situación de guerra, el conflicto entre el presidente y el Congreso es esencialmente teórico: de hecho, el Congreso, si bien era perfectamente consciente de que las competencias constitucionales estaban siendo transgredidas, no podía más que ratificar —como hizo el 6 de agosto de 1861— lo realizado por el presidente. Fortalecido por esta aprobación, el 22 de septiembre de 1862 el presidente proclamó sobre su sola autoridad la emancipación de los esclavos, y dos días después generalizó el estado de excepción en todo el territorio de los Estados Unidos, autorizando el arresto y el proceso frente a cortes marciales de “todo rebelde e insurrecto, de sus cómplices y sostenedores en todo el país y de cualquier persona que desalentare el enrolamiento voluntario, se resistiere a la leva o fuere encontrada culpable de prácticas desleales que pudiesen brindar ayuda a los insurrectos”. El presidente de los Estados Unidos era ya quien detentaba la decisión soberana sobre el estado de excepción.

Según los historiadores norteamericanos, el presidente Woodrow Wilson concentró en su persona durante la Primera Guerra Mundial poderes incluso más amplios que aquellos que se había arrogado Abraham Lincoln. Cabe precisar no obstante que, en lugar

de ignorar, como Lincoln, al Congreso, prefirió hacer que éste le delegara de vez en cuando los poderes en cuestión. En este sentido, su praxis de gobierno está mucho más cerca de la que debía prevalecer en esos años en Europa, o de aquella praxis actual que, antes que declarar el estado de excepción, prefiere la emanación de leyes excepcionales. En todo caso, desde 1917 hasta 1918 el Congreso aprobó una serie de *Acts* (desde el *Espionage Act* de junio de 1917 hasta el *Overman Act* de mayo de 1918) que atribuían al presidente el completo control de la administración del país y prohibían no sólo las actividades desleales (como la colaboración con el enemigo y la difusión de noticias falsas), sino que también vetaban el “proferir voluntariamente, imprimir o publicar cualquier discurso desleal, impío, procaz o engañoso”.

Desde el momento en que el poder soberano del presidente se fundaba esencialmente sobre la emergencia ligada a un estado de guerra, la metáfora bélica se convirtió en el curso del siglo XX en parte integrante del vocabulario político presidencial cada vez que se trataba de imponer decisiones consideradas de vital importancia. Franklin D. Roosevelt llegó así a asumir en 1933 poderes extraordinarios para afrontar la gran depresión, presentando su acción como la de un comandante durante una campaña militar: “Asumo sin dudas la guía del gran ejército de nuestro pueblo para conducir un ataque disciplinado a nuestros problemas comunes (...). Estoy dispuesto a comandar según mis deberes constitucionales todas las medidas que requiere una nación golpeada en un mundo golpeado (...). En el caso de que el Congreso falle en adoptar las medidas necesarias y si la emergencia nacional continuara, no me sustraeré a la clara exigencia de los deberes a los cuales me enfrento. Pediré al

Congreso el único instrumento que queda para enfrentar la crisis: amplios poderes ejecutivos para emprender una guerra contra la emergencia [*to wage war against the emergency*], tan amplios como los poderes que me serían atribuidos si fuésemos invadidos por un enemigo externo” (Roosevelt, 1938, p. 16).

Conviene no olvidar que –según el paralelismo ya mencionado entre emergencia militar y emergencia económica que caracteriza a la política del siglo XX– el New Deal se realizó desde el punto de vista constitucional a través de la delegación (contenida en una serie de *Statutes* que culminan en el *National Recovery Act* del 16 de junio de 1933) al presidente de un poder ilimitado de reglamentación y de control sobre cada aspecto de la vida económica del país.

El estallido de la Segunda Guerra Mundial extendió estos poderes con la proclamación de una emergencia nacional “limitada” el 8 de septiembre de 1939, que devino ilimitada el 27 de mayo de 1941 después de Pearl Harbor. El 7 de septiembre de 1941, pidiendo al Congreso la derogación de una ley en materia económica, el presidente Roosevelt renovó su pretensión de poderes soberanos ante la emergencia: “En el caso de que el Congreso no actúe, o no actúe adecuadamente, asumiré yo mismo la responsabilidad de la acción (...). El pueblo norteamericano puede estar seguro de que no dudaré en usar cada uno de los poderes con los que he sido investido para vencer a nuestros enemigos en toda parte del mundo en la cual nuestra seguridad lo requiera” (Rossiter, 1948, p. 269). La más espectacular violación de los derechos civiles (y tanto más grave, porque estaba motivada únicamente por motivos raciales) se verificó el 19 de febrero de 1942 con la deportación de 70.000 ciudadanos norteamericanos de origen japonés que vivían en la costa occidental

(junto a 40.000 ciudadanos japoneses que allí vivían y trabajaban).

Es en la perspectiva de esta reivindicación de los poderes soberanos del presidente en una situación de emergencia como debemos considerar la decisión del presidente George Bush de referirse constantemente a sí mismo, después del 11 de septiembre de 2001, como el *Commander in chief of the army*. Si, como hemos visto, la asunción de este título implica una referencia inmediata al estado de excepción, Bush está buscando producir una situación en la cual la emergencia devenga la regla y la distinción misma entre paz y guerra (y entre guerra externa y guerra civil mundial) resulte imposible.

1.8 A la diversidad de las tradiciones jurídicas corresponde, en la doctrina, la división entre aquellos que buscan incluir el estado de excepción en el ámbito del ordenamiento jurídico y aquellos que lo consideran externo a éste, es decir, como un fenómeno esencialmente político o, en todo caso, extrajurídico. Entre los primeros, algunos, como Santi Romano, Hauriou, Mortati, conciben el estado de excepción como parte integrante del derecho positivo, porque la necesidad que lo funda actúa como fuente autónoma del derecho; otros, como Hoerni, Ranelletti, Rossiter, lo entienden como un derecho subjetivo (natural o constitucional) del Estado a la propia conservación. Los segundos –Biscaretti, Ballardore-Pallieri, Carré de Malberg– consideran en cambio el estado de excepción y la necesidad que lo funda como elementos de hecho sustancialmente extrajurídicos, aun si pueden, eventualmente, tener consecuencias en el ámbito

del derecho. Julius Hatschek ha resumido las diversas posiciones en la contraposición entre una *objektive Notstandstheorie*, según la cual cada acto realizado en estado de necesidad por fuera o en contraste con la ley es contrario al derecho y, como tal, jurídicamente imputable, y una *subjektive Notstandstheorie*, según la cual el poder excepcional se funda “sobre un derecho constitucional o preconstitucional (natural)” del Estado (Hatschek, 1923, pp. 158 y ss.), respecto del cual la buena fe es suficiente para garantizar la inmunidad.

La simple oposición topográfica (dentro/ fuera) implícita en estas teorías parece insuficiente para dar razón al fenómeno que debería explicar. Si lo propio del estado de excepción es una suspensión (total o parcial) del ordenamiento jurídico, ¿cómo puede tal suspensión estar comprendida en el orden legal? ¿Cómo puede una anomía estar inscrita en el orden jurídico? Y si el estado de excepción es, en cambio, solamente una situación de hecho, y como tal extraña o contraria a la ley, ¿cómo es posible que el ordenamiento contenga una laguna precisamente en lo que concierne a la situación decisiva? ¿Y cuál es el sentido de esta laguna?

En verdad, el estado de excepción no es ni externo ni interno al ordenamiento jurídico, y el problema de su definición concierne precisamente a un umbral, o a una zona de indiferenciación, en el cual dentro y fuera no se excluyen sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición, y la zona de anomía que ella instaura no está (o al menos pretende no estar) totalmente escindida del orden jurídico. De aquí el interés de aquellas teorías que, como la de Schmitt, complican la oposición topográfica en una más compleja relación topológica, en donde está en cuestión el límite

mismo del ordenamiento jurídico. En todo caso, la comprensión del problema del estado de excepción presupone una correcta determinación de su localización (o ilocalización). Como veremos, el conflicto sobre el estado de excepción se presenta esencialmente como una disputa sobre el *locus* que le compete.

1.9 Una opinión recurrente ubica en el fundamento del estado de excepción el concepto de necesidad. Un adagio latino tenazmente repetido –está todavía por escribirse una historia de la función estratégica de los *adagia* en la literatura jurídica–, *necessitas legem non habet*, “la necesidad no tiene ley”, suele ser entendido en sus dos sentidos opuestos: “la necesidad no reconoce ley alguna” y “la necesidad crea su propia ley” (*nécessité fait loi*). En ambos casos, la teoría del estado de excepción se disuelve integralmente en la teoría del *status necessitatis*, de modo que el juicio sobre la subsistencia de éste agota el problema de la legitimidad de aquél. Un estudio acerca de la estructura y del significado del estado de excepción presupone, de hecho, un análisis del concepto jurídico de necesidad.

El principio según el cual *necessitas legem non habet* ha encontrado su formulación en el *Decretum* de Graciano, donde aparece dos veces: una primera vez en la glosa, y una segunda en el texto. La glosa (que se refiere a un pasaje en el cual Graciano se limita genéricamente a afirmar que “muchas cosas por necesidad o por cualquier otra causa son cumplidas contra la regla”, *pars I, dist. 48*) parece atribuir a la necesidad el poder de volver lícito lo ilícito (*si propter necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem*

*non habet*). Pero en qué sentido debe entenderse esto se comprende mejor en el siguiente texto de Graciano (*pars III, dist. I, cap. II*), referido a la celebración de la misa. Después de precisar que el sacrificio debe ser ofrecido sobre un altar o sobre un lugar consagrado, añade: “Es preferible no cantar ni escuchar la misa a celebrarla en los lugares donde no debe celebrársela; a menos que esto sea así por una necesidad suprema, porque la necesidad no tiene ley” (*nisi pro summa necessitate contingat, quoniam necessitas legem non habet*). Más que volver lícito lo ilícito, la necesidad actúa aquí como justificación de una transgresión en un caso singular y específico a través de una excepción.

Esto es evidente en el modo en el cual Santo Tomás despliega y complementa este principio en la *Summa theologica*, precisamente en relación al poder del príncipe de dispensar la ley: (*Prima secundæ, q. 96, art. 6: utrum ei qui subditur legi, liceat praeter verba legis agere*): “Si la observancia de la ley según las palabras no implica un peligro inmediato, al cual sea necesario poner rápido remedio, no está en el poder de un hombre cualquiera interpretar qué cosa es útil o nociva para la ciudad; esto es competencia exclusiva del príncipe, que en un caso así tiene la autoridad de dispensar la ley. Si se trata, sin embargo, de un peligro imprevisto, con respecto al cual no existe tiempo de recurrir a un superior, la misma necesidad lleva consigo una dispensa, en tanto la necesidad no se somete a la ley [*ipsa necessitas dispensationem habet annexam, quia necessitas non subditur legi*]”.

La teoría de la necesidad no es otra cosa que una teoría de la excepción (*dispensatio*), en virtud de la cual un caso singular es sustraído a la obligación de observar la ley. La necesidad no es fuente de ley ni tampoco suspende, en sentido propio, la ley; se

limita a sustraer un caso singular a la aplicación literal de la norma: “Aquel que en el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no emite juicio desde la ley, sino desde el caso singular en el cual ve que las palabras de la ley no deben ser observadas [*non iudicat de ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*]”. El fundamento último de la excepción no es aquí la necesidad, sino el principio según el cual “toda ley está ordenada para la salvación común de los hombres, y sólo por esto tiene fuerza y razón de ley [*vim et rationem legis*]; si no sirve a este fin, no tiene eficacia obligatoria [*virtutem obligandi non habet*]”. En el caso de necesidad, la *vis obligandi* de la ley decae, porque el fin de la *salus hominum* resulta faltar. Es evidente que no se trata aquí de un *status*, de una situación del orden jurídico en tanto tal (el estado de excepción o de necesidad), sino siempre de un caso único, en el cual *vis* y *ratio* de la ley no encuentran aplicación.

⌘ Un caso de desaplicación de la ley *ex dispensatione misericordiae* se encuentra en Graciano en un pasaje singular en el cual se afirma que la Iglesia puede omitir la sanción de una transgresión en caso de que el hecho transgresivo haya ya ocurrido (*pro eventu rei*: por ejemplo, en el caso de que una persona que no podía acceder al episcopado haya sido ya de hecho consagrada obispo). Aquí, paradójicamente, la ley no se aplica porque el acto transgresor ha sido en efecto ya cumplido y su sanción implicaría consecuencias negativas para la Iglesia. Analizando este texto, Anton Schütz ha observado con razón que “en conditionnant la validité par la facticité, en cherchant le contact avec un réel extrajuridique, il [Gratien] empêche le droit de ne se référer qu’au droit, et prévient ainsi la clôtura du système juridique” (Schütz, 1995, p. 120).

La excepción medieval representa en este sentido una apertura del sistema jurídico a un hecho externo, una suerte de *fictio legis* según la cual, ante el caso específico, se hace como si la elección del obispo hubiese sido legítima. El estado de excepción moderno es, en cambio, un intento de incluir la propia excepción en el orden jurídico, creando una zona de indistinción en la cual coinciden hecho y derecho.

⌘ Una crítica implícita al estado de excepción se encuentra en *De Monarchia*, de Dante. Intentando probar que Roma obtiene el dominio sobre el mundo no a través de la violencia, sino *iure*, Dante afirma de hecho que es imposible obtener el fin del derecho (esto es, el bien común) sin el derecho y que, por lo tanto, “todo aquel que se propone alcanzar el fin del derecho, debe proceder con el derecho [*quicumque finem iuris intendit cum iure graditur*]” (II, 5, 22). La idea de que una suspensión del derecho pueda ser necesaria al bien común es extraña al mundo medieval.

1.10 Es recién con los modernos que el estado de necesidad tiende a ser incluido en el orden jurídico y a presentarse como un verdadero y propio “estado” de la ley. El principio según el cual la necesidad define una situación singular en la que la ley pierde su *vis obligandi* (éste es el sentido del adagio *necessitas legem non habet*) se revierte en aquél según el cual la necesidad constituye, por así decir, el fundamento último y la surgente misma de la ley. Esto es verdadero no sólo para aquellos autores que se proponían justificar de este modo los intereses nacionales de un Estado contra otro (como en la fórmula *Non kennt kein Gebot*

usada por el canciller prusiano Bethmann-Hollweg y retomada en el libro homónimo de Josef Kohler [1915]), sino también por aquellos juristas, desde Jellinek hasta Duguit, que ven en la necesidad el fundamento de la validez de los decretos con fuerza de ley emanados por el ejecutivo en el estado de excepción.

Es interesante analizar desde esta perspectiva la posición extrema de Santi Romano, un jurista que ha ejercido una notable influencia sobre el pensamiento jurídico europeo de entreguerras, y que concibe la necesidad no solamente como no extraña al ordenamiento jurídico, sino como fuente primera y originaria de la ley. Romano comienza distinguiendo entre aquellos que ven en la necesidad un hecho jurídico o, inclusive, un derecho subjetivo del Estado que, como tal, se funda en último análisis en la legislación vigente y en los principios generales del derecho, y aquellos que piensan que es un mero hecho y que, por lo tanto, los poderes excepcionales que sobre ella se fundan no tienen base alguna en el sistema legislativo. Ambas posiciones, que coinciden en identificar el derecho con la ley, están, según Romano, erradas en la medida en que desconocen la existencia de una verdadera y propia fuente del derecho más allá de la legislación. “La necesidad de la cual nos ocupamos debe concebirse como una condición de cosas que, al menos en regla y de un modo completo y prácticamente eficaz, no puede ser disciplinada por normas precedentemente establecidas. Pero si ella no tiene ley, hace la ley, como dice otra expresión usual; lo cual significa que constituye por sí misma una verdadera y propia fuente de derecho [...]. La necesidad se puede decir que es la fuente primera y originaria de todo el derecho, de modo que a su respecto las otras deben considerarse en cierto

modo derivadas [...]. Y en la necesidad debe rastrearse el origen y la legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir el Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando éste es instaurado como un procedimiento de facto, por ejemplo por la vía de una revolución. Y aquello que se verifica en el momento inicial de un determinado régimen puede incluso repetirse, si bien de modo excepcional y con características más atenuadas, aunque éste haya ya formado y regulado sus instituciones fundamentales” (Romano, 1909; ed. 1990, p. 362).

El estado de excepción, en cuanto figura de la necesidad, se presenta así—junto con la revolución y la instauración de facto de un ordenamiento constitucional— como una disposición “ilegal” pero perfectamente “jurídica y constitucional”, que se concreta en la producción de nuevas normas (o de un nuevo orden jurídico): “La fórmula [...] según la cual el estado de sitio sería, en el derecho italiano, una disposición contraria a la ley, digamos bien ilegal, pero al mismo tiempo conforme al derecho positivo no escrito, y por eso jurídica y constitucional, parecería ser la fórmula más exacta y conveniente. Que la necesidad pueda vencer la ley deriva de su propia naturaleza, y de su carácter originario, ya sea desde el punto de vista lógico como histórico. Ciertamente la ley ha devenido ya la manifestación más culminante y general de la norma jurídica, pero se exagera cuando se quiere extender su dominio más allá del campo que le es propio. Hay normas que no pueden escribirse o no es oportuno que sean escritas; hay otras que no pueden determinarse sino cuando se verifica la eventualidad en la cual deben servir” (*ibid.* p. 364).

El gesto de Antígona, que oponía al derecho escrito los *ágrapha nómina*, es aquí invertido y se lo hace valer en defensa

del orden constituido. Pero en el año 1944, cuando en su país estaba ya en curso una guerra civil, el viejo jurista (que antes se había ocupado de la instauración de facto de ordenamientos constitucionales) vuelve a pensar el problema de la necesidad, esta vez en relación con la revolución. Si la revolución es ciertamente un estado de facto, que “no puede ser regulado en su procedimiento por aquellos poderes estatales que ella tiende a subvertir y a destruir”, y es, en este sentido, por definición, “antijurídico, inclusive cuando es justo” (Romano, 1983, p. 222), ella puede sin embargo aparecer como tal sólo “en relación al derecho positivo del Estado contra el cual se alza, pero esto no quita que, desde el punto de vista bien diferente desde el cual ella se califica a sí misma, es un movimiento ordenado y regulado por su propio derecho. Lo que también quiere decir que es un ordenamiento que debe clasificarse en la categoría de los ordenamientos jurídicos originarios, en el sentido ya mencionado que se atribuye a esta expresión. En tal sentido, y limitadamente a la esfera que se ha indicado, se puede por lo tanto hablar de un derecho a la revolución. Un examen de los desarrollos que han tenido las revoluciones más importantes, comprendidas las recientes y recientísimas, sería de gran interés para la demostración de la tesis que hemos propuesto y que a primera vista podría parecer paradójica: la revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada” (*ibid.* p. 224).

El *status necessitatis* se presenta así, tanto en la forma del estado de excepción como en la de la revolución, como una zona ambigua e incierta en la cual los procedimientos de facto, en sí mismos extra o antijurídicos, pasan a ser derecho, y las normas jurídicas se indeterminan en mero facto; un umbral,

por lo tanto, en el cual hecho y derecho se vuelven indecidibles. Si se ha dicho con eficacia que, en el estado de excepción, el hecho se convierte en derecho (“la urgencia es un estado de facto, pero aquí se presenta la cuestión: *e facto oritur ius*” [Arangio-Ruis, 1913; ed. 1972, p. 582]), también es verdad lo contrario, y por lo tanto, que actúa en él un movimiento inverso, por el que el derecho es suspendido y obliterado en hecho. Lo esencial es, en todo caso, la producción de un umbral de indecidibilidad en el cual *ius* y *factum* se confunden el uno con el otro.

De aquí las aporías por las cuales cualquier intento de definir la necesidad no termina de alcanzar su objetivo. Si la disposición de necesidad es ya norma jurídica y no simple hecho, ¿por qué debe ser ratificada y aprobada a través de la ley, como Santi Romano (y la mayoría de los autores con él) considera indispensable? Si es ya derecho, ¿por qué caduca si no es aprobada por los órganos legislativos? Y si en cambio no es tal, sino simple hecho, ¿cómo puede ser que los efectos jurídicos de la ratificación corran no desde el momento de la conversión en ley sino *ex tunc* (Duguit hace notar con razón que la retroactividad es una ficción y que la ratificación puede producir sus efectos sólo desde el momento en que adviene [Duguit, 1930, p. 754])?

Pero la aporía extrema, donde naufraga en última instancia toda la teoría del estado de necesidad, concierne a la naturaleza misma de la necesidad, que los autores continúan pensando más o menos inconscientemente como una situación objetiva. Contra esta concesión ingenua, que presupone una pura factualidad que ella misma ha puesto en cuestión, cabe rever las críticas de aquellos juristas que muestran cómo la necesidad, lejos de presentarse como un dato objetivo, implica con toda evidencia un

juicio subjetivo; y que obviamente sólo son necesarias y excepcionales aquellas circunstancias que son declaradas como tales. “El de necesidad es un concepto totalmente subjetivo, relativo al objetivo que se quiere alcanzar. Podrá decirse que la necesidad dicta la emanación de una determinada norma, porque de otro modo el orden jurídico existente se ve amenazado; pero para decir esto es preciso acordar en que el orden existente debe ser conservado. Podrá de un modo revolucionario proclamarse la necesidad de una norma nueva que anule instituciones vigentes contrarias a las nuevas exigencias; pero es preciso estar de acuerdo en que el orden vigente va a ser perturbado en vistas a nuevas exigencias. En un caso y en el otro [...] el recurso a la necesidad implica una valoración moral o política (o, como sea, extrajurídica) por la cual se juzga el orden jurídico y se lo considera digno de conservación o de potenciamiento aun al precio de su eventual violación. El principio de la necesidad es, por lo tanto, siempre, en todos los casos, un principio revolucionario” (Balladore-Pallieri, 1970, p. 168).

El intento de resolver el estado de excepción en el estado de necesidad se encuentra de este modo con tantas y aun más graves aporías que las que presentaba el fenómeno que habría debido explicar. No sólo la necesidad se reduce en última instancia a una decisión, sino que aquello sobre lo cual ella decide es, en verdad, un indecible de hecho y de derecho.

✎ Con toda probabilidad, Schmitt, que se refiere otras veces a Santi Romano en sus propios escritos, conocía su intento de fundar el estado de excepción en la necesidad como fuente originaria del derecho. Su teoría de la soberanía como decisión sobre la excepción otorga al *Notstand* un rango verdaderamen-

te fundamental, sin duda comparable con aquel que le otorgaba Romano, que hacía de ella la figura originaria del orden jurídico. Schmitt comparte también con Romano la idea de que el derecho no se agota en la ley (no es casual que cite a Romano precisamente en el contexto de su crítica al *Rechtsstaat* liberal); pero mientras el jurista italiano identifica sin residuos Estado y derecho y niega, por ende, toda relevancia jurídica al concepto de poder constituyente, Schmitt ve en el estado de excepción precisamente el movimiento por el cual Estado y derecho muestran su irreductible diferencia (en el estado de excepción, “el Estado continúa existiendo, mientras que el derecho pasa a un segundo término”, Schmitt, 1922, p. 39 [trad. cast. p. 27]) y puede así fundar en el *pouvoir constituant* la figura extrema del estado de excepción: la dictadura soberana.

1.11 Según algunos autores, en el estado de necesidad “el juez elabora un derecho positivo de crisis, así como en tiempos normales, colma las lagunas del derecho” (Mathiot, 1956, p. 424). De este modo, el problema del estado de excepción es puesto en relación con un problema de particular interés en la teoría jurídica, el de las lagunas en el derecho. Al menos a partir del artículo 4 del Código Napoleónico (“El juez que rechace juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido en tanto culpable de negación de justicia”), en la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos el juez tiene la obligación de pronunciar el juicio incluso en presencia de una laguna de la ley. En analogía con el principio según el cual la ley puede tener lagunas, pero el derecho no las

admite, el estado de necesidad es así interpretado como una laguna del derecho público a la cual el poder ejecutivo tiene la obligación de poner remedio. Un principio que corresponde al poder judicial es extendido de este modo al poder ejecutivo.

¿Pero en qué consiste, mirándolo bien, la laguna que está en cuestión aquí? ¿Existe realmente algo así como una laguna en sentido propio? La laguna no concierne aquí a una carencia en el texto legislativo, que debe ser completada por el juez; concierne sobre todo a una *suspensión* del ordenamiento vigente para garantizar su existencia. **Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objetivo de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación normal. La laguna no es interna a la ley, sino que tiene que ver con su relación con la realidad, la posibilidad misma de su aplicación. Es como si el derecho contuviese una fractura esencial que se sitúa entre la posición de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo, puede ser colmada solamente a través del estado de excepción, esto es, creando una zona en la cual la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor.**

## 2. FUERZA-DE-~~LEY~~

2.1 El intento más riguroso de construir una teoría del estado de excepción es obra de Carl Schmitt, esencialmente en *La dictadura* y un año después, en *Teología política*. En la medida en que estos dos libros, editados al comienzo de los años veinte, describen, con una profecía por así decir interesada, un paradigma (una “forma de gobierno” [Schmitt, 1921, p. 151]) que no sólo ha permanecido vigente sino que también ha alcanzado hoy su completo desarrollo, es necesario exponer en este punto las tesis fundamentales de la doctrina schmittiana del estado de excepción.

Para empezar, algunas observaciones de orden terminológico. En el libro de 1921, el estado de excepción es presentado a través de la figura de la dictadura. Ésta, que comprende en sí el estado de sitio, es sin embargo esencialmente “estado de excepción” y, en cuanto se presenta como una “suspensión del derecho”, se reduce al problema de la definición de una “excepción concreta [...]”, un problema que hasta ahora no ha sido tomado en debida consideración por la doctrina general del derecho” (*ibíd.*, p. XVII [trad. cast. p. 28]). En relación con la dictadura, en cuyo contexto el estado de excepción ha sido de este modo inscripto, Schmitt distingue luego entre “dictadura comisarial”, que tiene el objeto de defender o restaurar la constitución vigente, y “dictadura soberana”, en la cual, como figura de la excepción, ella alcanza por así

decir su masa crítica o su punto de fusión. Así, en la *Teología política*, los términos “dictadura” y “estado de sitio” pueden desaparecer y, en su lugar, los reemplaza el estado de excepción (*Ausnahmezustand*), mientras el énfasis se corre, al menos en apariencia, de la definición de la excepción a la de la soberanía. La estrategia de la doctrina schmittiana es, por lo tanto, una estrategia a dos tiempos, de la cual será necesario comprender con claridad sus articulaciones y objetivos.

Telos de la teoría es, en ambos libros, la inscripción del estado de excepción en un contexto jurídico. Schmitt sabe perfectamente que el estado de excepción, en cuanto actúa “una suspensión del entero orden jurídico” (Schmitt, 1922, p. 18 [trad. cast. p. 27]), parece “sustraerse a cualquier consideración de derecho” (Schmitt, 1921, p. 137 [trad. cast. p. 183]) y que más bien “en su consistencia factual y, por ende, en su sustancia íntima, él no puede acceder a la forma del derecho” (*ibid.*, p. 175). Sin embargo, para él es en todo caso esencial que esté asegurada alguna relación con el orden jurídico: “la dictadura, ya sea comisarial o soberana, implica una referencia a un contexto jurídico” (*ibid.*, p. 139 [trad. cast. p. 185]); “El estado de excepción es siempre algo bien diferente de la anarquía y del caos y, en sentido jurídico, en él existe todavía un orden, inclusive si no es un orden jurídico” (Schmitt, 1922; pp. 18 y ss. [trad. cast. pp. 27 y ss.]).

La contribución específica de la teoría schmittiana es precisamente la de hacer posible tal articulación entre estado de excepción y orden jurídico. Se trata de una articulación paradójica, porque aquello que debe ser inscripto en el derecho es algo esencialmente exterior a él, esto es, nada menos

que la suspensión del propio orden jurídico (de aquí la formulación aporética: “En sentido jurídico [...] existe todavía un orden, aun si no es un orden jurídico”).

El operador de esta inscripción de un afuera del derecho es, en *La dictadura*, la distinción entre normas del derecho y normas de realización del derecho (*Rechtsverwirklichung*) para la dictadura comisarial, y aquella entre poder constituyente y poder constituido para la dictadura soberana. La dictadura comisarial, de hecho, en cuanto “suspende *in concreto* la constitución para proteger la misma constitución en su existencia concreta” (Schmitt, 1921, p. 136 [trad. cast. p. 181]) tiene en última instancia la función de crear un estado de cosas que “consienta la aplicación del derecho” (*ibid.*). En ella la constitución puede ser suspendida en cuanto a su aplicación “sin cesar en ello de permanecer en vigor, porque la suspensión significa únicamente una excepción concreta” (*ibid.* p. 137 [trad. cast. p. 182]). Sobre el plano de la teoría la dictadura comisarial se deja así subsumir integralmente en la distinción entre norma y reglas técnico-prácticas que preceden a su actuación.

Distinta es la situación de la dictadura soberana, que no se limita a sostener una constitución vigente “sobre la base de un derecho en ella contemplado y, por lo tanto, él mismo constitucional”, sino que busca sobre todo crear un estado de cosas en el cual devenga posible imponer una nueva constitución. El operador que permite anclar el estado de excepción al orden jurídico es, en este caso, la distinción entre poder constituyente y poder constituido. El poder constituyente no es, sin embargo, “una pura y simple cuestión de fuerza”; es, sobre todo, “un poder que, a pesar de no estar constituido en virtud de una constitución,

tiene con cualquier constitución vigente un nexo tal que aparece como poder fundante [...] un nexo tal que no puede ser negado ni siquiera en caso de que la constitución vigente lo niegue” (*ibid.*). Si bien jurídicamente “informe” (*formlos*), representa “un mínimo de constitución” (*ibid.* p. 145 [trad. cast. p. 193]) inscripto en cada acción políticamente decisiva y está, por lo tanto, en condiciones de asegurar incluso para la dictadura soberana la relación entre estado de excepción y orden jurídico.

Aquí se muestra con claridad por qué Schmitt puede presentar en el prefacio la “capital distinción entre dictadura comisarial y dictadura soberana” como el “resultado sustancial del libro” que hace el concepto de dictadura “finalmente accesible para su tratamiento por la ciencia del derecho” (*ibid.*, p. XVIII [trad. cast. p. 28]). Aquello que Schmitt tenía ante sus ojos era, de hecho, una “confusión” y una “combinación” entre las dos dictaduras que no se cansa de denunciar (*ibid.*, p. 215 [trad. cast. pp. 223 y ss.]). Pero tanto la teoría como la práctica leninista de la dictadura del proletariado como la progresiva exacerbación del uso del estado de excepción en la República de Weimar no eran una figura de la vieja dictadura comisarial, sino algo nuevo y más extremo, que amenazaba con poner en cuestión la consistencia misma del orden jurídico-político y cuya relación con el derecho se trataba justamente para Schmitt de salvar a toda costa.

En *Teología política*, el operador de la inscripción del estado de excepción en el orden jurídico es, en cambio, la distinción entre dos elementos fundamentales del derecho: la norma (*Norm*) y la decisión (*Entscheidung*, *Dezision*), distinción que ya estaba anunciada en el libro de 1912 *Gesetz und Urteil*. El estado de excepción, suspendiendo la norma,

“revela (*offenbart*) en absoluta pureza un elemento formal específicamente jurídico: la decisión” (Schmitt, 1922, p. 19 [trad. cast. p. 28]). Los dos elementos, norma y decisión, muestran así su autonomía. “Así como, en el caso normal, el momento autónomo de la decisión puede ser reducido a un mínimo, en el caso de excepción, la norma se destruye [*vernichtet*]. No obstante, el caso de excepción aún permanece accesible al análisis jurídico, porque ambos elementos, tanto la norma como la decisión, permanecen en el ámbito de lo jurídico [*im Rahmen des Juristischen*]” (*ibid.*).

Se comprende, llegados aquí, por qué en *Teología política* la teoría del estado de excepción puede ser presentada como doctrina de la soberanía. El soberano, que tiene el poder de decidir sobre el estado de excepción, garantiza el anclaje al orden jurídico. Pero precisamente en la medida en que la decisión concierne aquí a la anulación misma de la norma; en tanto, es decir, el estado de excepción representa la inclusión y la captura de un espacio que no está ni afuera ni adentro (aquel que corresponde a la norma anulada y suspendida), “el soberano está fuera [*steht ausserhalb*] del orden jurídico normalmente válido, y sin embargo, pertenece [*gehört*] a él, porque es responsable por la decisión acerca de si la constitución puede ser suspendida *in toto*” (*ibid.* p. 13 [trad. cast. p. 24]).

*Estar-fuera y, sin embargo, pertenecer*: ésta es la estructura topológica del estado de excepción, y en la medida en que el soberano, que decide sobre la excepción, está en realidad lógicamente definido en su ser por ésta, puede también él estar definido por el oxímoron *éxtasis-pertenencia*.

⌘ Es a la luz de esta compleja estrategia de inscripción del estado de excepción en el derecho que debe observarse la relación entre *La dictadura* y *Teología política*. En general, juristas y filósofos de la política han enfocado su atención sobre todo en la teoría de soberanía contenida en el libro de 1922, sin darse cuenta de que ella adquiere su sentido exclusivamente sobre la base de la teoría del estado de excepción ya elaborada en *La dictadura*. El rango y la paradoja del concepto schmittiano de soberanía derivan, como hemos visto, del estado de excepción, y no viceversa. Y no es cierto que Schmitt haya definido primero, en el libro de 1921 y en artículos precedentes, la teoría y la praxis del estado de excepción y sólo en un segundo momento haya definido su teoría de la soberanía en la *Teología política*. Ésta representa sin duda el intento de anclar sin reservas el estado de excepción al orden jurídico; pero el intento no habría sido posible si el estado de excepción no hubiese estado previamente articulado en la terminología y en la conceptualización de la dictadura y, por así decir, “juridizado” a través de la referencia a la magistratura romana y luego gracias a la distinción entre normas del derecho y normas de realización.

2.2 La doctrina schmittiana del estado de excepción procede estableciendo, en el cuerpo del derecho, una serie de cesuras y de divisiones, cuyos extremos son irreductibles uno al otro, pero que a través de su articulación y oposición permiten funcionar a la máquina del derecho.

Veamos la oposición entre normas del derecho y normas de realización del derecho, entre la norma y su aplicación concreta. La

dictadura comisarial muestra que el momento de la aplicación es autónomo con respecto a la norma como tal, y que la norma “puede ser suspendida, sin cesar con ello de permanecer en vigencia” (Schmitt, 1921, p. 137 [trad. cast. p. 182]). Ella representa, por lo tanto, un estado de la ley en el cual ésta no se aplica, pero permanece vigente. La dictadura soberana, en cambio, en la cual la vieja Constitución no existe más y la nueva está presente en la forma “mínima” del poder constituyente, representa un estado de la ley en el cual ésta se aplica, pero no está formalmente en vigor.

Veamos ahora la oposición entre la norma y la decisión. Schmitt muestra que ellas son irreductibles, en el sentido de que la decisión no puede jamás ser deducida sin un resto (*restlos*) del contenido de una norma (Schmitt, 1922, p. 11 [trad. cast. p. 23]). En la decisión sobre el estado de excepción, la norma es suspendida o, inclusive, anulada; pero aquello que está en cuestión en esta suspensión es, una vez más, la creación de una situación que haga posible la aplicación de la norma (“se debe crear la situación en la cual puedan valer [*gelten*] normas jurídicas” [*ibid.* p. 19; trad. cast. p. 28]). El estado de excepción separa, de este modo, la norma de su aplicación, para hacer que esta última sea posible. Introduce en el derecho una zona de anomia para hacer posible la normación efectiva de lo real.

Podemos entonces definir el estado de excepción en la doctrina schmittiana como un lugar en el cual la oposición entre la norma y su actuación alcanza la máxima intensidad. Es un campo de tensiones jurídicas en el cual un mínimo de vigencia formal coincide con un máximo de aplicación real, y viceversa. Pero incluso en esta zona extrema y, más bien, precisamente en virtud de ella, los dos elementos del derecho muestran su íntima cohesión.

✗ La analogía estructural entre lenguaje y derecho es aquí iluminadora. Del mismo modo en que los elementos lingüísticos subsisten en la *langue* sin ninguna denotación real, ya que ellos la adquieren solamente cuando el discurso se pone en acto, en el estado de excepción la norma está vigente sin ninguna referencia a la realidad. Pero así como es precisamente a través de la presuposición de algo así como una lengua que la actividad lingüística concreta deviene inteligible, también es a través de la suspensión de la aplicación en el estado de excepción que la norma puede referirse a la situación normal.

Se puede decir, en general, que no sólo la lengua y el derecho sino todas las instituciones sociales se forman a través de un proceso de dessemantización y de suspensión de la praxis concreta en su inmediata referencia a lo real. Así como la gramática, produciendo un hablar sin denotación, ha aislado del discurso algo así como una lengua, y el derecho, suspendiendo el uso y los hábitos concretos de los individuos, ha podido aislar algo así como una norma, en todo ámbito el paciente trabajo de la civilización procede separando la praxis humana de su ejercicio concreto y creando de este modo ese exceso de la significación sobre la denotación que Lévi-Strauss reconoció antes que nadie. El significante excedente —este concepto guía de las ciencias humanas del siglo XX— corresponde, en este sentido, al estado de excepción, en el cual la norma está vigente sin ser aplicada.

2.3 En 1989, Jacques Derrida brinda en la Cardozo School of Law de Nueva York una conferencia con el título: *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*. La conferencia, que era en

verdad una lectura del ensayo benjaminiano *Para una crítica de la violencia*, suscitó un vasto debate tanto entre filósofos como entre juristas; pero es indicio no sólo de la completa separación entre cultura filosófica y cultura jurídica sino también de la decadencia de esta última el hecho de que nadie intentó analizar la fórmula, aparentemente enigmática, que daba título al texto.

El sintagma “fuerza de ley” tiene a sus espaldas una larga tradición en el derecho romano y medieval, donde (al menos a partir de *Dig. De legibus 1.3: legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire*) tiene el sentido genérico de eficacia, capacidad de obligar. Pero es solamente en la época moderna, en el contexto de la Revolución Francesa, que comienza a indicar el valor supremo de los actos estatales expresados por las asambleas representativas del pueblo. En el artículo 6 de la Constitución de 1791, *force de loi* designa así la intangibilidad de la ley aun frente al soberano, que no puede abolirla ni modificarla. En este sentido, la doctrina moderna distingue entre *eficacia* de la ley, que compete en modo absoluto a todo acto legislativo válido y consiste en la producción de los efectos jurídicos, y *fuerza de ley*, que es en cambio un concepto relativo, que expresa la posición de la ley o de los actos a ella equiparados respecto de los otros actos del ordenamiento que están dotados de fuerza superior a la ley (como es el caso de la constitución) o inferior a ella (los decretos y reglas emanados del ejecutivo) (Quadri, 1979, p. 10).

Es decisivo sin embargo que, en sentido técnico, el sintagma “fuerza de ley” se refiere, tanto en la doctrina moderna como en la antigua, no a la ley, sino a aquellos decretos —que poseen, precisamente, como se dice, fuerza de ley— que el poder ejecutivo puede estar autorizado en algunos

casos —y, particularmente, en el estado de excepción— a emanar. El concepto “fuerza-de-ley”, como término técnico del derecho, define, por lo tanto, una separación de la *vis obligandi* o de la aplicabilidad de la norma de su esencia formal, por la cual decretos, disposiciones y medidas que no son formalmente leyes adquieren no obstante la “fuerza”. Así, cuando en Roma el príncipe comienza a adquirir el poder de emanar actos que tienden siempre cada vez más a valer como leyes, la doctrina romana dice que estos actos tienen “vigor de ley” (Ulp. D. 1, 4, 1: *quod principi placuit legis habet vigorem*; con expresiones equivalentes, en las cuales la distinción formal entre leyes y Constitución del príncipe está subrayada, Gayo escribe *legis vicem obtineat* y Pomponio, *pro lege servatur*).

En nuestro tratado sobre el estado de excepción, hemos encontrado numerosos ejemplos de esta confusión entre actos del poder ejecutivo y actos del poder legislativo; esta confusión define más bien, como hemos visto, uno de los rasgos esenciales del estado de excepción. (El caso límite es el régimen nazi, en el cual, como Eichmann no se cansaba de repetir, “las palabras del Führer tienen fuerza-de-ley [*Gesetzeskraft*]”). Pero desde un punto de vista técnico, la contribución específica del estado de excepción no es tanto la confusión de los poderes, sobre lo cual se ha insistido ya suficientemente, sino el aislamiento de la “fuerza-de-ley” de la ley. Él define un “estado de la ley” en el cual, por un lado, la norma está vigente pero no se aplica (no tiene “fuerza”) y, por otro, actos que no tienen valor de ley adquieren la “fuerza”. En el caso extremo, 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). El estado de excepción es un espacio anómico en el que se pone en juego una fuerza-de-ley sin ley (que se debería, por lo tanto, escribir: fuerza-de-~~ley~~): Una “fuerza-de-~~ley~~” semejante, en la cual la potencia y el acto son separados radicalmente, es ciertamente algo así como un elemento místico o, sobre todo, una *fictio* a través de la cual el derecho busca anexarse la propia anomia. Pero cómo es posible pensar tal elemento “místico” y de qué modo actúa en el estado de excepción es exactamente el problema que es preciso intentar aclarar.

2.4 El concepto de aplicación es ciertamente una de las categorías más problemáticas de la teoría jurídica, y no sólo de ella. La cuestión ha sido puesta en un falso camino a través de la referencia a la doctrina kantiana del juicio como facultad de pensar lo particular como contenido en lo general. La aplicación de una norma sería según esta perspectiva un caso de juicio determinante, en el cual lo general (la regla) es un dato y se trata de subsumir a él el caso particular (en el juicio reflexionante, en cambio, dato es lo particular y se trata de encontrar la regla general). Inclusive si Kant era, en verdad, perfectamente consciente de la aporicidad del problema y de la dificultad de decidir en concreto entre los dos tipos de juicio (su doctrina del ejemplo como caso de una regla que no es posible enunciar es la prueba), el equívoco es que la relación entre caso y norma se presenta como una operación meramente lógica.

Una vez más, la analogía con el lenguaje es iluminadora: en la relación entre lo general y lo particular (tanto más en el caso de la aplicación de una norma jurídica) no está en cuestión solamente la subsunción lógica, sino sobre todo el pasaje de una proposición genérica dotada de una referencia meramente virtual a la referencia concreta a un segmento de la realidad (esto es, nada menos que el problema de la relación actual entre lenguaje y mundo). Este pasaje de la *langue* a la *parole* o de lo semiótico a lo semántico no es de ningún modo una operación lógica, sino que implica en cada caso una actividad práctica, es decir, la asunción de la *langue* por parte de uno o más sujetos hablantes y la efectuación de aquel dispositivo complejo que Benveniste ha definido como función enunciativa, y que muchas veces los especialistas en lógica tienden a subestimar. En el caso de la norma jurídica, la referencia al caso concreto supone un “proceso”, que implica siempre a una pluralidad de sujetos y culmina, en última instancia, en el pronunciamiento de una sentencia, esto es, de un enunciado cuya referencia operativa a la realidad está garantizada por los poderes institucionales.

Una correcta postulación del problema de la aplicación exige, por lo tanto, que ella sea transferida en forma preliminar del ámbito lógico al ámbito de la praxis. No solamente, como ha mostrado Gadamer (1960, pp. 360, 395), toda interpretación lingüística es siempre, en realidad, una aplicación que exige una operación eficaz (algo que la tradición de la hermenéutica teológica ha resumido en el lema propuesto por Johann A. Bengel en el prefacio a su edición del Nuevo Testamento: *te totum applica ad textum, rem totam applica ad te*), sino que en el caso del derecho es perfectamente evidente —y Schmitt ha acertado al teorizar sobre esta

evidencia— que la aplicación de una norma no está en modo alguno contenida en ella, ni tampoco puede ser deducida de ella, por que de haber sido así, no habría sido necesario crear todo el imponente edificio del derecho procesal. Como entre lenguaje y mundo, tampoco entre la norma y su aplicación hay ningún nexo interno que permita derivar inmediatamente una de la otra.

El estado de excepción es, en este sentido, la apertura de un espacio en el cual la aplicación y la norma exhiben su separación y una pura fuerza-de-~~ley~~actúa (esto es, aplica des-aplicando) una norma cuya aplicación ha sido suspendida. De este modo, la soldadura imposible entre norma y realidad, y la consiguiente constitución del ámbito normal, es operada en la forma de la excepción, esto es, a través de la presuposición de su nexo. Esto significa que para aplicar una norma se debe, en última instancia, suspender su aplicación, producir una excepción. En todo caso, el estado de excepción señala un umbral en el cual lógica y praxis se indeterminan y una pura violencia sin *logos* pretende actuar un enunciado sin ningún referente real.

### 3. *IUSTITIUM*

3.1 Existe un instituto del derecho romano que se puede considerar de alguna manera como el arquetipo del moderno *Ausnahmezustand* y que, sin embargo –o quizá precisamente por esto mismo– no parece haber recibido suficiente atención por parte de los historiadores del derecho y de los teóricos del derecho público: el *iustitium*. En la medida en que permite observar el estado de excepción en su forma paradigmática, nos serviremos aquí del *iustitium* como de un modelo en miniatura para intentar desanudar las aporías de las cuales la teoría moderna del estado de excepción no termina de deshacerse.

Cuando llegaba la noticia de una situación que ponía en peligro a la República, el senado emitía un *senatus consultum ultimum*, con el cual se les pedía a los cónsules (o a aquellos que hacían las veces de ellos en Roma, *interrex* o procónsules) y en algunos casos inclusive al pretor y a los tribunos de la plebe y, en el límite, a cada ciudadano, que tomaran cualquier medida que se considerase necesaria para la salvación del Estado (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublica detrimenti capiat*). Este senadoconsulto tenía en su base un decreto que declaraba el *tumultus* (la situación de emergencia que en Roma advenía luego de una guerra externa, una

insurrección o una guerra civil) y daba lugar usualmente a la proclamación de un *iustitium* (*iustitium edicere* o *indicere*).

El término *iustitium* –construido del mismo modo que *solstitium*– significa literalmente “interrupción, suspensión del derecho”: *quando ius stat* –explican desde la etimología los gramáticos– *sicut solstitium dicitur* (*iustitium* se dice cuando el derecho está detenido, como [el sol en] el solsticio); o bien, en las palabras de Aulo Gelio, *iuris quasi interstitio quaedam et cessatio* (casi un intervalo y una especie de cesación del derecho). Él implicaba, de este modo, una suspensión no simplemente de la administración de justicia, sino del derecho como tal. Es el sentido de este instituto jurídico, que consiste únicamente en la producción de un vacío jurídico, lo que se hace necesario examinar aquí desde el punto de vista de la sistemática tanto del derecho público como del derecho filosófico-político.

✎ La definición del concepto de *tumultus* –en particular, con respecto al concepto de guerra (*bellum*)– ha dado lugar a discusiones no siempre pertinentes. El nexo entre los dos conceptos está ya presente en las fuentes antiguas, como por ejemplo en el pasaje de las *Filípicas* (8, 1) donde Cicerón afirma que “puede haber una guerra sin tumulto, pero no un tumulto sin guerra”. Con toda evidencia, este pasaje no significa que el tumulto sea una forma especial o más fuerte de guerra (*qualificiertes, gesteigertes bellum* [cfr. Nissen, 1877, p. 78]); más bien, interpone entre los dos términos una diferencia irreductible, en el momento mismo en el que afirma la conexión entre ambos. Un análisis de los pasajes de Livio relativos al *tumultus* muestra de hecho que la causa del tumulto

puede ser (pero no siempre es) una guerra externa, pero que el término designa técnicamente el estado de desorden y de agitación (*tumultus* es en este caso afín a *tumor*, en el sentido de hinchazón, fermentación) que adviene en Roma luego de aquel acontecimiento (así, la noticia de la derrota en la guerra con los etruscos suscita en Roma un tumulto y *maiolem quam re terrorem* [Liv. 10, 4, 2]). Esta confusión entre causa y efecto es evidente en la definición de los léxicos: *bellum aliquod subitum, quod ob periculi magnitudinem hostiumque vicinitatem magnam urbi trepidationem incutiebat* (Forcellini). El tumulto no es la “guerra improvisada”, sino la *magna trepidatio* que ella produce en Roma. Por esto el mismo término puede designar en otros casos el desorden consecuente a una insurrección interna o a una guerra civil. La única definición posible capaz de comprender todos los casos atestiguados es aquella que ve en el *tumultus* “la cesura a través de la cual desde el punto de vista del derecho público se realiza la posibilidad de medidas excepcionales” (Nissen, 1877, p. 76). La relación entre *bellum* y *tumultus* es la misma que se da, por una parte, entre guerra y estado de sitio militar y, por la otra, entre estado de excepción y estado de sitio político.

3.2 Que la reconstrucción de algo así como una teoría del estado de excepción en la constitución romana haya puesto siempre en apuros a los estudiosos del derecho romano puede ciertamente no sorprender, desde el momento en que ella, como hemos visto, está en general ausente en el derecho público.

La postura de Mommsen es, en este sentido, significativa. Cuando en su libro *Römisches Staatsrecht* debe enfrentarse

con el problema del *senatus consultum ultimum* y del estado de necesidad que presupone, no encuentra mejor salida que recurrir a la imagen del derecho de legítima defensa (el término alemán para la legítima defensa, *Notwehr*, remite a aquel que se utiliza para el estado de emergencia, *Notstand*): “Como en aquellos casos urgentes, en los cuales la protección de la comunidad decae, cada ciudadano adquiere un derecho de legítima defensa, de allí que existe un derecho de legítima defensa inclusive para el Estado y para cada ciudadano en tanto tal, cuando la comunidad está en peligro y la función del magistrado viene a faltar. Si bien él se sitúa en un cierto sentido por fuera del derecho [*ausserhalb des Rechts*], es no obstante necesario todavía hacer comprensible la esencia y la aplicación de este derecho de legítima defensa [*Notwehrrecht*] al menos en la medida en que este derecho es susceptible de una exposición teórica” (Mommsen, 1969, vol. I, pp. 687 y ss.).

A la afirmación del carácter extrajurídico del estado de excepción y a la duda sobre la posibilidad misma de su presentación teórica corresponden, en el tratado, dudas e incoherencias que sorprenden en una inteligencia como la de Mommsen, que se ha caracterizado siempre por ser mucho más sistemática que histórica. Sobre todo en la sección dedicada al estado de necesidad, no examina el *iustitium*, de cuya contigüidad con el senadoconsulto último es perfectamente consciente (*ibid.*, pp. 687-97), y en cambio sí lo hace en aquella que trata del derecho de veto de los magistrados (*ibid.*, pp. 250 y ss.). Además, hace esto aunque se da cuenta de que el senadoconsulto último se refiere esencialmente a la guerra civil (a través de él “es proclamada la guerra civil” [*ibid.*, p. 693]) y

no ignora que la forma de la leva es en los dos casos diferente (*ibid.*, p. 695); no parece distinguir entre *tumultus* y estado de guerra (*Kriegsrecht*). En el último volumen del *Staatsrecht* define el senadoconsulto último como una “cuasi-dictadura”, introducida en el sistema constitucional en tiempos de los Graco; y agrega que “en el último siglo de la República, la prerrogativa del senado de ejercer sobre los ciudadanos un derecho de guerra no fue jamás seriamente impugnada” (*ibid.*, vol. 3, p. 1243). Pero la imagen de una “cuasi-dictadura”, que será recogida por Plaumann, es completamente equívoca, porque no sólo no se produce aquí la creación de una nueva magistratura, sino que incluso cada ciudadano parece en este caso investido de un *imperium* fluctuante y anómalo que no se deja definir en los términos del ordenamiento normal.

En la definición de este estado de excepción, la agudeza de Mommsen se manifiesta precisamente allí donde muestra sus límites. Observa que el poder en cuestión excede absolutamente los derechos constitucionales de los magistrados y no puede ser examinado desde un punto de vista jurídico-formal: “Si la mención misma de los tribunos de la plebe y de los gobernadores de las provincias, que están privados de *imperium* o disponen de él sólo nominalmente —escribe—, impide ya considerar esta apelación [la apelación contenida en el último senadoconsulto] solamente como un reclamo a los magistrados para que ejerciten con energía sus derechos constitucionales, esto resulta todavía más evidente cuando, después del senadoconsulto que tuvo lugar como consecuencia de la ofensiva de Aníbal, todos los ex dictadores, cónsules y censores volvieron a declarar el *imperium* y lo conservaron hasta el alejamiento del enemigo. Como muestra el recla-

mo a los censores inclusive, no se trata de una prórroga excepcional del cargo previamente asumido, que por otro lado no podría haber sido dispuesta de este modo por el senado. Antes bien, estos senadoconsultos no pueden ser juzgados desde el punto de vista jurídico-formal: es la necesidad la que otorga el derecho, y el senado, como suprema autoridad de la comunidad, al declarar el estado de excepción [*Notstand*], añade solamente el consejo de organizar oportunamente las necesarias defensas personales". Mommsen recuerda aquí el caso de un ciudadano particular, Escipión Nasica, quien frente a la negativa del cónsul de actuar en contra de Tiberio Graco en ejecución de un último senadoconsulto, exclama: *qui rem publicam salvam esse vult, me sequatur!*, y mata a Tiberio Graco. "El *imperium* de estos caudillos en el estado de excepción [*Notstandsfeldherren*] está próximo al de los cónsules más o menos como el del pretor o el del procónsul está cerca del *imperium* consular [...]. El poder que aquí es conferido es el habitual de un comandante, y es indiferente que se vuelva contra el enemigo que asedia a Roma o contra el ciudadano que se rebela [...]. Por lo demás, esta autoridad de comando [*Commando*], como quiera que se manifieste, está todavía menos formulada que el análogo poder en estado de necesidad [*Notstandscommando*] en ámbito *militæ*, y como éste, desaparece de suyo en la medida en que mengua el peligro" (Mommsen, 1969, vol. 1, pp. 695 y ss.).

En la descripción de este *Notstandscommando*, en el cual un *imperium* fluctuante y "fuera del derecho" parece investir a todo ciudadano común, Mommsen se aproxima todo lo que le es posible a la formulación de una teoría del estado de excepción, pero permanece de todos modos un poco más acá de ella.

3.3 En el año 1877 Adolphe Nissen, profesor en la Universidad de Estrasburgo, publica la monografía *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*. El libro, que se propone el análisis de un "instituto jurídico que ha pasado hasta ahora casi inobservado", es interesante por muchos motivos. Nissen es el primero en ver con claridad que la comprensión habitual de un término como "feria judicial" (*Gerichtsferien*) es del todo insuficiente y que, en su sentido técnico, éste debe ser distinto inclusive al más tardío significado de "luto público". Tomemos un caso ejemplar de *iustitium*, aquel del cual nos informa Cicerón en *Filípicas* 5, 12. Frente a la amenaza de Antonio, que está yendo hacia Roma en armas, Cicerón se dirige al senado con estas palabras: *tumultum censeo decerni, iustitium indici, saga sumi dico oportere* (afirmo que es necesario declarar el estado de *tumultus*, proclamar el *iustitium* y vestir los abrigos: *saga sumere* significa, aproximadamente, que los ciudadanos deben deponer las togas y prepararse para combatir). Nissen acierta al mostrar que traducir aquí *iustitium* como "ferias judiciales" simplemente no tendría sentido; se trata, antes bien, de que frente a una situación de excepción, es preciso poner a un lado los vínculos que la ley impone a la acción de los magistrados (en particular, la prohibición, establecida por la *Lex Sempronia*, de dar muerte a un ciudadano romano *iniussu populi*). *Stillstand des Rechts*, "interrupción y suspensión del derecho", es la fórmula que, según Nissen, al mismo tiempo traduce al pie de la letra y define el término *iustitium*. El *iustitium* "suspende el derecho y, de este modo, todas las prescripciones jurídicas son puestas fuera de juego. Ningún ciudadano romano, ya se trate de un magistrado o un particular, tiene ora poderes o deberes" (*ibid.*, p. 105).

En cuanto al objetivo de esta neutralización del derecho, Nissen no tiene dudas: “Cuando el derecho ya no estaba en condiciones de cumplir su deber supremo, que es garantizar el bien común, se abandonaba el derecho por esa oportunidad, y así como en los casos de necesidad los magistrados eran liberados de los vínculos de la ley a través de un *senadoconsulto*, del mismo modo en el caso más extremo es el derecho el que se debe dejar de lado. En lugar de transgredirlo, cuando se volvía nocivo se lo sacaba del medio, se lo suspendía a través de un *iustitium*” (*ibid.*, p. 99). El *iustitium* responde, por lo tanto, según Nissen, a la misma necesidad que Maquiavelo expresaba sin reservas cuando, en sus *Discursos*, sugería “romper” el ordenamiento para salvarlo (“Porque cuando en una república falta de modo similar, es necesario, observando los órdenes, arruinarlos; o, para no arruinarlos, romperlos” [*ibid.*, p. 138]).

Desde la perspectiva del estado de necesidad (*Notfall*), Nissen puede de esta manera interpretar el *senatus consultum ultimum*, la declaración de *tumultus* y el *iustitium* como tres hechos relacionados sistemáticamente. El *consultum* presupone el *tumultus* y el *tumultus* es la causa única del *iustitium*. No son categorías del derecho penal, sino del derecho constitucional, y designan “la cesura a través de la cual desde el punto de vista del derecho público se realiza la posibilidad de medidas excepcionales [*Ausnahmemassregeln*]” (Nissen, 1877, p. 76).

✎ En el sintagma *senatus consultum ultimum*, el término que define la especificidad respecto de las otras *consulta* es, evidentemente, el adjetivo *ultimus*, que no parece haber recibido la debi-

da atención por parte de los estudiosos. Que tiene aquí un valor técnico está probado por el hecho de que se lo encuentra repetido tanto para definir la situación que justifica el *consultum* (*senatus consultum ultima necessitatis*) como para referirse a la *vox ultima*, la apelación dirigida a los ciudadanos para la salvación de la república (*qui rempublicam salvare vult, me sequatur*).

*Ultimus* deriva del adverbio *uls*, que significa “más allá” (opuesto a *cis*, más acá). El significado etimológico de *ultimus* es, por lo tanto, aquello que se encuentra absolutamente más allá, lo más extremo. *Ultima necessitas* (*necedo* vale etimológicamente como “no puedo arredrar”) indica una zona más allá de la cual no es posible alcanzar algún reparo o salvación. Pero si nos preguntamos ahora: “¿Con respecto a qué cosa el *senatus consultum ultimum* se sitúa en tal dimensión de extremidad?”, la única respuesta posible es: al orden jurídico, que en el *iustitium* es de hecho suspendido. *Senatus consultum ultimum* y *iustitium* señalan en este sentido el límite del orden constitucional romano.

✎ La monografía de Middel (1887), publicada en latín (si bien los autores modernos son citados en alemán), está bastante lejos de ser una profundización teórica del problema. Si bien ve con claridad, como Nissen, el estrecho nexo que media entre *tumultus* y *iustitium*, enfatiza la contraposición formal entre el *tumultus*, que es decretado por el senado, y el *iustitium*, que debe ser declarado por un magistrado, y deduce que la tesis de Nissen (el *iustitium* como suspensión integral del derecho) era excesiva, porque el magistrado no podía por sí solo desligarse del vínculo de las leyes. Rehabilitando de este modo la vieja interpretación del *iustitium* como feria judicial, deja escapar el

sentido del instituto. Fuera quien fuere el sujeto técnicamente habilitado a declarar el *iustitium*, es cierto que éste era declarado siempre y solamente *ex auctoritate patrum*, y el magistrado (o el simple ciudadano) actuaba por ende sobre la base de un estado de peligro que autorizaba la suspensión del derecho.

3.4 Intentemos establecer las características del *iustitium* tales como resultan de la monografía de Nissen y probemos, en el mismo movimiento, desarrollar un análisis de esas características en la dirección de una teoría general del estado de excepción.

Ante todo, el *iustitium*, en cuanto implica una interrupción y una suspensión de todo el orden jurídico, no puede ser interpretado a través del paradigma de la dictadura. En la constitución romana, el dictador era una figura específica de magistrado elegido por los cónsules, cuyo *imperium*, extremadamente amplio, le era conferido a través de una *lex curiata* que definía los objetivos. En el *iustitium*, por el contrario (incluso cuando quien lo declara es un dictador en funciones), no se da la creación de una nueva magistratura; el ilimitado poder del que gozan de hecho *iusticio indicto* los magistrados existentes resulta no ya de que se les haya conferido un *imperium* dictatorial, sino de la suspensión de las leyes que vinculaban su accionar. Tanto Mommsen como Plaumann (1913) son perfectamente conscientes de esto y, por lo tanto, hablan no de dictadura sino de “cuasi dictadura”; el “cuasi”, sin embargo, no sólo no elimina de ninguna manera el equívoco,

sino que más bien contribuye a orientar la interpretación del instituto de acuerdo a un paradigma abiertamente erróneo.

Esto vale exactamente en la misma medida para el estado de excepción moderno. El haber confundido estado de excepción y dictadura es el límite que ha impedido tanto a Schmitt en el año 1921 como a Rossiter y a Friedrich después de la Segunda Guerra Mundial resolver las aporías del estado de excepción. En todos estos casos el error era interesado, ya que ciertamente era mucho más fácil justificar jurídicamente el estado de excepción inscribiéndolo en la tradición prestigiosa de la dictadura romana que restituyéndolo a su auténtico, pero más oscuro, paradigma genealógico en el derecho romano: el *iustitium*. Desde esta perspectiva, el estado de excepción no se define, según el modelo dictatorial, como una plenitud de poderes, un estado pleromático del derecho, sino como un estado kenomático, un vacío y una interrupción del derecho.

⌘ En la doctrina del derecho público moderno está muy extendido el hábito de definir como dictaduras a los estados totalitarios nacidos de la crisis de las democracias después de la Primera Guerra Mundial. Es así que tanto Hitler como Mussolini, tanto Franco como Stalin son presentados indistintamente como dictadores. Pero ni Mussolini ni Hitler pueden ser definidos técnicamente como dictadores. Mussolini era el jefe del gobierno, investido legalmente con tal cargo por el rey, así como Hitler era el canciller del Reich, nombrado por el legítimo presidente del Reich. Aquello que caracteriza tanto al régimen fascista como al régimen nazi, como bien se sabe, es que ambos permitieron

que subsistieran las constituciones vigentes (respectivamente, el Estatuto Albertino y la Constitución de Weimar) –según un paradigma que ha sido agudamente definido como de “Estado dual”– poniendo junto a la Constitución legal una segunda estructura, a menudo jurídicamente no formalizada, que podía existir al lado de la otra sólo gracias al estado de excepción. El término “dictadura” es del todo inadecuado para dar cuenta de tales regímenes desde el punto de vista jurídico, así como por otro lado la oposición seca democracia/dictadura es equívoca para un análisis de los paradigmas gubernamentales hoy dominantes.

✠ Schmitt, que no era un especialista en derecho romano, conocía sin embargo el *iustitium* como forma del estado de excepción (“la *martial law* presupone una suerte de *iustitium*” [Schmitt, 1921, p. 183; trad. cast. p. 223]), muy probablemente a través de la monografía de Nissen (cuyo nombre está citado en el libro sobre la dictadura, si bien en relación con otro texto). De allí que aun compartiendo la idea de Nissen según la cual el estado de excepción representa “un vacío de derecho” (Nissen habla de *vacuum* jurídico), Schmitt prefiere hablar, a propósito del *senatus consultum ultimum*, de “cuasi dictadura” (lo cual presupone el conocimiento, si no del estudio de Plaumann de 1913, al menos del *Staatsrecht* de Mommsen).

3.5 La singularidad de este espacio anómico que viene a coincidir imprevistamente con el de la ciudad es tal que desorienta no sólo a los estudiosos modernos, sino incluso también a las propias fuentes antiguas. Tanto es así que

Livio, describiendo la situación creada por el *iustitium*, afirma que los cónsules, los más altos magistrados romanos, eran *in privato abditii*, reducidos al estado de ciudadanos privados (Liv., 1, 9, 7); por otro lado Cicerón, a propósito del gesto de Escipión Nasica, escribe que éste, aun siendo un privado, al matar a Tiberio Graco ha actuado “como si fuera un cónsul” (*privatus ut si consul esset*, Tusc., 4, 23, 51). El *iustitium* parece poner en cuestión la consistencia misma del espacio público; pero, por otro lado, también la consistencia del derecho privado queda a la vez inmediatamente neutralizada. Esta paradójica coincidencia de privado y de público, de *ius civile* y de *imperium*, y en el límite, de jurídico y no jurídico, deja en evidencia, en realidad, la dificultad o la imposibilidad de pensar un problema esencial: el de la naturaleza de los actos cometidos durante el *iustitium*. ¿Qué es una praxis humana integralmente consignada a un vacío jurídico? Es como si, frente a la apertura de un espacio integralmente anómico para la acción humana, tanto los antiguos como los modernos retrocedieran intimidados. Tanto Mommsen como Nissen (que incluso afirma sin reservas el carácter de *tempus mortuum* jurídico del *iustitium*) permiten que subsista, el primero, un *Notstandscommando* –para el cual no encuentra mejor identificación– y el segundo, un “mandato ilimitado” (*Befehl*, [Nissen, 1877, p. 105]), que se corresponde con una no menos ilimitada obediencia. ¿Pero cómo puede sobrevivir un mandato semejante en ausencia de toda prescripción y determinación jurídica?

Es desde esta perspectiva que debe verse también la impo-

sibilidad (común tanto a las fuentes antiguas como a las modernas) de definir con claridad las consecuencias jurídicas de los actos cometidos durante el *iustitium* con el objetivo de salvar la *res publica*. El problema era de particular relevancia, porque concernía por lo menos a la punibilidad del homicidio de un ciudadano romano *indemnatus*. Ya Cicerón, a propósito del asesinato de los secuaces de Cayo Graco por parte de Opimio, define como un “problema interminable” (*infinita quaestio*) el de la punibilidad del homicida de un ciudadano romano que hubiese actuado en ejecución de un *senatus consultum ultimum* (De Or., 2, 3, 134); Nissen, por su parte, niega que tanto el magistrado que hubiese actuado en ejecución del senadoconsulto como los ciudadanos que lo hubiesen seguido pudieran ser punibles una vez terminado el *iustitium*; pero es contradicho por el hecho de que Opimio fue de todos modos sometido a proceso (si bien luego fue absuelto) y Cicerón fue condenado al exilio como consecuencia de su sanguinaria represión de la conjura de Catilina.

En realidad, toda la cuestión está mal encarada. La aporía se aclara sólo si se considera que, en cuanto se producen en un vacío jurídico, los actos cometidos durante el *iustitium* son radicalmente sustraídos a toda determinación jurídica. Desde el punto de vista del derecho es posible clasificar las acciones humanas en actos legislativos, ejecutivos y transgresivos. Pero el magistrado o el ciudadano particular que actúan durante el *iustitium* según toda evidencia no ejecutan ni transgreden una ley y, con más razón, menos aún crean derecho. Todos los estudiosos coinciden en el hecho de que el *senatus consultum ultimum* no tiene un

contenido positivo: se limita a expresar un consejo con una fórmula extremadamente vaga (*videant consules...*), que deja enteramente librado al magistrado, o a quien esté en su lugar, para actuar como crea conveniente y, en última instancia, no actuar de ningún modo. Aquel que actúa durante el *iustitium* —se podría decir si se quisiera dar a toda costa un nombre a una acción humana que se cumple en condiciones de anomia— no ejecuta ni transgrede, sino que *inejecuta* el derecho. Sus acciones son, en este sentido, meros hechos, cuya apreciación, una vez caducado el *iustitium*, dependerá de las circunstancias; pero mientras dura el *iustitium*, ellas son absolutamente indecibles y la definición de su naturaleza —ejecutiva o transgresiva y, en última instancia, humana, animal o divina— es ajena al ámbito del derecho.

3.6 Intentemos ahora enunciar resumidamente, en forma de tesis, los resultados de nuestra indagación genealógica sobre el *iustitium*.

1) El estado de excepción no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas —y, sobre todo, la distinción misma entre público y privado— son desactivadas. Falsas son, por tanto, todas las doctrinas que buscan anexas inmediatamente el estado de excepción al derecho; y son por ende falsas tanto la teoría de la necesidad como fuente jurídica originaria como la que ve en el estado de excepción el ejercicio de un derecho del estado a la propia defensa, o el restablecimiento

de un originario Estado pleromático del derecho (los “plenos poderes”). Pero también son falaces aquellas doctrinas que, como la de Schmitt, buscan inscribir en forma mediata el estado de excepción en un contexto jurídico, fundándolo en la división entre normas de derecho y normas de realización del derecho, entre poder constituyente y poder constituido, entre norma y decisión. El estado de necesidad no es un “estado del derecho”, sino un espacio sin derecho (aun cuando no se trata de un estado de naturaleza, sino que se presenta como la anomia que resulta de la suspensión del derecho).

2) Este espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico que éste debe tratar por todos los medios de asegurarse una relación con aquél; casi como si para fundarse, debiera mantenerse necesariamente en relación con una anomia. Por un lado, el vacío jurídico que está en cuestión en el estado de excepción parece absolutamente impensable para el derecho; por el otro, este impensable reviste sin embargo para el orden jurídico una importancia estratégica tan decisiva que se trata a cualquier costo de no dejarlo escapar.

3) El problema crucial relacionado con la suspensión del derecho es el de los actos cometidos durante el *iustitium*, cuya naturaleza parece escapar a toda definición jurídica. En cuanto no son ni transgresivos ni ejecutivos ni legislativos, parecen situarse, con respecto al derecho, en un absoluto no-lugar.

4) Es a esta imposibilidad de definir y a este no-lugar que responde la idea de una fuerza-de-~~ley~~. Es como si la suspensión de la ley liberase una fuerza o un elemento místico, una suerte de maná jurídico (la expresión ha sido usada por Wagenvoort para definir la *auctoritas* romana

[Wagenvoort, 1947, p. 106]), del cual tanto el poder como sus adversarios, tanto el poder constituido como el poder constituyente, intentan apropiarse. La fuerza-de-ley separada de la ley, el *imperium* fluctuante, la vigencia sin aplicación y, más en general, la idea de una suerte de “grado cero” de la ley, son otras tantas ficciones a través de las cuales el derecho intenta incluir en sí la propia ausencia y apropiarse del estado de excepción o, cuanto menos, asegurarse una relación con él. El hecho de que —precisamente como los conceptos de *maná* o de *sacer* en la antropología y en la ciencia de las religiones de los siglos XIX y XX— estas categorías sean, en verdad, mitologemas científicos, no significa que no sea posible y útil analizar la función que cumplen en la larga batalla que el derecho ha emprendido en torno a la anomia. Es posible, de hecho, que lo que está en cuestión en ellas sea nada menos que la definición de lo que Schmitt llama lo “político”. La tarea esencial de una teoría no es la de aclarar al menos la naturaleza jurídica del estado de excepción, sino sobre todo la de definir el sentido, el lugar y los modos de su relación con el derecho.

## 4. GIGANTOMAQUIA EN TORNO A UN VACÍO

4.1 En esta perspectiva leeremos ahora el debate entre Walter Benjamin y Carl Schmitt sobre el estado de excepción. El dossier exotérico de este debate, que se desarrolla con modos e intensidades diversas entre 1925 y 1956, no es muy amplio: la cita benjaminiana de la *Teología política* en *El origen del drama barroco alemán*; el *curriculum vitae* de 1928 y la carta de Benjamin a Schmitt de diciembre de 1930, que testimonian un interés y una admiración por el “iuspublicista fascista” (Tiedemann, en Benjamin, *GS*, vol. I.3, p. 886) que han aparecido siempre escandalosos; las citas y las referencias a Benjamin en el libro de Schmitt *Hamlet y Hécuba*, cuando el filósofo judío había fallecido ya dieciséis años atrás. Este dossier se amplió posteriormente con la publicación en 1988 de las cartas de Schmitt a Viesel de 1973, en las cuales Schmitt afirma que su libro sobre Hobbes de 1938 había sido concebido como una “respuesta a Benjamin (...) que permaneció inobservada” (Viesel, 1988; p. 14; cf. las observaciones de Bredekamp, 1998, p. 913).

El dossier esotérico es todavía más amplio y aún debe ser explorado en todas sus implicaciones. Buscaremos, de hecho, demostrar que como primer documento se debe inscribir en el dossier no la lectura benjaminiana de la *Teología política*,

sino la lectura schmittiana del ensayo benjaminiano *Para una crítica de la violencia* (1921). El ensayo fue publicado en el nº 47 del *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, una revista codirigida por Emil Lederer, entonces profesor de la Universidad de Heidelberg (y, más tarde, de la New School for Social Research de Nueva York), que se encontraba entre las personas que Benjamin frecuentaba en aquel período. Ahora, no sólo entre 1924 y 1927 publica en el *Archiv* numerosos ensayos y artículos (entre ellos, la primera versión de *El concepto de lo político*), sino que un atento relevamiento de las notas a pie de página y de las bibliografías de sus escritos muestra que desde 1915 Schmitt era un lector regular de la revista (cita, entre otros, el número inmediatamente precedente y el inmediatamente sucesivo al fascículo en el cual aparece el ensayo benjaminiano). Como asiduo lector y colaborador del *Archiv*, Schmitt difícilmente pudo no haber notado un texto como *Para una crítica de la violencia*, que tocaba, como veremos, cuestiones esenciales para él. El interés de Benjamin por la doctrina schmittiana de la soberanía ha sido siempre juzgado escandaloso (Taubes ha definido una vez la carta de 1930 a Schmitt como “una mina que podía hacer explotar la representación común de la historia intelectual de Weimar” [Taubes, 1987, p. 27]); invirtiendo los términos del escándalo, intentaremos leer la teoría schmittiana de la soberanía como una respuesta a la crítica benjaminiana de la violencia.

4.2 El objetivo del ensayo es el de asegurarse la posibilidad de una violencia (el término alemán *Gewalt* significa

también simplemente “poder”) absolutamente “por fuera” (*außerhalb*) y “más allá” (*jenseits*) del derecho, que, como tal, podría despedazar la dialéctica entre violencia que instala el derecho y violencia que lo conserva (*rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt*). Benjamin llama a esta otra figura de la violencia “pura” (*reine Gewalt*) o “divina” y, en la esfera humana, “revolucionaria”. Aquello que el derecho no puede tolerar en ningún caso, lo que éste siente como una amenaza con la cual es imposible llegar a un acuerdo es la existencia de una violencia por fuera del derecho; y esto no porque los fines de una tal violencia sean incompatibles con el derecho, sino “por el simple hecho de su existencia por fuera del derecho” (Benjamin, 1921, p. 183). Es deber de la crítica benjaminiana probar la realidad (*Bestand*) de una tal violencia: “Si a la violencia le es garantizada una realidad inclusive más allá del derecho, como violencia puramente inmediata, resulta demostrada inclusive la posibilidad de la violencia revolucionaria, que es el nombre que se ha de asignar a la suprema manifestación de violencia pura por parte del hombre” (*ibid.*, p. 202). El carácter propio de esta violencia es que ésta ni instala ni conserva el derecho, sino que lo depone (*Entsetzung des Rechts* [*ibid.*]) e inaugura así una nueva época histórica.

En el ensayo, Benjamin no nombra el estado de excepción, aun cuando usa el término *Ernstfall*, que en Schmitt aparece como sinónimo de *Ausnahmezustand*. Pero otro término técnico del léxico schmittiano está presente en el texto: *Entscheidung*, decisión. El derecho, escribe Benjamin, “reconoce la decisión localmente y temporalmente determinada como una categoría metafísica” (*ibid.*, p. 189); pero este reconocimiento se corresponde en realidad sola-

mente con “la peculiar y desmoralizante experiencia de la indecidibilidad última de todos los problemas jurídicos [*die seltsame und zunächst entmutigende Erfahrung von der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme*]” (*ibíd.*, p. 196).

4.3 La doctrina de la soberanía que Schmitt desarrolla en su *Teología política* puede ser leída como una puntual respuesta al ensayo benjaminiano. Mientras que la estrategia de *Para una crítica de la violencia* estaba orientada a asegurar la existencia de una violencia pura y anómica, para Schmitt se trata en cambio de reconducir una tal violencia a un contexto jurídico. El estado de excepción es el espacio en el que busca capturar la idea benjaminiana de una violencia pura y de inscribir la anomia en el cuerpo mismo del *nomos*. No puede haber, según Schmitt, una violencia pura, esto es absolutamente fuera del derecho, porque en el estado de excepción ella está incluida en el derecho a través de su misma exclusión. El estado de excepción es, entonces, el dispositivo a través del cual Schmitt responde a la afirmación benjaminiana de una acción humana integralmente anómica.

La relación entre los dos textos es, sin embargo, todavía más estrecha. Hemos visto cómo en *Teología política* Schmitt abandona la distinción entre poder constituyente y poder constituido, que en el libro de 1921 fundaba la dictadura soberana, para sustituirla por el concepto de decisión. Esta sustitución adquiere su sentido estratégico sólo si se la considera como un contraataque respecto de la crítica benjaminiana. La distinción entre violencia que instala el derecho y violencia que lo conserva—que era

el blanco de Benjamin— corresponde de hecho literalmente a la oposición schmittiana; y es para neutralizar la nueva figura de una violencia pura, sustraída a la dialéctica entre poder constituyente y poder constituido, que Schmitt elabora su teoría de la soberanía. En la *Teología política*, la violencia soberana responde a la violencia pura del ensayo benjaminiano con la figura de un poder que ni instala ni conserva el derecho, sino que lo suspende. En el mismo sentido, es en respuesta a la idea benjaminiana de una indecidibilidad última de todos los problemas jurídicos que Schmitt afirma la soberanía como lugar de la decisión extrema. Que este lugar no sea ni externo ni interno al derecho, que la soberanía sea, en este sentido, un *Grenzbegriff*, es la consecuencia necesaria del intento schmittiano de neutralizar la violencia pura y de asegurar la relación entre la anomia y el contexto jurídico. Y como la violencia pura, según Benjamin, no puede ser reconocida como tal a través de una decisión (*Entscheidung* [*ibíd.*, p. 203]), así también para Schmitt “no es posible delimitar con subsumible claridad cuándo se da un caso de necesidad, ni se puede describir desde el punto de vista del contenido que puede llegar a suceder cuando realmente se trata del caso de necesidad y de su eliminación” (Schmitt, 1922, p. 12 [trad. cast. pp. 23-24]); pero con una inversión estratégica, precisamente esta imposibilidad funda la necesidad de la decisión soberana.

4.4 Si se aceptan estas premisas, entonces todo el debate exotérico entre Benjamin y Schmitt aparece bajo una nueva luz. La descripción benjaminiana del soberano barroco en el *Trauerspielbuch* puede ser leída como una res-

puesta a la teoría schmittiana de la soberanía. Sam Weber ha observado con agudeza cómo, precisamente en el momento de citar la definición schmittiana de la soberanía, Benjamin introduce aquí una “leve pero decisiva modificación” (Weber, 1992, p. 152). La concepción barroca de la soberanía, escribe Benjamin, “se desarrolla a partir de una discusión del estado de excepción y atribuye al príncipe como su función más importante la de excluirlo” (*den auszuschließen* [Benjamin, 1928, p. 245; trad. cast. p. 50]). La sustitución de “decidir” por “excluir” altera subrepticamente la definición schmittiana en el mismo gesto con el cual pretende evocarla: el soberano no debe, decidiendo sobre el estado de excepción, incluirlo de alguna manera en el orden jurídico; debe, por el contrario, excluirlo, dejarlo fuera del mismo.

El sentido de esta modificación sustancial se aclara solamente en las páginas siguientes, a través de la elaboración de una verdadera y propia teoría de la “indecisión soberana”; pero precisamente aquí el entrelazamiento entre lectura y contralectura se hace más estrecho. Si la decisión es, para Schmitt, el nexo que une soberanía y estado de excepción, Benjamin escinde irónicamente el poder soberano de su ejercicio y muestra que el soberano barroco está constitutivamente en la imposibilidad de decidir. “La antítesis entre el poder soberano [*Herrschermacht*] y la facultad de ejercerlo [*Herrschaftsvermögen*] ha conducido, para el drama barroco, a un carácter peculiar, sólo aparentemente de género, cuyo esclarecimiento es posible únicamente sobre la base de la teoría de la soberanía. Se trata de la capacidad de decidir [*Entschlußfähigkeit*] que aqueja al tirano. El prin-

cipe, al cual corresponde la decisión sobre el estado de excepción, muestra en la primera ocasión oportuna que la decisión es para él casi imposible” (*ibid.*, p. 250 [trad. cast. p. 56]).

La escisión entre el poder soberano y su ejercicio corresponde puntualmente a la escisión entre normas del derecho y normas de realización del derecho que, en *La dictadura*, fundaba la dictadura comisarial. Al contraataque por el cual Schmitt había introducido el concepto de decisión, al responder en la *Teología política* a la crítica benjaminiana de la dialéctica entre poder constituyente y poder constituido, Benjamin replica remitiendo a la distinción schmittiana entre la norma y su realización. El soberano, que debería en cada caso decidir sobre la excepción, es precisamente el lugar en el cual la fractura que divide al cuerpo del derecho resulta imposible de componer: entre *Macht* y *Vermögen*, entre el poder y su ejercicio, se abre una brecha que ninguna decisión es capaz de colmar.

Por esto, con un ulterior cambio de enfoque, el paradigma del estado de excepción no es ya, como en la *Teología política*, el milagro, sino la catástrofe. “Como antítesis al ideal histórico de la restauración, frente a él [al barroco] está la idea de catástrofe. Y sobre esta antítesis está acuñada la teoría del estado de excepción” (*ibid.*, p. 246 [trad. cast. p. 51]).

Una enmienda poco feliz al texto de los *Gesammelte Schriften* ha impedido medir todas las implicaciones de este cambio de enfoque. Donde el texto benjaminiano recitaba: *Es gibt eine barocke Eschatologie*, “hay una escatología barroca”, los editores, con singular ignorancia de toda cautela filológica, han corregido, *Es gibt keine...*, “no hay una escatología barroca” (*ibid.*). Sin embargo el pasaje siguiente es lógicamente y sintácticamente

coherente con la lección original: “es precisamente por esto [porque hay] un mecanismo que recoge y exalta cada criatura terrena, antes de entregarla a su final [*dem Ende*]”. El barroco conoce un *eschaton*, un fin del tiempo; pero como Benjamin inmediatamente precisa, este *eschaton* es vacío, no conoce redención ni un más allá y resulta inmanente al siglo: “El más allá es vaciado de todo aquello en lo cual todavía respira el mínimo aliento mundano, y el barroco le arrebató una cantidad de cosas, que se sustraían hasta entonces a toda representación, para vaciar un último cielo y ponerlo, en tanto vacío, en condición de aniquilar un día la tierra con catastrófica violencia” (*ibid.*).

Es esta “escatología blanca” —que no conduce a la tierra hacia un más allá de redención, sino que la entrega a un cielo absolutamente vacío— la que configura el estado de excepción del barroco como catástrofe. Y es aún esta escatología blanca la que quiebra la correspondencia entre soberanía y trascendencia, entre el monarca y Dios que definía lo teológico-político schmittiano. Mientras que en éste “el soberano [...] es identificado con Dios y ocupa en el Estado exactamente la misma posición que corresponde en el mundo al dios del sistema cartesiano” (Schmitt, 1922, p. 260 [trad. cast. p. 49]), en Benjamin el soberano “permanece recluido en el ámbito de la creación, es señor de las criaturas, pero permanece criatura” (Benjamin, 1928, p. 264 [trad. cast. p. 71]).

Esta drástica redefinición de la función soberana implica una situación diversa del estado de excepción. Éste no aparece ya como el umbral que garantiza la articulación entre un adentro y un afuera, entre la anomia y el contexto jurídico en virtud de una ley que está vigente en su suspen-

sión: es, más bien, una zona de absoluta indeterminación entre anomia y derecho, en la cual la esfera de las criaturas y el orden jurídico son incluidos en una misma catástrofe.

4.5 El documento decisivo en el dossier Benjamin-Schmitt es ciertamente la octava tesis sobre el concepto de la historia, que Benjamin compuso pocos meses antes de su muerte. “La tradición de los oprimidos —leemos allí— nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el cual vivimos es la regla. Debemos adherir a un concepto de historia que corresponda a este hecho. Tendremos entonces de frente, como nuestro deber, la producción del estado de excepción efectivo [*wirklich*]; y esto mejorará nuestra posición en la lucha contra el fascismo” (Benjamin, 1942, p. 697 [trad. cast. p. 182]).

Que el estado de excepción se haya convertido en la regla no es simplemente llevar al extremo lo que en el *Trauerspielbuch* aparecía como su indecidibilidad. Es preciso no olvidarse aquí que tanto Benjamin como Schmitt tenían frente a sí a un Estado —el Reich nazi— en el cual el estado de excepción, proclamado en 1933, no había sido ya revocado. En la perspectiva del jurista, Alemania se encontraba técnicamente en una situación de dictadura soberana, que debía llevar a la definitiva abolición de la Constitución de Weimar y a la instauración de una nueva constitución, cuyos caracteres fundamentales Schmitt se esfuerza por definir en una serie de artículos entre 1933 y 1936. Pero lo que Schmitt no podía en ningún caso aceptar era que el estado de excepción se confundiera integralmente con la regla. Ya en *La dictadura* había

afirmado que es imposible definir un concepto exacto de dictadura si se ve todo orden legal “sólo como una latente e intermitente dictadura” (Schmitt, 1921, p. XIV). La *Teología política* reconocía como cierta sin reservas la primacía de la excepción, en tanto hace posible la constitución de la esfera normal; pero si la regla, en este sentido, “vive sólo de la excepción” (Schmitt, 1922, p. 22 [trad. cast. p. 29]), ¿qué sucede cuando excepción y regla se vuelven indecidibles?

El funcionamiento del orden jurídico se asienta en última instancia, según la perspectiva schmittiana, sobre un dispositivo —el estado de excepción— que tiene el objetivo de volver aplicable la norma suspendiendo temporariamente su eficacia. Cuando la excepción se convierte en la regla, la máquina ya no puede funcionar. En este sentido, la indecidibilidad de norma y excepción formulada en la octava tesis pone en jaque la teoría schmittiana. La decisión soberana no es ya capaz de desarrollar el deber que la *Teología política* le asignaba: la regla, que coincide ahora con aquello de lo que vive, se devora a sí misma. Pero esta confusión entre la excepción y la regla era precisamente lo que el Tercer Reich había realizado concretamente, y la obstinación con la cual Hitler persiguió la organización de su “Estado dual” sin promulgar una nueva constitución es su prueba (en este sentido, el intento de Schmitt por definir la nueva relación material entre *Führer* y pueblo en el Reich nazi estaba destinado al fracaso).

Es en esta perspectiva que se lee en la octava tesis la distinción benjaminiana entre estado de excepción efectivo y estado de excepción *tout court*. La distinción estaba presente ya, como hemos visto, en el tratamiento schmittiano de la dictadura.

Schmitt tomaba el término prestado del libro de Theodor Reinach *De l'état de siège*; pero mientras que Reinach, en relación con el decreto napoleónico del 24 de diciembre de 1811, oponía un *état de siège effectif* (o militar) a un *état de siège fictif* (o político), Schmitt, en su tenaz crítica del Estado de derecho, llama “ficticio” al estado de excepción que pretende regularse por ley, con el fin de garantizar en alguna medida los derechos y las libertades individuales. Consecuentemente, denuncia severamente la incapacidad de los juristas de Weimar para distinguir la acción meramente factual del presidente del Reich en virtud del artículo 48 de un procedimiento regulado por ley.

Benjamin reformula una vez más la oposición para orientarla contra Schmitt. Perdida toda posibilidad de un estado de excepción ficticio, en el cual excepción y caso normal son temporal y espacialmente diferentes, es ahora efectivo el estado de excepción “en el que vivimos” y éste es absolutamente indecible respecto de la regla. Toda ficción de un nexo entre violencia y derecho es reducido: no existe más que una zona de anomia, en la cual actúa una violencia sin ropaje jurídico alguno. El intento del poder estatal por anexarse la anomia a través del estado de excepción es desenmascarado por Benjamin y revelado como lo que es: una *fictio iuris* por excelencia, que pretende mantener el derecho en su misma suspensión como fuerza-de-~~ley~~. En su lugar, aparecen entonces guerra civil y violencia revolucionaria, esto es, una acción humana que ha abandonado toda relación con el derecho.

4.6 La puesta en juego en el debate entre Benjamin y Schmitt acerca del estado de excepción puede ser ahora definida con mayor claridad. La disputa tiene lugar en una misma zona de anomia que, por una parte, debe ser mantenida a cualquier precio en relación con el derecho y, por otra parte, debe ser igualmente implacablemente disuelta y librada de esta relación. En la zona anómica lo que está en cuestión es justamente la relación entre violencia y derecho —en última instancia, el estatuto de la violencia como clave de la acción humana. Al gesto de Schmitt, que intenta a cada paso reinscribir la violencia en un contexto jurídico, Benjamin responde buscando en cada ocasión asegurarle a ésta —como violencia pura— una existencia por fuera del derecho.

Por razones que debemos tratar de clarificar, esta lucha por la anomia parece ser, en la política occidental, tan decisiva como aquella *gigantomachía perì tês ousías\**, aquella lucha de gigantes en torno al ser que define la metafísica occidental. Al ser puro, a la pura existencia como último estadio metafísico, se le opone aquí la violencia pura como objeto político extremo, como “cosa” de la política; a la estrategia onto-teo-lógica, dirigida a capturar el ser puro en las redes del *logos*, se le opone la estrategia de la excepción, que debe asegurar la relación entre violencia anómica y derecho.

Todo transcurre como si tanto el derecho como el *logos* tuvieran necesidad de una zona anómica (o alógica) de suspensión

\* La expresión aparece en *Sofista 246a*, de Platón. Los gigantes que allí luchan son los “hijos de la tierra” y los “amigos de las Ideas”. En la distinción entre materialismo e idealismo resuena sugestivamente aquella disputa. (N. de T.)

para poder fundar su referencia al mundo de la vida. El derecho parece poder subsistir sólo a través de una captura de la anomia, así como el lenguaje puede subsistir sólo a través de un sostén no lingüístico. En ambos casos, el conflicto parece girar en torno a un espacio vacío: anomia, *vacuum* jurídico por un lado, ser puro, vacío de toda determinación y de todo predicado real, por el otro. Para el derecho, este espacio vacío es el estado de excepción como dimensión constitutiva. La relación entre norma y realidad implica la suspensión de la norma, así como, en la ontología, la relación entre lenguaje y mundo implica la suspensión de la denotación en la forma de una *langue*. Pero para el orden jurídico es asimismo esencial que esta zona —en la cual se sitúa una acción humana sin relación con la norma— coincida con una figura extrema y espectral del derecho, en la cual éste se escinde en una pura vigencia sin aplicación (la forma-de-ley) y una pura aplicación sin vigencia: la fuerza-de-ley.

Si esto es verdadero, la estructura del estado de excepción es todavía más compleja de lo que hemos visto hasta ahora y la posición de cualquiera de las dos partes que luchan en él y por él está aún más estrechamente entremezclada con la de la otra. Y dado que en un partido la victoria de uno de los dos jugadores no es, respecto del juego, ningún estado originario que debe ser restaurado, sino que es solamente la puesta en juego, que no preexiste al mismo sino que es su resultado, de la misma manera la violencia pura —que es el nombre que Benjamin da a la acción humana que ni instala ni conserva el derecho— no es una figura originaria del actuar humano que en cierto punto es capturada e inscrita en el orden jurídico (así como no hay para el

hombre hablante una realidad prelingüística que, en cierto punto, caiga en el lenguaje). Ésta es, más bien, solamente la puesta en juego en el conflicto del estado de excepción, lo que resulta de éste, y sólo de este modo pre-supuesto al derecho.

4.7 Mucho más importante es entender correctamente el significado de la expresión *reine Gewalt*, violencia pura, como término técnico esencial del ensayo benjaminiano. ¿Qué significa aquí “pura”? En enero de 1919, aproximadamente un año antes de la redacción del ensayo, en una carta a Ernst Schoen, que retoma y desarrolla temas ya elaborados en un artículo sobre Stifter, Benjamin define con cuidado qué entiende por “pureza” (*Reinheit*): “Es un error presuponer una pureza que consista en sí misma desde cualquier parte y que deba ser preservada [...]. La pureza de un ser no es *nunca* incondicionada y absoluta, está siempre subordinada a una condición. Esta condición es diferente según el ser de cuya pureza se trate; pero no reside nunca en el ser mismo. En otras palabras, la pureza de cada ser (finito) no depende nunca de este mismo ser [...]. Para la naturaleza, su condición de pureza que está por fuera de ella es el lenguaje humano” (Benjamin, 1966, pp. 205 y ss.).

Esta concepción no sustancial sino relacional de la pureza es para Benjamin tan esencial que aún en el ensayo de 1931 sobre Kraus puede escribir que “en el origen de la criatura no está la pureza [*Reinheit*] sino la purificación [*Reinigung*]” (Benjamin, 1931, p. 365). Esto significa que la pureza, que está en cuestión en el ensayo de 1921, no es un carácter sustancial que pertenezca a la acción violenta en sí misma —en

otras palabras, que la diferencia entre violencia pura y violencia mítico-jurídica no reside en la misma violencia sino en su relación con un cierto exterior. Qué es esta condición externa aparece enunciado con firmeza al comienzo del ensayo: “El deber de una crítica de la violencia puede ser definido como la exposición de su relación con el derecho y con la justicia”. También el criterio de la “pureza” de la violencia residirá, por lo tanto, en su relación con el derecho (el tema de la justicia es de hecho tratado en el ensayo sólo en relación con los fines del derecho).

La tesis de Benjamin es que mientras la violencia mítico-jurídica es siempre un medio respecto de un fin, la violencia pura no es nunca simplemente un medio —legítimo o ilegítimo— respecto de un fin (justo o injusto). La crítica de la violencia no mide el valor de la violencia en relación con los fines que ella persigue en tanto medio, sino que busca el criterio “en una distinción en la esfera misma de los medios, sin tener en cuenta los fines que éstos persiguen” (Benjamin, 1921, p. 179).

Aparece aquí el tema —que en el texto relampaguea sólo por un instante, pero sin embargo lo suficiente como para iluminar el escrito en su totalidad— de la violencia como “medio puro”, esto es, como figura de una paradójica “medialidad sin fines”: un medio que, aun permaneciendo como tal, es considerado independientemente de los fines que persigue. El problema no es ya entonces el de identificar a los fines justos sino, más bien, el “de individualizar una violencia de otro género, que por cierto no podría ser medio legítimo o ilegítimo para aquellos fines, sino que no se refiera en general a ellos como medios sino de algún otro modo [*nicht als Mittel zu Ihnen, vielmehr irgendwie anders sich verhalten würde*]” (*ibid.*, p. 196).

¿Cuál puede ser este otro modo de relacionarse con un fin? Convendrá referir también al concepto de medio “puro” las consideraciones que acabamos de desarrollar sobre el significado que este término tiene en Benjamin. El medio no debe su pureza a alguna propiedad intrínseca específica que lo diferencia de los medios jurídicos, sino a su relación con éstos. Así como en el ensayo acerca de la lengua, pura es la lengua que no es instrumento para el fin de la comunicación sino que ella misma comunica inmediatamente, es decir una comunicabilidad pura y simple, así también es pura la violencia que no se encuentra en relación de medio con respecto a un fin sino que se afirma en relación con su propia medialidad. Y así como la pura lengua no es otra lengua, no tiene otro lugar respecto de las lenguas naturales comunicantes, sino que se muestra en ellas exponiéndolas como tales, de la misma manera la violencia pura se testimonia sólo como exposición y deposición de la relación entre violencia y derecho. Esto es lo que Benjamin sugiere inmediatamente después, evocando el tema de la violencia que, en la cólera, no es nunca medio sino solamente manifestación (*Manifestation*). En tanto que la violencia que es medio para la posición del derecho no abandona nunca su propia relación con éste y asienta así el derecho como poder (*Macht*) que permanece “íntimamente y necesariamente ligado a ella” (*ibid.*, p. 198), la violencia pura, por su parte, expone y corta el nexo entre derecho y violencia y puede aparecer entonces al fin no como violencia que gobierna o ejecuta (*die schaletende*), sino como violencia que puramente actúa y manifiesta (*die waltende*). Y de este modo, si la implicación entre violencia pura y violencia jurídica, entre estado de excepción y violencia revolucionaria, se vuelve tan estrecha que los dos jugadores que

se enfrentan sobre el tablero de ajedrez de la historia parecen mover un mismo peón, a veces fuerza-de-~~ley~~, a veces medio puro, sin embargo resulta decisivo que el criterio de su distinción repose en cada caso en el desligarse de la relación entre violencia y derecho.

4.8 Es en esta perspectiva que se debe leer tanto la afirmación, en la carta a Scholem del 11 de agosto de 1934, de que “una escritura sin su clave no es escritura, sino vida” (Benjamin, 1966, p. 618), como la afirmación incluida en el ensayo sobre Kafka según la cual “el derecho que no es ya practicado y sólo es estudiado es la puerta de la justicia” (Benjamin, 1934, p. 437). La escritura (la Torah) sin su clave es la cifra de la ley en el estado de excepción, a la cual Scholem, sin sospechar siquiera que está compartiendo esta tesis con Schmitt, considera todavía como ley, que rige pero que no se aplica o se aplica sin estar vigente. Esta ley —o, más bien, esta fuerza-de-~~ley~~— no es ya, según Benjamin, ley, sino vida; vida que en la novela de Kafka “se vive en el pueblo a los pies del monte en el que aparece el castillo” (*ibid.*). El gesto más propio de Kafka no consiste en haber mantenido, como piensa Scholem, una ley que ya no tiene significado, sino en haber mostrado que ella deja de ser ley para indeterminarse punto por punto respecto de la vida.

Al desenmascaramiento de la violencia mítico-jurídica que opera la violencia pura corresponde en el ensayo sobre Kafka, como una suerte de resto, la enigmática imagen de un derecho que ya no se practica sino que sólo se estudia. Hay todavía, por lo tanto, una figura posible del derecho después de abandonar su nexo con la violencia y el poder; pero se trata de un

derecho que ya no tiene fuerza ni aplicación, como aquel en cuyo estudio se sumerge el “nuevo abogado” hojeando “nuestros viejos códigos”; o como aquel que tal vez podía tener en mente Foucault cuando hablaba de un “nuevo derecho” librado de toda disciplina y de toda relación con la soberanía.

¿Cuál puede ser el sentido de un derecho que sobrevive de semejante modo a su deposición? La dificultad con la que se enfrenta Benjamin corresponde a un problema que se puede formular –y de hecho fue formulado por primera vez por el cristianismo primitivo y luego por la tradición marxista– en los siguientes términos: ¿qué pasa con la ley después de su cumplimiento mesiánico? (Es la controversia que enfrenta a Pablo con los judíos de su tiempo.) ¿Y qué pasa con el derecho en la sociedad sin clases? (Es exactamente el debate que tiene lugar entre Vyšinskij y Pašukanis.) A estas preguntas intenta responder Benjamin con su lectura del “nuevo abogado”. No se trata, obviamente, de una fase de transición, que no llega nunca al fin al que debería conducir, ni mucho menos de un proceso de infinita deconstrucción que, manteniendo el derecho en una vida espectral, ya no es capaz de concluirlo. Lo decisivo aquí es que el derecho –ya no practicado sino estudiado– no es la justicia, sino solamente la puerta que conduce hacia ella. Abrir un paso hacia la justicia no es la cancelación sino la desactivación y la inoperancia del derecho, es decir un uso diferente del mismo. Precisamente aquello que la fuerza-de-~~lex~~ –que mantiene obrando al derecho más allá de su suspensión formal– trata de impedir. Los personajes de Kafka –y ésta es la razón por la que nos interesan– tienen que ver con esta figura espectral del derecho en el estado de excepción; buscan, cada uno según la propia estrategia, “estudiarla” y desactivarla, “jugar” con ella.

Un día la humanidad jugará con el derecho, como los niños juegan con los objetos en desuso no para restituirles su uso canónico sino para librarlos de él definitivamente. Lo que se encuentra después del derecho no es un valor de uso más propio y original, anterior al derecho, sino un uso nuevo que nace solamente después de él. Inclusive el uso, que se ha contaminado con el derecho, debe ser liberado de su propio valor. Esta liberación es deber del estudio o del juego. Y este juego estudioso es el paso que permite acceder a esa justicia, que un fragmento póstumo de Benjamin define como un estado del mundo en el cual éste aparece como un bien absolutamente inapropiable e imposible de subsumir en un orden jurídico (Benjamin, 1992, p. 41).

## 5. FIESTA, LUTO, ANOMIA

5.1 Hasta ahora, ni los estudiosos del derecho romano ni los historiadores del derecho han llegado a encontrar una explicación satisfactoria para la singular evolución semántica que lleva al término *iustitium* –designación técnica para el estado de excepción– a adquirir el significado de luto público por la muerte del soberano o de alguien de su círculo más íntimo. De hecho, al final de la República, el *iustitium* como suspensión del derecho para hacer frente a un tumulto deja de existir y el nuevo significado sustituye tan perfectamente al viejo que inclusive la memoria de este austero instituto parece desaparecer por completo. Así, a fines del siglo IV d. C., el gramático Carisio podía identificar pura y simplemente *iustitium* y *luctus publicus*. Y es significativo que después del debate suscitado por los estudios de Nissen y Middel, los estudiosos modernos hayan dejado de lado el problema del *iustitium* estado de excepción para concentrarse únicamente en el *iustitium* luto público (“le débat [...] fut assez vif, mais bientôt personne n’y pensa plus” escribió William Seston, evocando irónicamente el viejo significado en su estudio acerca del funeral de Germánico [Seston, 1962, ed. 1980, p. 155]). ¿Pero cómo fue que un término del derecho público, que designaba la suspensión del derecho en la situación

de la más extrema necesidad política, llegó a asumir el significado más anodino de ceremonia fúnebre por el luto de familia?

En un amplio estudio publicado en 1980, Versnel intentó responder a esta pregunta señalando una analogía entre la fenomenología del luto –testimoniada en las áreas más diversas de los materiales antropológicos– y los períodos de crisis política en los cuales las reglas y las instituciones sociales parecen disolverse repentinamente. Así como en los períodos de anomia y de crisis se asiste a un colapso de las estructuras sociales normales y a un desarreglo de los roles y de las funciones sociales que puede llevar hasta la completa inversión de los hábitos y de los comportamientos culturalmente condicionados, asimismo los períodos de luto se caracterizan generalmente por una suspensión y una alteración de todas las relaciones sociales. “Todo el que define a los períodos de crisis [...] como una temporaria sustitución del orden por el desorden, de la cultura por la naturaleza, del *cosmos* por el *chaos*, de la eunomia por la anomia, define implícitamente a los períodos de luto y sus manifestaciones” (Versnel, 1980, p. 583). Según Versnel, que reitera aquí el análisis de sociólogos norteamericanos como Berger y Luckmann, “todas las sociedades han sido edificadas a partir del *chaos*. La constante posibilidad del terror anómico se actualiza cada vez que se derrumban o que son amenazadas las legitimaciones que recubren la precariedad” (*ibid.*).

No sólo aquí –con una evidente petición de principio– la evolución del *iustitium* desde estado de excepción hasta luto público se explica por medio de la semejanza entre las manifestaciones del luto y las de la anomia, sino que además se intenta buscar luego la razón última de esta semejanza en la idea de

un “terror anómico” que caracterizaría a las sociedades humanas en su conjunto. Este concepto, inadecuado también para dar cuenta de la especificidad del fenómeno de cómo lo *tremendum* y lo *numinosum* de la teología marburguesa han podido orientar una correcta comprensión de lo divino, nos lleva, en última instancia, a las esferas más oscuras de la psicología: “los efectos del luto en su conjunto (especialmente si se trata de un jefe o de un rey) y la fenomenología de las fiestas cíclicas de transición [...] corresponden perfectamente a la definición de la anomia [...]. En ambos casos asistimos a una inversión temporaria de lo humano en lo no humano, de lo cultural en lo natural (visto como su contrapartida negativa), del *cosmos* en el *chaos* y de la eunomia en la anomia [...]. Los sentimientos de dolor y de desorientación y su expresión individual y colectiva no se reducen a una cultura particular o a un determinado modelo cultural. Parecería que éstos son rasgos intrínsecos de la humanidad y de la condición humana que encuentran expresión sobre todo en las situaciones marginales o liminares. Por lo tanto me inclinaría a acordar con V. W. Turner, quien, hablando de ‘eventos innaturales, o más bien anticulturales o antiestructurales’, ha sugerido que ‘es probable que Freud o Jung, cada uno a su manera, tengan mucho que decir para comprender estos aspectos no lógicos, no racionales (pero tampoco irracionales) de las situaciones liminares’” (*ibid.* p. 605).

✎ En esta neutralización de la especificidad jurídica del *iustitium* a través de su acrítica reducción psicologista, Versnel había sido precedido por Durkheim, quien en su monografía *El suicidio* (1897) había introducido el concepto de anomia en

las ciencias humanas. Definiendo, junto a las otras formas de suicidio, la categoría de “suicidio anómico”, Durkheim había establecido una correlación entre la disminución de la acción reguladora de la sociedad sobre los individuos y el aumento de la tasa de suicidios. Esto equivalía a postular, como él hizo sin proporcionar explicación alguna, una necesidad de los seres humanos de ser regulados en sus actividades y en sus pasiones: “Es característico del hombre estar sujeto a un freno no físico sino moral, esto es, social [...]. Aun así, cuando la sociedad es sacudida, ya sea por una crisis dolorosa, ya sea por transformaciones felices pero demasiado imprevistas, se vuelve momentáneamente incapaz de ejercitar esta acción. De aquí el ascenso brusco de la curva de los suicidios que hemos verificado [...]. Por lo tanto, en las sociedades modernas, la anomia es un factor regular y específico de suicidio” (Durkheim, 1897, pp. 265-70).

De este modo, no sólo se da por descontada la ecuación entre anomia y angustia (mientras que, como veremos, los materiales etnológicos y folclóricos parecen mostrar lo contrario), sino que además la posibilidad de que la anomia tenga una relación más íntima y compleja con el derecho y con el orden social es neutralizada de entrada.

5.2 Las conclusiones del estudio publicado unos años más tarde por Seston son igualmente insuficientes. El autor parece darse cuenta del posible significado político del *iustitium*-luto público en la medida en que pone en escena y dramatiza el funeral del príncipe como estado de excepción: “En los funerales imperiales sobrevive el

recuerdo de una movilización [...]. Encuadrando los ritos fúnebres en una suerte de movilización general, suspendiendo los asuntos civiles y la vida política normal, la proclamación del *iustitium* tendía a transformar la muerte de un hombre en una catástrofe nacional, en un drama en el cual todos estaban, voluntariamente o no, implicados” (Seston, 1962, pp. 171 y ss.). Sin embargo, no se sigue adelante con esta intuición y se aborda el nexo entre ambas formas del *iustitium* presuponiendo una vez más aquello que debía ser explicado, esto es, a través de un elemento de luto que estaría implícito desde el comienzo en el *iustitium* (*ibid.* p. 156).

Ha sido mérito de Augusto Fraschetti, en su monografía sobre Augusto, el haber subrayado el significado político del luto público, mostrando que el vínculo entre los dos aspectos del *iustitium* no está en un supuesto carácter de luto propio de la situación extrema o de la anomia, sino en el tumulto al que puede dar lugar el funeral del soberano. Fraschetti remonta su origen a los violentos desórdenes que en su momento siguieron a los funerales del César, definidos significativamente “funerales sediciosos” (Fraschetti, 1990, p. 57). Como, en la era republicana, el *iustitium* era la respuesta natural al tumulto, “a través de una estrategia similar, por la cual los lutos de la *domus Augusta* son asimilados como catástrofes ciudadanas, se explica la homologación del *iustitium* a luto público [...]. Su éxito es que los *bona* y los *mala* de una sola familia se vuelven pertinencia de la *res publica*” (*ibid.* p. 120). Fraschetti apunta bien cuando muestra cómo, coherentemente con esta estrategia, a partir de la muerte de su sobrino Marcelo, cada apertura del mausoleo de familia debía implicar para Augusto la proclamación de un *iustitium*.

Por cierto, es posible ver en el *iustitium*-luto público precisamente el intento del príncipe por apropiarse del estado de excepción, transformándolo en un asunto de familia. Pero la conexión es más íntima y compleja todavía.

Tomemos de Suetonio la célebre descripción de la muerte de Augusto en Nola, el 19 de agosto del año 14 d. C. El viejo príncipe, rodeado de amigos y cortesanos, pide que le lleven un espejo y, luego de haberse hecho peinar los cabellos y maquillar las mejillas flácidas, parece preocupado únicamente por saber si ha recitado bien el *mimus vita*, la farsa sobre su vida. Es más: junto a esta insistente metáfora teatral, él sigue preguntando (*identidem exquirens*), obstinadamente y casi con petulancia, algo que no es simplemente una metáfora política: *an iam de se tumultus foris fuisset*, si no había afuera un tumulto que le concernía. La correspondencia entre anomia y luto se vuelve comprensible sólo a la luz de otra correspondencia entre muerte del soberano y estado de excepción. El nexa original entre *tumultus* y *iustitium* está presente todavía, pero el tumulto coincide ahora con la muerte del soberano, mientras que la suspensión del derecho se integra en la ceremonia fúnebre. Es como si el soberano, que había abarcado en su “augusta” persona a todos los poderes excepcionales, desde la *tribunicia potestas perpetua* hasta el *imperium proconsolare maius et infinitum*, y se había vuelto, por así decirlo, un *iustitium* viviente, mostrara en el momento de su muerte su íntimo carácter anómico y viera cómo se liberan fuera de su persona, en la ciudad, el tumulto y la anomia. Como había intuido Nissen en una límpida fórmula (que es quizá la fuente de la tesis benjaminiana se-

gún la cual el estado de excepción se ha vuelto la regla), “las medidas excepcionales desaparecían porque se habían vuelto la regla” (Nissen, 1877, p. 140). La novedad constitucional del principado puede verse entonces como una incorporación del estado de excepción y de la anomia directamente en la persona del soberano, que comienza a deshacerse de toda subordinación al derecho para afirmarse como *legibus solutus*.

5.3 Esta naturaleza íntimamente anómica de la nueva figura del poder supremo aparece con claridad en la teoría del soberano como “ley viviente” (*nómos émpsychos*), que se elabora en el ámbito neopitagórico en los mismos años en que se ve afirmarse el principado. La fórmula *basileús nómos émpsychos* se encuentra enunciada en el tratado de Diotógenes sobre la soberanía, que fue parcialmente conservado por Estobeo y cuya relevancia para el origen de la teoría moderna de la soberanía no debe ser menospreciada. La habitual miopía filológica impidió al editor moderno del tratado advertir la obvia conexión lógica entre esta fórmula y el carácter anómico del soberano, aunque ella se afirmara sin reservas en el texto. El pasaje en cuestión —en parte corrupto y, aun así, perfectamente consecuente— se articula en tres puntos: 1) “El rey es el más justo [*dikaiótatos*] y el más justo es el más legal [*nominótatos*]”; 2) “Sin justicia nadie puede ser rey, pero la justicia es sin ley [*áneu nómō dikaiosýna*: la inserción de la negación antes de *dikaiosýne*, propuesta por Delatte, es, desde el punto de vista filológico, totalmente innecesaria]”; 3) “El justo es legítimo y el soberano, convertido en causa de lo justo, es una ley viviente” (Delatte L., 1942, p. 37).

Que el soberano sea una ley viviente puede significar solamente que él no está obligado por ella, que la vida de la ley coincide en él con una anomia integral. Diotógenes lo explica un poco más adelante con claridad inequívoca: “Puesto que el rey tiene un poder irresponsable [*archàn anypeúthynon*] y es él mismo una ley viviente, se parece a un dios entre los hombres” (*ibid.* p. 39). Y aún más, precisamente en la medida en que se identifica con la ley, el rey se mantiene en relación con ella y se pone como anómico fundamento del orden jurídico. Esto es, la identificación entre soberano y ley representa el primer intento de afirmar la anomia del soberano y, con ella, su vínculo esencial con el orden jurídico. El *nómos émpsychos* es la forma originaria del nexo que el estado de excepción establece entre un afuera y un adentro de la ley y, en este sentido, constituye el arquetipo de la teoría moderna de la soberanía.

La correspondencia entre *iustitium* y luto muestra aquí su verdadero significado. Si el soberano es un *nomos* viviente, si por ello anomia y *nomos* coinciden en su persona sin residuos, entonces la anarquía (que, al morir el soberano – cuando es rescindido el nexo que la une a la ley– amenaza con liberarse en la ciudad) debe ser ritualizada y controlada, transformando el estado de excepción en luto público y el luto en *iustitium*. A la indecidibilidad de *nomos* y anomia en el cuerpo viviente del soberano corresponde la indecidibilidad entre estado de excepción y luto público en la ciudad. Antes de asumir la forma moderna de una decisión acerca de la emergencia, la relación entre soberanía y estado de excepción se presenta en la forma de una identidad entre soberano y anomia. El soberano, en la medida en que es una

ley viviente, es íntimamente *anomos*. Aquí también el estado de excepción es la vida –secreta y más verdadera– de la ley.

✎ La tesis “el soberano es una ley viviente” había encontrado su primera formulación en el tratado del Pseudo Arquitas *Sobre la ley y la justicia*, que fue conservado por Estobeo junto con el tratado de Diotógenes sobre la soberanía. Más allá de que sea correcta o no la hipótesis de Gruppe según la cual estos tratados habrían sido compuestos por un judío alejandrino del primer siglo de nuestra era, es cierto que tenemos que tratar con un conjunto de textos que, bajo la cubierta de una serie de categorías platónicas y pitagóricas, buscan fundar una concepción de la soberanía completamente desligada de las leyes y aun así fuente de legitimidad. En el texto del Pseudo Arquitas, esto se evidencia en la distinción entre el soberano (*basileús*), que es la ley, y el magistrado (*archon*), que se limita a observarla. La identificación entre ley y soberano tiene como consecuencia la escisión de la ley en una ley “viviente” (*nómos émpsychos*) jerárquicamente superior y una ley escrita (*gramma*), subordinada a aquella: “Digo que toda comunidad se compone de un *archon* (el magistrado que manda), de un mandado y, como tercero, de las leyes. De aquéllas, la viviente es el soberano (*ho men émpsychos ho basileus*), la inanimada es la letra (*gramma*). Por ser la ley el elemento primero, el rey es legal, el magistrado es conforme (a la ley), el mandado es libre y la ciudad entera es feliz; pero si hay desviación, el soberano es tirano, el magistrado no es conforme a la ley y la comunidad es infeliz” (Delatte A., 1922, p. 84).

Con una compleja estrategia, en la que no faltan analogías con la crítica paulina al *nomos* judío (la proximidad es a veces

también textual: *Epístola a los Romanos* 3, 21: *choris nomou dikaiosyne*; Diotógenes: *aneu nóμου dikaiosýne*; y en el Pseudo Arquitas la ley es definida como “letra” –*gramma*– exactamente como en Pablo), elementos anómicos son introducidos en la polis a través de la persona del soberano, aparentemente sin rozar el primado del *nomos* (el soberano es, de hecho, “ley viviente”).

5.4 La secreta solidaridad entre la anomia y el derecho sale a la luz en otro fenómeno, que representa una figura simétrica y, de algún modo, inversa respecto del *iustitium* imperial. Desde hace tiempo, estudiosos del folclore y antropólogos se han familiarizado con esas fiestas periódicas –como las Antesterias y Saturnales del mundo clásico y el *charivari* y el carnaval del mundo medieval y moderno– caracterizadas por una licencia desenfadada y por la suspensión y el desbaratamiento de las jerarquías jurídicas y sociales normales. Durante estas fiestas, que se encuentran con caracteres similares en épocas y culturas diversas, los hombres se travisten y se comportan como animales, los patrones sirven a los esclavos, masculino y femenino intercambian roles y los comportamientos delictivos son considerados lícitos o, en todo caso, no punibles. Ellas inauguran, de hecho, un período de anomia que quiebra y subvierte temporariamente el orden social. Los estudiosos siempre han tenido dificultad para explicar estas explosiones anómicas imprevistas que ocurren en el interior de sociedades bien ordenadas y, sobre todo, su tolerancia por parte de las autoridades tanto religiosas como civiles.

Contra la interpretación que las remontaba a los ciclos agrarios ligados al calendario solar (Mannhardt, Frazer) o a una función

periódica de purificación (Westermarck), Karl Meuli, con una intuición genial, por el contrario, puso a las fiestas anómicas en relación con el estado de suspensión de la ley que caracteriza a algunos institutos jurídicos arcaicos, como la *Friedlosigkeit* germánica o la persecución del *vargus* en el antiguo derecho inglés. En una serie de estudios ejemplares, Meuli ha mostrado cómo los desórdenes y las violencias minuciosamente enumeradas en las descripciones medievales del *charivari* o de otros fenómenos anómicos reproducen puntualmente las diversas fases en las que se articulaba el cruel ritual a través del cual el *Friedlos* y el *banido*\* eran expulsados de la comunidad, sus casas destechadas y destruidas, los pozos envenenados o abandonados en estado salobre. Las payasadas descritas en el inaudito *chalivali* en el *Roman*

\* En el original italiano, “bandito”. Remitimos aquí a la noción de *bando* y *banido* que el autor ya utiliza ampliamente en *Homo sacer* I. Dice allí: “Sirviéndonos de una indicación de J.-L. Nancy, llamamos *bando* (del antiguo término germánico que designa tanto la exclusión de la comunidad como el mandato y la insignia del soberano) a esa potencia (en el sentido propio de la *dynamis* aristotélica, que es también siempre *dýnamis mē energeîn*, potencia de no pasar al acto) de la ley de mantenerse en la propia privación, de aplicarse desaplicándose. La relación de excepción es una relación de bando. El que ha sido puesto en bando no queda sencillamente fuera de la ley ni es indiferente a ésta, sino que es abandonado por ella, es decir que queda expuesto y en peligro en el umbral en que vida y derecho, interior y exterior se confunden. De él no puede decirse literalmente si está dentro o fuera del orden jurídico, por esto originariamente las locuciones italianas ‘in bando’, ‘a bandono’ significan tanto a la merced de (‘a la merced di’) como a voluntad propia, a discreción, libremente [...]; y *banido* (‘bandito’) tiene a la vez el valor de excluido, puesto en bando (‘escluido, messo al bando’), y el de abierto a todos, libre” (G. Agamben, *Homo sacer* I, Pre-textos, Valencia, 1998. pp. 44-45). El responsable de la traducción de ese texto al español, Antonio Gimeno Cuspina, explica así las razones por las cuales elige traducir *Friedlos* y el italiano “bandito” como

de Fauvel (*Li un montret son cul au vent, / Li autre rompet un auvent, L'ur cassoit fenestres et huis, / L'autre getoit le sel ou puis, / L'un geroit le brun aus visages; / Trop estoient lès et sauvages*) no aparecen ya como partes de un inocente pandemio y encuentran, una tras otra, su comprobación y su contexto propio en la *Lex Baiuvariorum* o en los estatutos penales de las ciudades medievales. Lo mismo puede decirse de los disturbios cometidos en las fiestas de disfraces o en las colectas infantiles, en las que los niños castigaban a quien no cumplía con la obligación de donar con violencias de las que Halloween conserva apenas un recuerdo. “*Charivari* es una de las múltiples designaciones, diferentes según los lugares y los países, para un antiguo y extensamente difundido acto de justicia popular, que se desarrollaba en forma similar pero no idéntica. Estas formas se usaban en sus castigos rituales y también en las fiestas de disfraces cíclicas y asimismo en sus descendientes más extremos que son las colectas tradicionales de los niños. Es entonces sin duda posible servirse de ellas para la interpretación de los fenómenos de tipo *charivari*. Un análisis más atento revela que las que parecían a primera vista groserías y ruidosas molestias son en realidad costumbres tradicionales y formas jurídicas bien

---

*banido*: “La forma participial italiana ‘bandito’ corresponde a la española *bandido* y en ambos casos se emplea idéntico término para el adjetivo. (...) Precisamente para evitar la confusión entre el participio y el adjetivo hemos optado, incurriendo en un arcaísmo reduplicado por utilizar la forma castellana más primitiva, *banido*, que aún sigue apareciendo en algunos diccionarios como el de María Moliner, y que, por lo dicho antes, compite desventajosamente con encartado yregonado” (*ibid.*, p. 250). Seguimos aquí el mismo criterio, en favor de la coherencia entre los distintos volúmenes de *Homo sacer*. (N. de T.)

definidas a través de las cuales eran ejecutados el bando y la proscripción desde tiempos inmemoriales” (Meuli, 1975, p. 473).

Si la hipótesis de Meuli es correcta, la “anarquía legal” de las fiestas anómicas no se remonta a antiguos ritos agrarios que en sí no explican nada, sino que pone de manifiesto en forma paródica la anomia intrínseca al derecho, el estado de emergencia como pulsión anómica contenida en el corazón mismo del *nomos*.

Es decir que las fiestas anómicas señalan hacia una zona en donde la máxima sujeción de la vida al derecho se trastoca en libertad y licencia, y la anomia más desenfrenada muestra su paródica conexión con el *nomos*: en otras palabras, hacia el estado de excepción efectivo como umbral de indiferencia entre anomia y derecho. En la exhibición del carácter luctuoso de toda fiesta y del carácter festivo de todo luto, derecho y anomia muestran su distancia y, a la vez, su secreta solidaridad. Es como si el universo del derecho —y, más en general, el ámbito de la acción humana en tanto tiene que ver con el derecho— se presentase en última instancia como un campo de fuerzas recorrido por dos tensiones conjugadas y opuestas: una que va de la norma a la anomia y la otra que conduce de la anomia a la ley y a la regla. De aquí un doble paradigma, que signa el campo del derecho con una ambigüedad esencial: por una parte, una tendencia normativa en sentido estricto, que apunta a cristalizarse en un sistema rígido de normas, cuya conexión con la vida es, sin embargo, problemática, si no imposible (el estado perfecto de derecho, en el cual todo se regula por normas); por otra parte, una tendencia anómica que desemboca en el estado de excepción o en la idea del soberano como ley viviente, en el cual una fuerza-de-~~ley~~ vacía de norma actúa como pura inclusión de la vida.

Las fiestas anómicas dramatizan esta ambigüedad irreductible de los sistemas jurídicos y muestran, a la vez, que lo que se pone en juego en la dialéctica entre estas dos fuerzas es la relación misma entre el derecho y la vida. Ellas celebran y reproducen paródicamente la anomia a través de la cual la ley se aplica al caos y a la vida sólo al precio de convertirse ella misma, durante el estado de excepción, en vida y caos viviente. Y tal vez haya llegado el momento de intentar comprender mejor la ficción constitutiva que, vinculando norma y anomia, ley y estado de excepción, asegura también la relación entre el derecho y la vida.

## 6. AUCTORITAS Y POTESTAS

6.1 En nuestro análisis del estado de excepción en Roma omitimos preguntarnos cuál sería el fundamento del poder del senado para suspender el derecho a través del *senatus consultum ultimum* y la consecuente proclamación del *iustitium*. Quienquiera que fuese el sujeto habilitado para declarar el *iustitium*, es cierto que en todos los casos éste es declarado *ex auctoritate patrum*. Se sabe que el término que designaba en Roma la prerrogativa más propia del senado no era, de hecho, ni *imperium* ni *potestas* sino *auctoritas*: *auctoritas patrum* es el sintagma que define la función específica del senado en la Constitución romana.

Con esta categoría de *auctoritas* –en particular en su contraposición a la *potestas*– nos encontramos frente a un fenómeno cuya definición, tanto en la historia del derecho como, más en general, en la filosofía y en la teoría política, parece toparse con obstáculos y aporías casi insuperables. “Es particularmente difícil –escribía a comienzos de la década de 1950 un historiador francés del derecho romano– sintetizar los varios aspectos jurídicos de la noción de *auctoritas* en un concepto unitario” (Magdelain, 1990, p. 685), y, a fines de la misma década, Hannah Arendt podía abrir su ensayo *¿Qué es la autoridad?* observando que hasta tal punto ella se había “des-

vanecido del mundo moderno” que, en ausencia de cualquier “auténtica e indiscutible” experiencia de la cosa, “el mismo término ha sido completamente oscurecido por controversias y confusiones” (Arendt, 1961, p. 91). Probablemente no exista mejor prueba de estas confusiones —y de las ambigüedades que ellas implican— que el hecho de que Arendt emprendiese su revalorización de la autoridad sólo pocos años después de que Adorno y Else Frenkel-Brunswick hubieran elaborado su ataque frontal contra “la personalidad autoritaria”. Por otra parte, al denunciar con severidad “la identificación liberal de autoridad y tiranía” (*ibid.* p. 97), Arendt posiblemente no se daba cuenta de coincidir en esta denuncia con un autor que le resultaba por cierto aborrecible.

En 1931, en un opúsculo con el significativo título *Der Hüter der Verfassung* (*El custodio de la constitución*), Carl Schmitt había intentado, en efecto, definir el poder neutral del presidente del Reich en el estado de excepción contraponiendo dialécticamente *auctoritas* y *potestas*. Con palabras que anticipan las argumentaciones de Arendt, y luego de haber recordado que ya tanto Bodin como Hobbes estaban en condiciones de apreciar el significado de la distinción, lamentaba, por su parte, “la ausencia de tradición de la teoría moderna del Estado, que opone autoridad y libertad, autoridad y democracia hasta confundir la autoridad con la dictadura” (Schmitt, 1931, p. 137). Ya en 1928, en su tratado de derecho constitucional, aún sin definir la oposición, Schmitt evocaba “la gran importancia en la doctrina general del Estado” y reenviaba para su determinación al derecho romano (“el senado tenía la *auctoritas*, en cambio del pueblo descenden *potestas e imperium*” [Schmitt, 1928, p. 109]).

En 1968, en un estudio acerca de la idea de autoridad publicado en una *Festgabe* por los ochenta años de Schmitt, un estudio español, Jesús Fueyo, notaba que la confusión moderna de *auctoritas* y *potestas* —“dos conceptos que expresan el sentido originario a través del cual el pueblo romano concibió su vida comunitaria” (Fueyo, 1968, p. 212)— y su confluir en el concepto de soberanía “ha sido la causa de la inconsistencia filosófica de la teoría moderna del Estado”; y agregaba inmediatamente después que esta confusión “no es solamente académica, sino que está inscrita en el proceso real que ha llevado a la formación del orden político moderno” (*ibid.* p. 213). Es el sentido de esta “confusión” inscrita en la reflexión y en la praxis política de Occidente lo que ahora deberíamos tratar de comprender.

⌘ Es opinión compartida que el concepto de *auctoritas* es específicamente romano, así como es un estereotipo la referencia a Dion Casio para probar la imposibilidad de traducirlo al griego. Pero Dion Casio, que era un eximio conocedor del derecho romano, no dice —como se suele repetir— que el término sea imposible de traducir; dice más bien que no puede ser traducido *kathapax* “de una vez y para todos los casos” (*hellenisai autò kathápax adýnaton esti* [Dio. Cas. 55, 3]). Esto implica que el término debe ser vertido en griego en cada ocasión con términos diferentes según los contextos, lo cual es obvio, dada la amplia extensión del concepto. Por lo tanto, Dion no tiene en mente algo así como una especificidad romana del término, sino que ve la dificultad de reducirlo a un significado único.

6.2 La definición del problema es complicada por el hecho de que el concepto de *auctoritas* se refiere a una fenomenología jurídica relativamente amplia que tiene que ver tanto con el derecho privado como con el derecho público. Conviene comenzar desde el principio nuestro análisis para verificar luego si es posible reunir en una unidad los dos aspectos.

En ámbito privado, la *auctoritas* es la propiedad del *auctor*, es decir, de la persona *sui iuris* (el *pater familias*) que interviene —pronunciando la fórmula técnica *auctor fío*— para conferir validez jurídica al acto de un sujeto que por sí solo no puede llevar a cabo un acto jurídico válido. Así, la *auctoritas* del tutor hace válido el acto del incapaz y la *auctoritas* del padre “autoriza”, es decir, hace válido, el matrimonio del hijo *in potestate*. De manera análoga, el vendedor (en una *mancipatio*) es llevado a asistir al comprador para convalidar su título de propiedad en el curso de un proceso de reivindicación que le opone un tercero.

El término deriva del verbo *augeo*: *auctor è is qui auget*, aquel que aumenta, acrecienta o perfecciona el acto —o la situación jurídica— de otro. En la sección de su *Vocabulario* dedicada al derecho, Benveniste ha intentado mostrar que el significado originario del verbo *augeo* —que en el área indoeuropea está significativamente emparentado con términos que expresan fuerza— no es simplemente “hacer crecer algo que ya existe” sino “producir algo desde el propio seno, hacer existir” (Benveniste, 1969, vol. 2, p. 148). En verdad, en el derecho clásico los dos significados no son en modo alguno contradictorios. El mundo grecorromano, por cierto, no conoce la creación *ex nihilo*, sino que todo acto de creación implica siempre algo más, materia informe o ser incompleto,

al cual se trata de perfeccionar o de hacer crecer. Toda creación es siempre cocreación, así como todo autor es siempre coautor. Como escribió eficazmente Magdelain, “la *auctoritas* no se basta a sí misma: ya sea que autorice, ya sea que ratifique, supone una actividad extraña que ella valida” (Magdelain, 1990, p. 685). Es como si, para que algo pueda existir en el derecho, fuese necesaria una relación entre dos elementos (o dos sujetos): uno provisto de *auctoritas* y otro que toma la iniciativa del acto en sentido estricto. Si los dos elementos o los dos sujetos coinciden, entonces el acto es perfecto. Si en cambio hay entre ellos un deshacerse o una desconexión, es precisa la *auctoritas* para que el acto sea válido. Pero, ¿de dónde proviene la “fuerza” del *auctor*? ¿Y qué es este poder de *augere*?

Ya ha sido señalado oportunamente que la *auctoritas* no tiene nada que ver con la representación, por la cual los actos cumplidos por el mandatario o por un representante legal se imputan al mandante. El acto del *auctor* no se funda sobre algo de la índole de un poder jurídico de representación del cual él está investido (con respecto al menor o al incapaz): emana directamente de su condición de *pater*. Del mismo modo, el acto del vendedor, que interviene como *auctor* para defender al comprador, no tiene nada que ver con un derecho de garantía en sentido moderno. Pierre Noailles, que había estado intentando en los últimos años de su vida delinear una teoría unitaria de la *auctoritas* en el derecho privado, pudo escribir desde ese lugar que ésta es “un atributo inherente a la persona y a la persona física originariamente [...], el privilegio que pertenece a un romano, en las condiciones requeridas, de servir de fundamento a la situación jurídica creada por otros” (Noailles, 1948, p. 274). “La *auctoritas* —agregaba—, así

como todas las potencias del derecho arcaico que fueran familiares, privadas o públicas, era concebida según el modelo unilateral del derecho puro y simple, sin obligación ni sanción” (*ibid.*). Y aun así es suficiente reflexionar sobre la fórmula *auctor fio* (y no simplemente *auctor sum*) para darse cuenta de que ésta parece implicar no tanto el ejercicio voluntario de un derecho sino la realización de una potencia impersonal en la persona misma del *auctor*.

6.3 En el derecho público la *auctoritas* designa, como hemos visto, la prerrogativa más propia del senado. Sujetos activos de esta prerrogativa son, por lo tanto, los *patres*: *auctoritas patrum* y *patres auctores fiunt* son fórmulas comunes para expresar la función constitucional del senado. Los historiadores del derecho, sin embargo, siempre han tenido dificultad para definir esta función. Ya Mommsen observaba que el senado no tiene una acción propia, pero puede actuar sólo con el concurso del magistrado o para integrar las decisiones de los comicios populares, ratificando las leyes. Éste no puede expresarse sin ser interrogado por los magistrados y sólo puede preguntar o “aconsejar” —*consultum* es el término técnico— sin que este “consejo” sea en absoluto vinculante. *Si eis videatur*, si a éstos (a los magistrados) les parece oportuna, cabe la fórmula del senadoconsulta; en el caso extremo del senadoconsulta último, la fórmula es apenas más enfática: *videant consules*. Mommsen expresa este carácter particular de la *auctoritas* escribiendo que ésta es “menos que un orden y más que un consejo” (Mommsen, 1969, p. 1034).

Es cierto, en todo caso, que la *auctoritas* no tiene nada que

ver con la *potestas* o el *imperium* de los magistrados o del pueblo. El senador no es un magistrado, y casi nunca encontramos que se utilice para sus “consejos” el verbo *iubere*, que define las decisiones de los magistrados o del pueblo. Y aún más, con una fuerte analogía con la figura del *auctor* en el derecho privado, la *auctoritas patrum* interviene para ratificar y para hacer plenamente válidas las decisiones de los comicios populares. Una misma fórmula (*auctor fio*) designa tanto la acción del tutor que integra el acto del menor como la ratificación senatorial de las decisiones populares. La analogía no significa aquí necesariamente que el pueblo deba ser considerado como un menor respecto del cual los *patres* actúan como tutores: lo esencial es más bien que inclusive en este caso se encuentra aquella dualidad de elementos que en la esfera del derecho privado define a la acción jurídica perfecta. *Auctoritas* y *potestas* son claramente distintas y, aun así, forman juntas un sistema binario.

⌘ La polémica entre los estudiosos que tienden a unificar bajo un solo paradigma la *auctoritas patrum* y el *auctor* del derecho privado se resuelve seguramente si se considera que la analogía no concierne a las figuras singulares sino a la estructura misma de la relación entre los dos elementos, cuya integración constituye el acto perfecto. Ya Heinze, en un estudio de 1925 que ha ejercido una notable influencia sobre los estudiosos del mundo romano, definía el elemento común entre el menor y el pueblo con estas palabras: “Al menor y al pueblo se los decide a obligarse en una cierta dirección, pero su obligación no puede realizarse sin la colaboración de otro sujeto” (Heinze, 1925, p. 350). Es decir, no se trata de una supuesta tendencia de los estudiosos “a

representarse el derecho público bajo una luz privatista” (Biscardi, 1987, p. 119), sino de una analogía estructural que concierne, como veremos, a la naturaleza misma del derecho. La validez jurídica no es un carácter originario de las acciones humanas, sino que debe ser comunicada a éstas a través de una potencia que acuerda la legitimidad” (Magdelain, 1990, p. 686).

6.4 Intentamos definir mejor la naturaleza de esta “potencia que acuerda la legitimidad” en su relación con la *potestas* de los magistrados y del pueblo. Los intentos de captar esta relación no han tenido en cuenta precisamente esa figura extrema de la *auctoritas* que está en cuestión en el senadoconsulto último y en el *iustitium*. El *iustitium* —ya lo vimos— produce una verdadera y propia suspensión del orden jurídico. En particular, los cónsules son reducidos a la condición de ciudadanos particulares (*in privato abdití*), mientras que todo particular actúa como si estuviese revestido de un *imperium*. Con inversa simetría, en el 211 a. C., cuando Aníbal se acercaba a Roma, un senadoconsulto resucitó el *imperium* de los ex dictadores, cónsules y censores (*placuit omnes qui dictatores, consules censoresve fuissent cum imperio esse, donec recessisset a muris hostis* [Liv. 26, 10, 9]). En el caso extremo —es decir, el que mejor la define, si es cierto que son siempre la excepción y la situación extrema las que definen el carácter más propio de un instituto jurídico— la *auctoritas* parece actuar como una fuerza que suspende la *potestas* donde ésta tenía lugar y la reactiva allí donde ésta ya no estaba en vigor. Consiste, en definitiva, en un poder que suspende o reactiva el derecho pero que no rige formalmente como derecho.

Esta relación —a la vez de exclusión y de complemento— entre *auctoritas* y *potestas* se encuentra también en otro instituto, en el cual la *auctoritas patrum* muestra una vez más su función peculiar: el *interregnum*. También después de la caída de la monarquía, cuando por muerte o por cualquier otra razón no hubiese ya en la ciudad ni cónsul ni magistrado alguno (salvo los representantes de la plebe), los *patres auctores* (o sea, el grupo de los senadores que pertenecían a una familia consular, en oposición a los *patres conscripti*) nombraban un *interrex*, que aseguraba la continuidad del poder. La fórmula utilizada era: *res publica ad patres redit o auspicia ad patres redeunt*. Como escribió Magdelain, “durante el interregno la constitución se encuentra en suspenso [...]. La República está sin magistrados, sin senado, sin asambleas populares. Entonces el grupo senatorial de los *patres* se reúne y nombra soberanamente el primer *interrex*, que nombra a su vez a su propio sucesor” (Magdelain, 1990, pp. 359 y ss.). La *auctoritas* muestra también aquí su conexión con la suspensión de la *potestas* y, a la vez, su capacidad de asegurar en circunstancias excepcionales el funcionamiento de la República. Una vez más, esta prerrogativa compete inmediatamente a los *patres auctores* como tales. El primer *interrex* no es, de hecho, investido como magistrado de un *imperium* sino sólo de *auspicia* (*ibid.* p. 356); y Apio Claudio, al reivindicar, contra los plebeyos, la importancia de los *auspicia*, afirma que aquéllos pertenecen a los *patres privatim*, a título personal y exclusivo: *nobis adeo propria sunt auspicia, ut [...] privatim auspicia habeamus* (Liv. 6, 41, 6). El poder de reactivar la *potestas* vacante no es un poder jurídico recibido del pueblo o de un magistrado sino que emana inmediatamente de la condición personal de los *patres*.

6.5 Un tercer instituto a través del cual la *auctoritas* muestra su función específica de suspensión del derecho es la *hostis iudicatio*. En situaciones excepcionales, en las cuales un ciudadano romano amenazaba la seguridad de la República por medio de conspiraciones o traición, el senado podía declararlo *hostis*, enemigo público. El *hostis iudicatus* no era simplemente equiparado a un enemigo extranjero, el *hostis alienigena*, ya que a éste, al menos, lo protegía siempre el *ius gentium* (Nissen, 1877, p. 27); a éste, más bien, se lo privaba radicalmente de todo status jurídico y por lo tanto podía ser despojado de sus bienes en cualquier momento y llevado a la muerte. Lo que aquí se suspende de la *auctoritas* no es simplemente el orden jurídico sino el *ius civis*, el status mismo del ciudadano romano.

La relación —a la vez antagonica y complementaria— entre *auctoritas* y *potestas* se muestra, finalmente, en una particularidad terminológica que Mommsen ha sido el primero en notar. El sintagma *senatus auctoritas* se usa en sentido técnico para designar al senadoconsulto que, por habersele opuesto una *intercessio*, es privado de efectos jurídicos y no puede, por lo tanto, ser ejecutado en ningún caso (ni aun si era transcripto como tal en las actas, *auctoritas* perscrita). O sea: la *auctoritas* del senado aparece en su forma más pura y perspicua cuando ha sido invalidada por la *potestas* de un magistrado, cuando vive como mera escritura en absoluta oposición a la vigencia del derecho. La *auctoritas* muestra aquí por un momento su esencia: la potencia que puede a la vez “acordar la legitimidad” y suspender el derecho exhibe su carácter más propio en el punto de su máxima ineficacia jurídica. Ella es lo que queda del derecho cuando se suspende integralmente el derecho (en este sentido, en la

lectura benjaminiana de la alegoría kaffkiana, no derecho sino vida, derecho que se indetermina punto por punto con la vida).

6.6 Es quizá en la *auctoritas principis* —esto es, en el momento en el cual Augusto, en un célebre pasaje de las *Res gestae*, reivindica la *auctoritas* como fundamento del propio status de *princeps*— donde podemos comprender mejor el sentido de esta singular prerrogativa. Es significativo que precisamente la publicación en 1924 del *Monumentum Antiochenum*, que permitía una reconstrucción más exacta del pasaje en cuestión, coincidiera con el renacimiento de los estudios modernos sobre la *auctoritas*. ¿De qué se trataba sustancialmente? De una serie de fragmentos de una inscripción latina que contenía un pasaje del capítulo 34 de las *Res gestae* que sólo aparecía testimoniado íntegramente en la versión griega. Mommsen había reconstruido el texto latino en estos términos: *post id tempus praestiti omnibus dignitate (axiomati), potestatis autem nihil amplius habui quam qui fuerunt mihi quoque in magistratu conlega*. La inscripción antioquena mostraba que Augusto no había escrito *dignitate* sino *auctoritate*. Comentando en 1925 el nuevo dato, Heinze escribió: “Nosotros, los filólogos, deberíamos avergonzarnos todos por haber seguido ciegamente la autoridad de Mommsen: la sola posible antítesis a la *potestas*, esto es, al poder jurídico de un magistrado, no era en este pasaje *dignitas* sino *auctoritas*” (Heinze, 1925, p. 348).

Tal como ocurre a menudo y, por otra parte, tal como no han dejado de señalar los estudiosos, el redescubrimiento del concepto (en los diez años sucesivos aparecieron no menos de quince importantes monografías sobre la *auctoritas*) iba de la

mano con el peso creciente que estaba ganando el principio autoritario en las sociedades europeas. “*Auctoritas* –escribió en 1937 un estudioso alemán–, es decir el concepto fundamental en el derecho público en nuestros Estados autoritarios modernos, es comprensible no sólo según la letra, sino también desde el punto de vista del contenido, comprensible sólo a partir del derecho romano de la edad del principado” (Wenger, 1937-39, vol. 1, p. 152). Y, con todo, es posible que este nexo entre el derecho romano y nuestra experiencia política sea precisamente lo que todavía nos queda por indagar.

6.7 Si ahora volvemos al pasaje de las *Res gesta*, es decisivo el hecho de que aquí Augusto defina la especificidad de su poder constitucional no en los términos ciertos de una *potestas*, que él declara compartir con los que son sus colegas en la magistratura, sino en los términos más vagos de una *auctoritas*. El sentido del nombre “Augusto”, que el senado le confirió el 16 de enero del año 27, coincide integralmente con esta reivindicación: proviene de la misma raíz de *augeo* y de *auctor* y, como nota Dion Casio, “no significa una *potestas* [*dynamis*] [...] sino muestra el esplendor de la *auctoritas* [*tèn toû axiómatos lampróteta*]” (53, 18, 2).

En el edicto del 13 de enero del mismo año, en el cual declara su intención de restaurar la constitución republicana, Augusto se define *optimi status auctor*. Como observó con agudeza Magdelain, aquí el término *auctor* no tiene el significado genérico de “fundador” sino el sentido técnico de “garante en una *mancipatio*”. Dado que Augusto concibe la restauración republicana como una transferencia de la *res publica* de sus manos

a las del pueblo y a las del senado (cfr. *Res gesta*, 34, I) es posible que “dans la formule *auctor optimi status* [...] le terme d’*auctor* ait un sens juridique assez précis et renvoie à l’idée de transfert de la *res publica* [...], Auguste serait ainsi l’*auctor* des droits rendus au peuple et au Sénat, de même que, dans la mancipation, le *mancipio dans* est l’*auctor* de la puissance acquise, sur l’objet transféré, par le *mancipio accipens*” (Magdelain, 1947, p. 57).

En todo caso, el principado romano, que habitualmente definimos a través de un término –emperador– que remite al *imperium* del magistrado, no es una magistratura, sino una forma extrema de la *auctoritas*. Heinze ha definido puntualmente esta contraposición: “Toda magistratura es una forma preestablecida, en la cual ingresa el individuo y que constituye la fuente de su poder; por el contrario, la *auctoritas* emana de la persona, como algo que se constituye a través de ella, vive sólo en ella y con ella perece” (Heinze, 1925, p. 356). Si Augusto recibe del pueblo y del senado todas las magistraturas, la *auctoritas* está ligada en cambio a su persona y lo constituye como *auctor optimi status*, como aquel que legitima y garantiza toda la vida política romana.

De aquí el particular status de su persona, que se traduce en un hecho cuya importancia no ha sido plenamente apreciada hasta ahora. Dion Casio (55, 12, 5) nos informa que Augusto “hizo pública toda su casa [*tèn oikian edemostiose pásan*] [...] para habitar al mismo tiempo en público y en privado [*hin’ en toís idíois háma kai en toís koinoís oikóte*]”. Es la *auctoritas* que encarna y no las magistraturas de las que ha sido investido lo que hace imposible aislar en él algo así como una vida y una *domus* privadas. En el mismo sentido se debe interpretar el hecho de que en la casa de Augusto sobre el

Palatino se le dedique un *signum* a Vesta. Frascetti observó oportunamente que, dada la secreta conexión entre el culto de Vesta y el de los Penati públicos del pueblo romano, esto significaba que los Penati de las familias de Augusto se identificaban con los del pueblo romano y que por lo tanto “los cultos privados de una familia [...] y cultos comunitarios por excelencia en el ámbito ciudadano (el de Vesta y de los Penati públicos del pueblo romano) en la casa de Augusto parecerían de hecho poder homologarse” (Frascetti, 1990, p. 359). La vida “augusta” no es ya definible como la de los ciudadanos comunes a través de la oposición público/privado.

✎ Bajo esta luz debería ser releída la teoría de Kantorowicz sobre los dos cuerpos del rey para que pudiera aportarnos algunas precisiones. Kantorowicz, quien en general tiende a menospreciar la importancia del precedente romano de la doctrina que intenta reconstruir para las monarquías inglesa y francesa, no pone en relación la distinción entre *auctoritas* y *potestas* con el problema de los dos cuerpos del rey o con el principio *dignitas non moritur*. Pero es precisamente porque el soberano era antes que nada la encarnación de una *auctoritas* y no solamente de una *potestas* que la *auctoritas* estaba tan estrechamente ligada a su persona física que hace necesario el complicado ceremonial de la confección de un doble de cera del soberano en el *funus imaginarium*. El fin de una magistratura como tal no implica en modo alguno un problema de cuerpos: un magistrado sucede al otro sin necesidad de presuponer la inmortalidad de la carga. Sólo porque, a partir del *princeps* romano, el soberano expresa en su misma persona una *auctoritas*, sólo porque en su vida “augusta” público y priva-

do han ingresado en una zona de absoluta indistinción, se vuelve necesario diferenciar dos cuerpos para asegurar la continuidad de la *dignitas* (que es simplemente sinónimo de *auctoritas*).

Para comprender fenómenos modernos como el *Duce* fascista y el *Führer* nazi es importante no olvidar su continuidad con el principio de la *auctoritas principis*. Como ya hemos observado, ni el *Duce* ni el *Führer* representan las magistraturas o los cargos públicos constitucionalmente definidos —aun cuando Mussolini y Hitler asumían respectivamente los cargos de jefe del gobierno y de canciller del Reich, así como Augusto asumía el *imperium* consular o la *potestas tribunicia*. Las cualidades de *Duce* o de *Führer* están inmediatamente ligadas a la persona física y pertenecen a la tradición biopolítica de la *auctoritas* y no a la jurídica de la *potestas*.

6.8 Es significativo que los estudiosos modernos hayan recogido tan rápido la pretensión de la *auctoritas* de ser inherente en forma inmediata a la persona viviente del *pater* o del *princeps*. La que era con toda evidencia una ideología o una *factio* que debía fundar la preeminencia o, como quiera que sea, el rango específico de la *auctoritas* respecto de la *potestas*, se vuelve así una figura de la inmanencia del derecho en la vida. No es casualidad que esto ocurra precisamente en años en que el principio autoritario asumía en Europa un renacimiento inesperado a través del fascismo y del nacionalsocialismo. Aunque fuese evidente que no puede existir algo así como un tipo humano eterno, que se encarna de vez en cuando en Augusto, Napoleón o Hitler, sino solamente dispositivos jurídicos más o menos semejantes —el estado de excepción, el *iustitium*, la *auctoritas principis*, el *Führertum*— que son utilizados

en circunstancias más o menos diferentes, en los años 30, sobre todo en Alemania, pero no exclusivamente, el poder que Weber había definido como “carismático” es relacionado con el concepto de *auctoritas* y elaborado en una doctrina del *Führertum* como poder originario y personal de un jefe. En 1933, en un breve artículo que busca delinear los conceptos fundamentales del nacionalsocialismo, Schmitt define así el principio de la *Führung* a través de “la identidad de estirpe entre el jefe y sus partidarios” (es notable cómo se retoman los conceptos weberianos). En 1938 se publica el libro del jurista berlinés Heinrich Triepel, *Die Hegemonie*, que Schmitt se apresura a comentar. En la primera sección, el libro expone una teoría del *Führertum* como autoridad fundada no sobre un ordenamiento preexistente sino sobre un carisma personal. El *führer* se define a través de categorías psicológicas (voluntad enérgica, consciente y creadora) y su unidad con el grupo social y el carácter originario y personal de su poder son subrayados con insistencia.

Aún en 1947, el anciano estudioso de Roma Pietro De Francisci publica *Arcana imperii*, que dedica amplio espacio al análisis del “tipo primario” de poder que él, buscando tomar distancia del fascismo, define con una suerte de eufemismo: *ductus* (y *ductor* al jefe en el cual se encarna). De Francisci transforma la tripartición weberiana del poder (tradicional, legal, carismático) en una dicotomía, calcada sobre la oposición autoridad/potestad. La autoridad del *ductor* o del *führer* no puede jamás ser derivada, sino que es siempre originaria y surge de su persona; ella, por otra parte, no es en su esencia coercitiva sino que se funda, como ya Triepel lo había mostrado, sobre el consenso y el libre reconocimiento de una “superioridad de valor”.

Ni Triepel ni De Francisci, quienes por su parte tenían bajo los ojos las técnicas de gobierno nazi y fascista, parecen darse cuenta de que la apariencia de originalidad del poder que ellos describen deriva de la suspensión o de la neutralización del orden jurídico—esto es, en última instancia, del estado de excepción. El “carisma”—como habría podido sugerir su referencia (en Weber perfectamente intencional) a la *charis* paulina—coincide con la neutralización de la ley y no con una figura más originaria del poder.

En todo caso, lo que los tres autores parecen dar por descontado es que el poder autoritario-carismático surge casi mágicamente de la persona misma del *führer*. La pretensión del derecho de coincidir en un punto eminente con la vida no podía ser afirmada con más fuerza. En este sentido, la doctrina de la *auctoritas* convergía al menos en parte con la tradición del pensamiento jurídico que, en último análisis, consideraba al derecho idéntico a la vida o inmediatamente articulado con ella. Al lema de Savigny (“El derecho no es más que la vida considerada desde un punto de vista particular”) se le enfrentó en el siglo pasado la tesis de Rudolph Smend según la cual “la norma recibe su fundamento de validez [*Geltungsgrund*], su específica cualidad y el sentido de su validez de la vida y del sentido que a ella es atribuido, así como, por el contrario, la vida debe ser comprendida sólo a partir de su sentido vital [*Lebensinn*] normado y fijado” (Smend, 1954, p. 300). Si como en la ideología romántica una lengua se volvía plenamente comprensible sólo en su relación inmediata con un pueblo (y viceversa), así también derecho y vida deben implicarse estrictamente en una recíproca fundación. La dialéctica de *auctoritas* y *potestas* expresaba, precisamente, esta implicación (en este sentido se puede hablar de un originario carácter biopolítico del pa-

radigma de la *auctoritas*). La norma puede aplicarse al caso normal y puede ser suspendida sin anular integralmente el orden jurídico, porque en la forma de la *auctoritas* o de la decisión soberana ella se refiere inmediatamente a la vida, surge de ella.

6.9 Quizá sea posible en este punto volver la vista hacia el camino que hemos recorrido hasta aquí para esbozar alguna conclusión provisoria de nuestra investigación sobre el estado de excepción. El sistema jurídico de Occidente se presenta como una estructura doble, formada por dos elementos heterogéneos y, aun así, coordinados: uno normativo y jurídico en sentido estricto —que podemos aquí inscribir por comodidad bajo la rúbrica *potestas*— y uno anómico y metajurídico —que podemos llamar con el nombre de *auctoritas*.

El elemento normativo precisa del anómico para poder aplicarse, pero, por otra parte, la *auctoritas* puede afirmarse sólo en una relación de validación o de suspensión de la *potestas*. En lo que resulta de la dialéctica entre estos dos elementos en cierta medida antagónicos, pero conectados funcionalmente, la antigua morada del derecho es frágil y, en su tensión hacia el mantenimiento del propio orden, siempre está ya en acto de arruinarse y corromperse. El estado de excepción es el dispositivo que debe, en última instancia, articular y mantener unidos a los dos aspectos de la máquina jurídico-política, instituyendo un umbral de indecidibilidad entre anomia y *nomos*, entre vida y derecho, entre *auctoritas* y *potestas*. Esto se funda sobre la ficción esencial por la cual la anomia —en la forma de la *auctoritas*, de la ley viviente o de la fuerza-de-ley— está toda-

vía en relación con el orden jurídico y el poder de suspender la norma es presa inmediata de la vida. En tanto los dos elementos permanecen correlativos, pero conceptualmente, temporalmente y subjetivamente distintos —como funcionaba en la Roma republicana la contraposición entre senado y pueblo, o la contraposición entre poder espiritual y poder temporal en la Europa medieval—, la dialéctica que se da entre ellos, aunque fundada sobre una ficción, puede con todo funcionar de algún modo. Pero cuando ellos tienden a coincidir en una sola persona, cuando el estado de excepción, en el cual ellos se ligan y se indeterminan, se convierte en la regla, entonces el sistema jurídico-político se transforma en una máquina letal.

6.10 El objetivo de esta indagación —en la urgencia del estado de excepción “en el cual vivimos”— era sacar a la luz la ficción que gobierna este *arcanum imperii* por excelencia de nuestro tiempo. Lo que el “arca” del poder contiene en su centro es el estado de excepción —pero éste es esencialmente un espacio vacío, en el cual una acción humana sin relación con el derecho tiene frente a sí una norma sin relación con la vida.

Esto no significa que la máquina, con su centro vacío, no sea eficaz; al contrario, lo que hemos intentado mostrar es precisamente que ha seguido funcionando casi sin interrupción a partir de la Primera Guerra Mundial, a través de fascismo y nacionalsocialismo, hasta nuestros días. Inclusive, el estado de excepción ha alcanzado hoy su máximo despliegue planetario. El aspecto normativo del derecho puede ser así impunemente obliterado y contradicho por una violencia

gubernamental que, ignorando externamente el derecho internacional y produciendo internamente un estado de excepción permanente, pretende sin embargo estar aplicando el derecho.

No se trata, naturalmente, de regresar el estado de excepción a sus límites temporal y espacialmente definidos para reafirmar el primado de una norma y de derechos que, en última instancia, tienen en aquél su propio fundamento. Del estado de excepción efectivo en el cual vivimos no es posible el regreso al estado de derecho, puesto que ahora están en cuestión los conceptos mismos de “estado” y de “derecho”. Pero si es posible intentar detener la máquina, exhibir la ficción central, esto es porque entre violencia y derecho, entre la vida y la norma, no existe ninguna articulación sustancial. Junto al movimiento que busca mantenerlos a cualquier costo en relación, existe un movimiento contrario que, operando en sentido inverso en el derecho y en la vida, intenta en todo momento desligar lo que ha sido artificiosa y violentamente ligado. Es decir: en el campo de tensión de nuestra cultura actúan dos fuerzas opuestas: una que instituye y pone y una que desactiva y depone. El estado de excepción es el punto de su máxima tensión y, a la vez, lo que al coincidir con la regla hoy amenaza con volverlos indistinguibles. Vivir en el estado de excepción significa tener la experiencia de ambas posibilidades y aun así intentar incesantemente, separando en cada ocasión las dos fuerzas, interrumpir el funcionamiento de la máquina que está conduciendo a Occidente hacia la guerra civil mundial.

6.11 Si es cierto que la articulación entre vida y derecho, anomia y *nomos* producida por el estado de excepción es efi-

caz pero ficticia, no se puede sin embargo deducir de esto la consecuencia de que, más allá o más acá de los dispositivos jurídicos, se produce por cualquier lado un acceso inmediato a aquello de lo cual estos representan la fractura y, a la vez, la imposible composición. No existen, *primero*, la vida como dato biológico natural y la anomia como estado de naturaleza y, *después*, su implicación en el derecho a través del estado de excepción. Al contrario, la posibilidad misma de distinguir vida y derecho, anomia y *nomos* coincide con su articulación en la máquina biopolítica. La nuda vida es un producto de la máquina y no algo preexistente a ella, así como el derecho no tiene ningún tribunal en la naturaleza o en la mente divina. Vida y derecho, anomia y *nomos*, *auctoritas* y *potestas* resultan de la fractura de algo a lo cual no tenemos otro acceso más que por medio de la ficción de su articulación y del paciente trabajo que, desenmascarando esta ficción, separa lo que se había pretendido unir. Pero el desencanto no restituye al encantado a su estado originario: según el principio por el cual la pureza no está nunca en el origen, éste sólo le da la posibilidad de acceder a una nueva condición.

Exhibir el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho significa abrir entre ellos un espacio para la acción humana, que en un momento dado reivindicaba para sí el nombre de “política”. La política ha sufrido un eclipse perdurable porque se ha contaminado con el derecho, concibiéndose a sí misma en el mejor de los casos como poder constituyente (esto es, violencia que pone el derecho), cuando no reduciéndose simplemente a poder de negociar con el derecho. En cambio, verdaderamente política es sólo aquella acción que corta el

nexo entre violencia y derecho. Y solamente a partir del espacio que así se abre será posible instalar la pregunta por un eventual uso del derecho posterior a la desactivación del dispositivo que lo ligaba a la vida en el estado de excepción. Tendremos entonces frente a nosotros un derecho “puro”, en el sentido en el cual Benjamin habla de una lengua “pura” y de una “pura” violencia. A una palabra no obligatoria, que no manda ni prohíbe nada, pero que se dice solamente a sí misma, correspondería una acción como medio puro que se muestra solamente a sí misma sin relación con un fin. Y, entre las dos, no un estado originario perdido, sino solamente el uso y la praxis humana que las potencias del derecho y del mito habían intentado capturar en el estado de excepción.

FIN

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

*Nota del autor* Las traducciones italianas existentes han sido indicadas sólo en aquellos casos en que fueron efectivamente utilizadas. A ellas remiten las páginas indicadas en el texto.

*Nota sobre la traducción* La bibliografía contiene sólo los libros y artículos mencionados en el texto. Nos hemos limitado a reproducirla y a añadir las versiones castellanas existentes. Por otro lado, se ha respetado la decisión del autor de mantener gran cantidad de citas en su lengua original.

En las diferentes citas dentro del texto, se ha trabajado con un sistema de referencias simple que remite a las páginas que el autor ha tenido a la vista, y no a las correspondientes a las versiones castellanas, con excepción de los casos en los que se lo indica expresamente y que corresponden a las obras que figuran aquí marcadas con asterisco. En general, aun en los casos recién mencionados, la traducción de las citas se ha realizado a partir del texto italiano, si bien a veces este proceder se justifica sencillamente por el hecho de tratarse de fragmentos o alusiones muy breves. En los casos donde se ofrece la página correspondiente a la versión castellana, el dato figura sólo como referencia, para orientar al lector.

Arangio-Ruiz, G.

1972 *Istituzioni di diritto costituzionale italiano*, Bocca, Milano (1ª ed. 1913).

Arendt, H.

1961 *Between Past and Future*, Viking, New York. Trad. cast. *Entre el Pasado y el Futuro. Seis Ejercicios en el Pensamiento Político* (de Ana Poljak), Península, Barcelona, 2003.

Balladore-Pallieri, G.

1970 *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.

Bengel, J. A.

1734 *Vorrede zur Handausgabe des Griechischen Neue Testament*, Stuttgart

Benjamin, W.

1921 *Zür Kritik der Gewalt*, en *Gesammelte Schriften*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1972-1989, vol. 2.1. Trad. cast. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos* (de Roberto Blatt, selección e introducción de Eduardo Subirats), Taurus, Madrid, 1991.

1928 \* *Ursprung des deutschen Trauerspiel*, *ibid.*, vol. 1.1 (y vol. 1.3). Trad. cast. *El origen del drama barroco alemán* (versión de José Muñoz Millanes), Taurus, Madrid, 1990.

1931 *Karl Kraus*, *ibid.*, vol. 2.1.

1934 *Franz Kafka*, *ibid.*, vol. 2.2.

1942 \* *Über den Begriff der Geschichte*, *ibid.*, vol. 1. 2.

- Trad. cast. "Tesis de filosofía de la historia", en *Discursos interrumpidos* (trad., prólogo y notas de Jesús Aguirre), Taurus, Madrid, 1979 y luego Planeta-Agostini, Madrid.
- 1966 *Briefe*, Suhrkamp, Frankfurt a.M. 1966, 2 vols.
- 1992 *Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit*, en "Frankfurter Adorno Blätter", 4.
- Benveniste, E.
- 1969 *Le Vocabulaire des institutions indo-européennes*, Minuit, Paris, 2 vols. Trad. cast. *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Madrid, Taurus, 1984.
- Biscardi, A.
- 1987 *Auctoritas patrum: problemi di storia del diritto pubblico romano*, Jovene, Napoli.
- Bredenkamp, H.
- 1998 "Von W. Benjamin zu C. Schmitt", en *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 46.
- Delatte, A.
- 1922 *Essai sur la politique pythagoricienne*, Liège, Paris.
- Delatte, L.
- 1942 *Les Traités de la royauté de Ecphante, Diotogéne et Sthénidas*, Droz, Paris.
- De Martino, F.
- 1973 *Storia della costituzione romana*, Jovene, Napoli.

- Derrida, J.
- 1994 *Force de loi*, Galilée, Paris (trad. it. *Forza di legge*, Bollati Boringhieri, Torino 2003). Trad. cast. *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad* (de Adolfo Barberá y Patricio Peñalver), Tecnos, Madrid, 1997.
- Drobisch, K. y Wieland, G.
- 1993 *System der NS-Konzentrationslager 1933-1939*, Akademie, Berlin.
- Duguit, L.
- 1930 *Traité de Droit constitutionnel*, vol. 3, de Bocard, Paris.
- Durkheim, E.
- 1897 *Le Suicide. Étude de sociologie*, Alcan, Paris (trad. it. *Il suicidio. Studio di sociologia*, Rizzoli, Milano 1987). Trad. cast. *El suicidio* (de Manuel Arranz), Losada, Buenos Aires, 2004.
- Ehrenberg, V.
- 1924 "Monumentum Antiochenum", en *Klio*, 19, pp. 200 y ss.
- Fontana, A.
- 1999 "Du droit de résistance au devoir d'insurrection", en J.-C. Zancarini (comp.), *Le Droit de résistance*, ENS, Paris.

- Fraschetti, A.  
1990 *Roma e il principe*, Laterza, Roma-Bari.
- Fresa, C.  
1981 *Provvisorietà con forza di legge e gestione degli stati di crisi*, CEDAM, Padova.
- Friedrich, C. J.  
1941 *Constitutional Government and Democracy*, Ginn, Boston 1950 (2ª ed. rev.; trad. it. *Governo costituzionale e democrazia*, Neri Pozza, Vicenza s.d.).
- Fueyo, J.  
1968 “Die Idee des *auctoritas*: Genesis und Entwicklung”, en H. Barion (comp.), *Epirrhosis. Festgabe für Carl Schmitt*, Duncker & Humblot, Berlín. Trad. cast. “La idea de *Auctoritas*: génesis y desarrollo”, en *Escritos de Teoría Política*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968.
- Gadamer, H.-G.  
1923 *Deutsches und Preussisches Staatsrecht*, Stilke, Berlín.  
1960 *Wahrheit und Methode*, Mohr, Tübingen (trad. it. *Verità e metodo*, Bompiani, Milano, 1983). Trad. cast. *Verdad y método* (de A. Agud Aparicio y R. de Agapito), Sígueme, Salamanca, 1988.  
Hatschek, J.

- Heinze, R.  
1925 “*Auctoritas*”, en *Hermes*, 60, pp. 348 y ss. Trad. cast. “*Auctoritas*” (de M. S. Ventura), en *Anales de Filología Clásica XIII*, Buenos Aires, 1995.
- Kohler, J.  
1915 *Not kennt keine Gebot*, Rothschild, Berlín-Leipzig.
- Magdelain, A.  
1947 *Auctoritas principis*, Belles Lettres, París.  
1990 *Ius Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, École française de Rome, Roma.
- Mathiot, A.  
1956 *La théorie des circonstances exceptionnelles*, en *Mélanges Mestre*, París.
- Meuli, K.  
1975 *Gesammelte Schriften*, Schwabe, Basel-Stuttgart, 2 vols.
- Middel, A.  
1887 *De iustitia deque aliis quibusdam iuris publici romani notionibus*, Mindae.
- Mommsen, T.  
1969 *Römisches Staatsrecht*, Akademische Druck, Graz, 3 vols. (ed. rest. Berlín 1871). Trad. cast. *Compendio del Derecho Público Romano* (de P. Dorado Montero), Analecta, Pamplona, 2004.

- Nissen, A.  
1877 *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Gebhardt, Leipzig.
- Noailles, P.  
1948 *Fas et Ius. Études de droit romain*, Belles Lettres, Paris.
- Plaumann, G.  
1913 «Das sogenannte Senatus consultum ultimum, die Quasidiktatur der späteren römischen Republik», en *Klio*, 13.
- Quadri, G.  
1979 *La forza di legge*, Giuffrè, Milano.
- Reinach, T.  
1885 *De l'état de siège. Étude historique et juridique*, Pichon, Paris.
- Romano, S.  
1909 “Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria”, en *Rivista di diritto pubblico* (también en *Scritti minori*, vol. 1, Giuffrè, Milano 1990).  
1983 *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano (reed. inalterada). Trad. cast. *Fragmentos de un diccionario jurídico* (de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964.

- Roosevelt, F. D.  
1938 *The Public Papers and Addresses*, vol. 2, Random House, New York.
- Rossiter, C. L.  
1948 *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies*, Harcourt Brace, New York.
- Saint-Bonnet, F.  
2001 *L'État d'exception*, PUF, Paris.
- Schmitt, C.  
1921 \* *Die Diktature*, Duncker & Humblot, München-Leipzig. Trad. cast. *La dictadura* (versión de José Díaz García), Alianza, Madrid, 1985.  
1922 \* *Politische Theologie*, München. Trad. cast. *Carl Schmitt, teólogo de la política* (edición de Héctor Orestes Aguilar), Fondo de Cultura Económica, México, 2001.  
1928 *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, München-Leipzig. Trad. cast. *Teoría de la constitución* (versión de Francisco Ayala), Tecnos, Madrid, 1983.  
1931 *Der Hüter der Verfassung*, Mohr, Tübingen. Trad. cast. *La defensa de la constitución* (versión de Manuel Sánchez Sarto), Tecnos, Madrid, 1983.  
1995 *Staat Grossraum Nomos*, Duncker & Humblot, Berlin.

- Schnur, R.  
1983 *Revolution und Weltbürgerkrieg*, Duncker & Humblot, Berlin (trad. it. *Rivoluzione e guerra civile*, Giuffrè, Milano, 1986).
- Schütz, A.  
1995 “L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique: à propos de fiction et construction en droit”, en *Droits*, 21.
- Seston, W.  
1962 “Les chevaliers romains et le *iustitium* de Germanicus”, en *Revue historique du droit français et étranger* (también en *Scripta varia*, École française de Rome, Roma, 1980).
- Smend, R.  
1954 *Integrationslehre*, en *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*.
- Taubes, J.  
1987 *Ad Carl Schmitt. Gegenstrebige Fügung*, Merve, Berlin.
- Tingsten, H.  
1934 *Les Pleins pouvoirs. L'expansion de pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre*, Stock, Paris.

- Versnel, H. S.  
1980 “Destruction, devotion and despair in a situation of anomy: the mourning of Germanicus in triple perspective”, en *Perennitas. Studi in onore di Angelo Brelich*, Edizioni dell'Ateneo, Roma.
- Viesel, H.  
1988 (comp.), *Jawhol, Herr Schmitt. Zehn Briefe aus Plettenberg*, Support, Berlin.
- Wagenvoort, H.  
1947 *Roman Dynamism*, Blackwell, Oxford.
- Watkins, F. M.  
1940 “The Problem of Constitutional Dictatorship”, en *Public Policy 1*, pp. 324-379.
- Weber, S.  
1992 “Taking Exception to decision. W. Benjamin y C. Schmitt”, en U. Steiner (comp.), *Walter Benjamin*, Lang, Bern.
- Wegner, S.  
1937-39 “Römisches Recht in Amerika”, en *Studi in onore di Enrico Besta*, Giuffrè, Milano.

## ÍNDICE

Introducción .....	5
Entrevista a Giorgio Agamben, por Flavia Costa .....	9
<i>Estado de excepción - Homo sacer, II, I</i> .....	21
1. El estado de excepción como paradigma de gobierno ...	23
2. Fuerza de <del>ley</del> .....	71
3. <i>Iustitium</i> .....	85
4. Gigantomaquia en torno a un vacío .....	103
5. Fiesta, luto, anomia .....	123
6. <i>Auctoritas y potestas</i> .....	137
<i>Referencias bibliográficas</i> .....	159