

LUIGI GAROFALO

BIOPOLÍTICA
Y DERECHO ROMANO

Traducción de
Edorta Córcoles Olaitz

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2011

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO.....	7
<i>HOMO SACER</i> Y <i>ARCANA IMPERII</i>	19
ACERCA DEL <i>IUSTITIUM</i>	109
EPÍLOGO	133

PRÓLOGO

1. El ensayo que sigue a estas páginas iniciales, «“Homo sacer” y “arcana imperii”», ya publicado en lengua italiana en mis *Studi sulla sacertà*, editados en Padua en 2005, tiene su origen en una conferencia que di el 22 de abril de 2005 en Roma, en el ámbito del XXV Seminario internacional de estudios históricos titulado «Da Roma alla Terza Roma», relativo a «Diritto e religione da Roma a Costantinopoli a Mosca», y que después volví a replantear el 25 de mayo del mismo año en Graz, bajo la invitación de la Rechtswissenschaftliche Fakultät de la Karl-Franzens-Universität, y el siguiente 8 de noviembre en Moscú, en la Academia de las Ciencias de Rusia, en el seno de un curso de perfeccionamiento en Derecho romano, coordinado por el profesor Leonid L. KOFANOV, fruto de la colaboración entre el Centro de estudios de Derecho romano que tiene su sede en el Instituto de Historia Universal de la misma Academia y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Moscú M. V. Lomonosov.

De su lectura resultará nítidamente que la sacralidad, lejos de interesar solamente a los estudiosos de la fenomenología jurídica en el contexto de la antigua sociedad romana, atrae la atención de los especialistas de no pocas ramas del saber científico, que vislumbran en ella una especie de prisma apto para volver a echar luz sobre aspectos de una antigüedad, también muy remota, que tocan, al margen del Derecho, la religión, la política, la economía y la antropología¹. Pero sobre

¹ Que a través de la sacralidad se accede a una pluralidad de ámbitos cercanos al Derecho se deduce claramente de R. FIORI, «*Homo sacer*». *Dinamica politico-costi-*

todo emergerá con evidencia que la sacralidad tiene hoy por hoy una posición de particular importancia en el ámbito del debate filosófico internacional.

Cómo ella ha podido conquistar dicha posición se aclarará de inmediato. A tal fin, vuelvo a plantear aquí lo que he tenido ocasión de escribir en el Prefacio que abre mis ya mencionados *Studi sulla sacertà*.

Para empezar conviene recordar que desde hace algún tiempo varios pensadores, siguiendo el legado de Michel FOUCAULT² y Hannah ARENDT y sacando diverso provecho de él³, escrutan y explican la experiencia presente y pasada sobre la base de los paradigmas conceptuales de la biopolítica: un instrumento de validez heurística y que tiene denominación ambigua, si no directamente despistante, que les permite revelar los mecanismos de control y dominio de la nuda vida⁴, es decir, de la vida en su forma elemental y primaria⁵, consolidándose en el curso de la historia tras el declive del clasicismo griego y, principalmente, durante los últimos siglos⁶ (lo que justifica la relevancia

tuzionale di una sanzione giuridico-religiosa, Napoli, 1996, especialmente 7 ss. y 507 ss.: una monografía de vasta difusión que sigue siendo de gran utilidad, a pesar de la crítica demoleadora que le reservó F. ZUCCOTTI, «In tema di sacertà», en *Labeo*, XLIV, 1998, 417 ss.

² Y en particular al de su análisis del poder, planteado en términos de «explicación del nexo cuerpo-dominio», como pone de manifiesto S. NATOLI, *La verità in gioco. Scritti su Foucault*, Milano, 2005, 68.

³ Cfr. S. FORTI, «Introduzione», en *La filosofia di fronte all'estremo. Totalitarismo e riflessione filosofica*, a cargo de S. Forti, Torino, 2004, XXI s., además de los autores referidos en la n. 14.

⁴ Cfr. P. BARCELLONA, *Il suicidio dell'Europa. Dalla coscienza infelice all'edonismo cognitivo*, Bari, 2005, 49 ss. y 152 ss.; *vid.* también G. BONACCHI, «Corpo e storia», en *Dialoghi di bioetica*, a cargo de G. Bonacchi, Roma, 2003, 38, que ve en el cuerpo el «lugar crucial de la alianza entre el saber y el poder y del conflicto entre subjetividad y disciplina que se encuentra en el corazón de la empresa epistemológica occidental».

⁵ Cfr. S. FORTI, *Introduzione*, *op. cit.*, XXII.

⁶ «La obra de Foucault» se puede leer en M. HARDT - A. NEGRI, *Imperio*, trad. esp., Barcelona, 2005, 44 s., «nos permite reconocer la naturaleza biopolítica del nuevo paradigma de poder. El biopoder es una forma de poder que regula la vida social desde su interior, siguiéndola, interpretándola, absorbiéndola y rearticulándola. El poder sólo puede alcanzar un dominio efectivo sobre la vida de la población cuando llega a constituir una función vital, integral, que cada individuo apoya y reactiva voluntariamente. Como dice FOUCAULT: "ahora la vida ha legado a ser [...] un objeto de poder". La función más elevada de este poder es cercar la vida por los cuatro costados

crítica del vocablo con que se designa, puesto que biopolítica se refiere al *bíos* y, por tanto, quedándose en el léxico familiar a Aristóteles, a la vida cualificada en la que habita lo político y no, como sería natural esperar, a la *zoé*, es decir, a la vida en su dimensión biológica, excluida de lo político)⁷.

Con frecuencia, es necesario añadir a mayor abundamiento, estos pensadores concentran su visión acerca de la heterogénea realidad tradicionalmente concentrada en torno a categorías que para la mayoría de conocedores del Derecho parecen todavía dotadas de una fuerza reconstructiva insuperable, entre las cuales están —a título de ejemplo— las de soberanía, ley y democracia⁸ y, valiéndose precisamente de los esquemas cognoscitivos de la biopolítica, llevan a la luz una constante que tales categorías dejan por el contrario entre penumbras:

y su tarea primaria es administrar la vida. El biopoder se refiere, pues, a una situación en la que lo que está directamente en juego es la producción y la reproducción de la vida misma».

⁷ Cfr. R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, 2004, 4; *vid.* también L. BAZZICALUPO, «Ambivalenze della politica», en *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, a cargo de L. Bazzicalupo - R. Esposito, Roma-Bari, 2003, 137, cuyo rápido apunte en la materia es pues esclarecedor: antiguamente se distinguía «entre *zoé*, nuda vida, en común con los animales, el horizonte de la necesidad que une el hombre a las necesidades de la supervivencia, esto que Aristóteles llamaba la “vida nutritiva”, es decir, el poder de autoconservación y actitud de resistencia ante la muerte, y *bíos*, la vida que tiene forma, la forma de vida, que es específicamente humana y en la que lo político tiene un lugar. La *zoé*, la vida biológica, estaba excluida de lo político: la producción y consumo de los medios de sustentación y la reproducción de la especie —es decir, el trabajo y la familia— están sometidos a la necesidad, dan lugar a relaciones de dependencia, desigualdad, falta de libertad. Es exactamente esta vida biológica, cuyas necesidades son comunes a la especie, la secuencia trabajo, producción, familia —atenazada por la mordaza de la no elección, del “debemos sobrevivir” en situaciones de escasez— la que se lleva al centro del nuevo espacio moderno».

⁸ A la mayoría de los estudiosos del Derecho, he dicho: porque no faltan entre ellos aquellos que advierten de la debilidad de las categorías señaladas. Es emblemático, al respecto, cuanto escribe L. FERRAJOLI, *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*, Roma-Bari, 2004, 43: «siquiera en el plano de la teoría del derecho, la soberanía se ha [...] revelado como un pseudo-concepto o, peor, una categoría anti-jurídica. Su crisis, podemos ahora afirmar, se inicia precisamente, en su dimensión interna así como en la externa, en el momento mismo en el que entra en relación con el derecho, dado que es la negación del derecho, así como el derecho es su negación. Ya que la soberanía es la ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que consiste el derecho. Por esto la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos —derecho y soberanía— lógicamente incompatibles e históricamente en lucha entre ellos».

es decir la indisoluble atadura entre el poder moderno y la vida entendida en su significado corpóreo, o bien, por repetir las palabras de Laura BAZZICALUPO y Roberto ESPOSITO⁹, «el nexo constitutivo del poder moderno con la muerte y la supervivencia».

Un modelo de esta tipología de estudios es ofrecido por la amplia investigación que durante años ha venido desarrollando Giorgio AGAMBEN, uno de los filósofos italianos de mayor prestigio, de la que hablo frecuentemente en «“Homo sacer” y “arcana imperii”». Hablo de ella precisamente porque es en su interior donde se encuentra un nuevo análisis de la sacralidad, gracias al cual el autor llega a afirmar que en ésta se especifica «la forma originaria de la implicación de la nuda vida en el orden jurídico-político»¹⁰ no siendo, como muchos creen, una manifestación de la primitiva ambivalencia de la noción de lo sacro, ambivalencia que según el propio AGAMBEN constituye en realidad el fruto de una operación de calco de la polaridad de valores ínsita en la estructura etnográfica de tabú¹¹.

Así pues, desde que AGAMBEN ha planteado esta tesis, ofreciendo así una solución a la cuestión del origen del dogma que hace sacra la vida, entendida como *bloßes Leben* —expuesta por Walter BENJAMIN en un famoso ensayo dado a las imprentas en 1921¹², en el que avanza también la idea de que en ese dogma, como escribe Jacques

⁹ Escritas en la *Premessa de Politica*, cit., V.

¹⁰ Cfr. G. AGAMBEN, «Homo sacer». *El poder soberano y la nuda vida*, trad. esp., Valencia, 1998, 111.

¹¹ Cfr. *ibid.*, 98 ss.

¹² Aludo a «Zur Kritik der Gewalt»: en la traducción italiana se ha titulado *Per la critica della violenza* y está recopilado en W. BENJAMIN, «Angelus novus». *Saggi e frammenti*, a cargo de R. Solmi, rist., Torino, 2004, 5 ss. El punto que aquí importa se encuentra en la p. 28, donde el autor afirma: «falsa y miserable es la tesis de que la existencia sería superior a la existencia justa, si existencia no quiere decir más que vida desnuda [...]. Pero contiene una gran verdad si la existencia (o mejor la vida) [...] designa el contexto inamovible del “hombre”. Es decir, si la proposición significa que el no-ser del hombre es algo más terrible que el (además: sólo) no-ser-aún del hombre justo. La frase mencionada debe su apariencia de verdad a esta ambigüedad. En efecto, el hombre no coincide de ningún modo con la desnuda vida del hombre; ni con la desnuda vida en él ni con ninguno de sus restantes estados o propiedades, ni tampoco con la unicidad de su persona física. Tan sagrado es el hombre (o esa vida que en él permanece idéntica en la vida terrestre, en la muerte y en la supervivencia) como poco sagrados son sus estados, como poco lo es su vida física, vulnerable por los otros. En efecto ¿qué la distingue de la de los animales y plantas? [...] Valdría la pena investigar el origen del dogma de la sacralidad de la vida».

DERRIDA¹³, reside «la respuesta relativamente moderna y nostálgica de Occidente a la pérdida de lo sacro»—, la sacralidad está establemente inserta en el universo de la meditación teórica, ocupando más bien, como he observado anteriormente, un puesto de primer plano. Intelectuales de todo el mundo continúan en verdad reflexionando al respecto, aunque sin salirse casi nunca del horizonte señalado por el replanteamiento realizado por AGAMBEN —que seguramente sufre de limitaciones, bien perceptibles si se confrontan las fuentes antiguas y los tratados científicos más o menos recientes acerca del tema que son analizados por el autor y aquellas que estaban a su disposición¹⁴— y de todas formas con el fin predominante de recoger o rechazar su interpretación en clave biopolítica del *homo sacer*.

Zygmunt BAUMAN, por ejemplo, en dos libros traducidos al italiano a los que también aludo en «“Homo sacer” y “arcana imperii”», se entretiene en torno a la sacralidad, retomando y sintetizando la reflexión que al respecto ha articulado AGAMBEN. Al igual que éste, de hecho, el autor distingue en el *homo sacer* una figura del antiguo Derecho romano, de la que la historia registra «modernas encarnaciones»¹⁵, «situada fuera de la jurisdicción humana sin atravesar la divina», en la que se oculta la íntima correlación entre poder soberano y nuda vida¹⁶. Y como AGAMBEN se muestra tan convencido de que la vida del *homo sacer* no tenía relevancia alguna bajo el doble perfil humano y divino, como para poder escribir, siguiendo la estela de aquel: «dar muerte a un *homo sacer* no es un delito punible, pero la vida de un *homo sacer* en ningún caso se puede usar en un sacrificio religioso. Privada de aquel sentido humano y divino que sólo la ley puede conferir, la vida del *homo sacer* no tiene valor. Dar muerte a un *homo sacer* no es ni delito ni sacrilegio, pero por la misma razón no puede constituir una ofrenda sacrificial. Traduciendo todo esto a términos laicos contemporáneos, podremos decir que, en su versión actual, el

¹³ En un trabajo que, bajo el título «Nombre de pila de Benjamin», se puede leer en español en J. DERRIDA, *Fuerza de ley. El «fundamento místico de la autoridad»*, Madrid, 1997, 69 ss. (la cita proviene de la p. 131).

¹⁴ Es cierto, por otra parte, que el filósofo es bastante más propenso que el jurista a la selección de los materiales para la discusión, rémora de autorizadas enseñanzas que encuentran sus raíces en el mundo clásico, como se deduce de U. CURI, «*Pólemos*». *Filosofía come guerra*, Torino, 2000, 14 s. e 32 ss.

¹⁵ Cfr. Z. BAUMAN, *La società sotto assedio*, trad. it., Roma-Bari, 2005, 253.

¹⁶ Cfr. Z. BAUMAN, *Vite di scarto*, trad. it., Roma-Bari, 2005, 41.

homo sacer no está definido por un conjunto de leyes positivas, ni es portador de derechos humanos que preceden a las normas de ley»¹⁷. También Eligio RESTA, por añadir otro ejemplo, allá donde —en una monografía relativamente reciente¹⁸— habla del criminal que «está sobre la línea de demarcación entre un dentro y un fuera, entre una inclusión y una exclusión» y de los «oxímorones» que «hacen justicia de este estado de exclusión de las inclusiones que toda criminalidad viene a representar», evoca al *homo sacer* tal y como lo ve AGAMBEN: «el criminal era el *sacer* de las XII Tablas», dice, «y su sacralidad era el símbolo de toda suspensión» del Derecho, exactamente como sostiene AGAMBEN; «dejando de ser el “impío”», prosigue RESTA ahora refiriéndose al criminal, «sigue tomando parte de aquel mecanismo de la impiedad»¹⁹.

La trayectoria conjetural inaugurada por AGAMBEN no queda de todas formas privada de eco en el campo, que ya se ha visto desarrollado, al que desde siempre pertenece la exploración de la sacralidad.

De ello traen un límpido testimonio, como también aflorará de mi ensayo sobre el *homo sacer*, dos obras de peso, una —que he mencionado en la nota de apertura— de Roberto FIORI y otra de Andrea CARANDINI, y una lectura crítica que Rainer Maria KIESOW ha dedicado precisamente al volumen de AGAMBEN más significativo para nosotros, el ya recordado²⁰ «*Homo sacer*». *Poder soberano y nuda vida*. En la primera, efectivamente, el romanista se detiene brevemente en la reelaboración conceptual de la sacralidad expuesta por AGAMBEN, definiéndola como «sugestiva» aunque no obstante manteniendo las distancias, persuadido de que «en la base de la utilización de la figura del *homo sacer* como paradigma de la sujeción del individuo al poder hay en realidad una incompreensión», en cuanto «el poder soberano, en Derecho romano arcaico, castiga mediante el *sacrificium*, que coincide con la pena de muerte [...], y por tanto el *sacer esto* —es decir,

¹⁷ Cfr. también Z. BAUMAN, *Vite*, op. cit., 41.

¹⁸ Precisamente en *Il diritto fraterno*, Roma-Bari, 2002, 99.

¹⁹ No se trata de continuar ahora con los ejemplos: pero al menos la mención del *homo sacer* merece una referencia, como sujeto «puesto al margen de la sociedad» y no considerado más como una «persona» no obstante la supervivencia física, por parte de L. BOSSI, *Storia naturale dell'anima*, trad. it., Milano, 2005, 344, que sobre este punto se refiere a AGAMBEN.

²⁰ *Vid.* de hecho la n. 10.

la posibilidad de dar muerte que no sea una *immolatio*— es ontológicamente irreconciliable con ello»²¹. En la segunda, en cambio, el arqueólogo aprueba al filósofo que «ha entendido el nexa entre el *homo sacer* y el origen de la soberanía»²². Mientras que en la tercera obra el historiador y teórico del derecho manifiesta un escepticismo absoluto ante el esfuerzo hermenéutico de AGAMBEN. «Nadie sabe, con exactitud o tan sólo aproximadamente, qué ha significado *sacer* en Roma arcaica», observa, en cuanto que «de “reales” *homines sacri* —más allá de fragmentarias disposiciones normativas— nada se sabe». De aquí el inevitable corolario que malogra el empeño de AGAMBEN: «el *homo sacer* permanece como un enigma histórico —un mito—»; y así: «el *homo sacer* es un mito, la nuda vida como concepto derivado de la sacralidad una pura [...] mistificación». Manifestando un juicio que no concuerda con el que he formulado más arriba, el autor reconoce, por otro lado, un mérito a AGAMBEN: «en verdad discute la investigación histórico-jurídica hacia el *homo sacer* de una forma absolutamente detallada»; aunque añade inmediatamente: «no obstante, sin dejar con ello clara la función en el plán teorético de esta discusión»²³.

El examen realizado por KIESOW, por otro lado, resulta revalorizado dentro del circuito de la ciencia jurídica europea. Hay que destacar dentro de éste, en particular, a Tomasz GIARO, en el ámbito de una larga investigación tendente a estigmatizar, a veces con exceso de terquedad e ironía, la tendencia actual, difundida sobre todo entre los estudiosos dedicados al Derecho romano, de ver en esto un conjunto de instituciones de inagotable energía, capaces de atravesar el tiempo vehiculadas por legislaciones, doctrinas y jurisprudencias continuadas a lo largo de siglos o de reaparecer cíclicamente en el curso de la his-

²¹ Cfr. R. FIORI, «*Homo sacer*», *op. cit.*, 521 s., n. 44 bis. Una referencia minúscula al *homo sacer* que emerge de las páginas escritas por AGAMBEN se descubre también en un volumen de otro romanista: «*Per Iovem lapidem*». *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del “sacro” nell’esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, del cual es autor A. CALORE. Aquí, en la p. 75, el estudioso, tras haber mencionado al *homo sacer*, afirma de hecho que el mismo «venía a encontrarse [...] —como teoriza AGAMBEN— “en una zona originaria de indistinción en la que *sacer* significaba una vida a la que se puede dar muerte e insacrificable”».

²² Cfr. A. CARANDINI, *La nascita di Roma. Dei, Lari, eroi e uomini all’alba di una civiltà*, Torino, 1997, 190, n. 32.

²³ Cfr. R. M. KIESOW, «“*Ius sacrum*”». Giorgio Agamben und das nakte Recht», en *Rechtsgeschichte*, I, 2002, 63 s.

toria: como precisamente en el caso de la sacralidad, que en el escenario recreado por AGAMBEN vuelve repetidamente, distribuyéndose por distintos lugares, entre los cuales se encuentran los infames campos de concentración de la experiencia nazi²⁴.

Nos encontramos por tanto ante, como es fácil de constatar, posiciones discordantes, que de por sí justifican el incesante proseguir de indagaciones sobre la sacralidad que —en conformidad con el regaño de Salvatore SETTIS al oponerse a «la excesiva segmentación» interna de las disciplinas relativas al mundo clásico²⁵— cruzan las múltiples perspectivas desde las que, nunca como ahora, se la observa²⁶. Y en este filón de investigaciones pretendería inscribirse mi ensayo sobre el *homo sacer*, en el cual, además de exponer —como he dicho— el pen-

²⁴ Cfr. T. GIARO, «Diritto romano attuale. Mapped mentali e strumenti concettuali», en P. G. MONATERI - T. GIARO - A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, 146 y 167, n. 272.

²⁵ Cfr. S. SETTIS, *Futuro del «classico»*, Torino, 2004, 108, quien de forma oportuna especifica que lo «clásico» griego y romano está marcado «por el vaivén entre identidad y alteridad, y por tanto ya sea porque lo sentimos “nuestro”, ya sea porque lo reconocemos “distinto” de nosotros; ya sea en cuanto que ello es intrínseco a la cultura occidental e indispensable para entenderla; ya sea en cuanto que abre la puerta para estudiar y comprender las “otras” culturas; ya sea porque es una cisterna de valores en los que nos podemos también reconocer; sea por aquello que ello tiene de irremediabilmente extraño».

²⁶ Acerca de la fecundidad del dialogo entre juristas y filósofos, idóneo para restituir el entramado entre «fondo jurídico» y «fondo filosófico» de aquello que estudian, insiste N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, VII (un entramado, añadido, que resalta con evidencia si se lee el volumen de J. HABERMAS, *L'Occidente diviso*, trad. it., Roma-Bari, 2005, y en particular su cuarta parte titulada «El proyecto kantiano y el Occidente escindido»). Por otro lado me complace citar aquí un pasaje de W. BENJAMIN, «Johann Jakob Bachofen», en *Il viaggiatore solitario e il flâneur. Saggio su Bachofen*, a cargo de E. Villari, Genova, 1998, 46 ss., en el que el autor, después de haber rememorado el debate que contraponía a BACHOFEN, alumno de Friedrich Carl von SAVIGNY, y al gran Theodor MOMMSEN, divisando «una suerte de prólogo a lo que, algunos años después, debía hacer emerger la ciencia positivista, en la persona de WILAMOVITZ, en contra de NIETZSCHE autor del *Origen de la tragedia*», cita a su vez este fragmento del propio BACHOFEN, recordando su idea del Derecho «como una construcción sobre la tierra», cuyos fundamentos subterráneos y de profundidad inexplorada están formados por los usos y costumbres religiosos del mundo antiguo: «ninguno es calumniado como aquel que establece el vínculo entre el Derecho y las otras formas de vida, que aleja de sí la tendencia a aislar, poniendo en cajones separados, toda disciplina y la historia de todo pueblo. Existe la pretensión de profundizar las investigaciones limitándoles el campo. Este método no lleva a otra cosa que a una concepción superficial y privada de toda espiritualidad, que ha generado la pasión por una actividad totalmente exterior cuyo culmen constituye la fotografía de manuscritos».

samiento de AGAMBEN, lo critico, llegando así a delinear una imagen general de la sacralidad bien distinta a la reconstruida por él.

El esfuerzo derrochado en el estudio de los delicados mecanismos de nuestra institución y del marco histórico dentro del que se encuadra, por otro lado, contribuye a mejor comprender la incidencia de lo sacro sobre la evolución de la sociedad y del individuo: de aquel sacro que a alguno²⁷ le parece debilitarse cada vez más²⁸, progresivamente obnubilado por el irresistible expandir de la técnica²⁹, que, bien al contrario que el primero, no muestra ni fin ni límite alguno³⁰, dispuesta como está a superar hasta el infinito los propios resultados con el único objetivo de potenciarse a sí misma³¹.

2. El segundo ensayo que recopiló, «Acerca del “iustitium”», nace de una ponencia que presenté el 19 de marzo de 2008 en Nápoles, con ocasión del seminario sobre «Temas y perspectivas de Derecho criminal romano» organizado, en honor de Bernardo SANTALUCIA, por el Consorcio interuniversitario G. Boulvert y por el Departamento de Derecho romano e historia de la ciencia romanística de la Universidad Federico II.

Ya publicado en lengua italiana en mis *Piccoli scritti di diritto penale romano*, editados en Padua en 2008, referido a otra creación del espíritu jurídico romano, el *iustitium* precisamente, investigada por AGAMBEN, en la que vislumbra «el arquetipo del moderno *Ausnahme-*

²⁷ Me refiero a U. GALIMBERTI, *Orme del sacro. Il cristianesimo e la desacralizzazione del sacro*, Milano, 2000, 29 ss.; pero también J. RATZINGER, «Europa. I suoi fondamenti spirituali ieri, oggi, domani», en M. PERA - J. RATZINGER, *Senza radici. Europa, relativismo, cristianesimo, islam*, Milano, 2004, 72, pone el acento sobre la «profanidad absoluta que viene formándose en Occidente».

²⁸ También en un contexto en que las religiones se atienen a «factores de identificación simbólica y de pertenencia», y por eso mismo también a factores de conflicto, como puntualiza G. MARRAMAIO, «Il mondo e l'Occidente oggi. Il problema di una sfera pubblica globale», en *Parole chiave*, XXXI, 2004, 33.

²⁹ También ésta se encuentra ahora en contacto directo estable con la nuda vida de BENJAMIN, como subraya E. RESTA, *L'infanzia ferita*, Roma-Bari, 1998, 108 s.; y también en relación directa con el Derecho, como surge de N. IRTI, *Nichilismo, op. cit.*, 30 ss., jurista quien desde hace años debate sobre este aspecto con el filósofo Emanuele SEVERINO.

³⁰ Cfr. E. RESTA, *Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore*, Roma-Bari, 1997, 22.

³¹ U. GALIMBERTI, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano, 2005, 715, teme que se deje de preguntar «qué podemos hacer con la técnica» y se pase a plantear «qué puede la técnica hacer de nosotros».

zustand»³² o bien el progenitor de aquel estado de excepción que, como él mismo escribe, desde hace algún tiempo «se presenta cada vez más como una técnica de gobierno, sino que deja también aparecer a plena luz su naturaleza de paradigma constitutivo del orden jurídico»³³, estando cargado de un «significado inmediatamente biopolítico», en cuanto instrumento del Derecho gracias al cual el Derecho mismo «incluye en sí al viviente por medio de su propia suspensión»³⁴.

También la proclamación del *iustitium*, de hecho, provocaba para AGAMBEN un «vacío jurídico», comportando la inaplicación temporal del Derecho ordinariamente vigente³⁵ «con la finalidad de salvar la *res publica*»³⁶ y después, a partir del principado, en ocasión de un luto público «por la muerte del soberano o de uno de sus parientes más próximos»³⁷. *Iustitium* y estado de excepción exhiben por tanto, según el filósofo, un rasgo común apropiado para emparentarlos, siendo los dos, al par que la sacralidad, artefactos del Derecho en virtud de los cuales éste aspira a incorporarse o en todo caso a mantenerse en relación con un espacio anómico, en el que reina en concreto la violencia bajo un aparente manto jurídico³⁸. Esto que, en opinión de AGAMBEN, había intuido perfectamente, especialmente en relación con el *Ausnahmezustand*, Walter BENJAMIN, como revela en particular su octava tesis sobre el concepto de historia, en la que el autor, que tenía enfrente aquel Reich nazi donde el estado de excepción decretado en 1933 nunca sería revocado, escribe además que éste, es decir el estado de excepción, «se ha convertido en regla»³⁹. Y es esto lo que, siempre según el parecer de AGAMBEN y siempre con referencia puntual al *Ausnahmezustand*, Carl SCHMITT era reacio a admitir, tenazmente empeñado en asegurar al estado de excepción, y por tanto a la condición de anomia que ello comporta, un firme amarradero a la esfera del Derecho, haciéndole objeto —marcadamente en su *Teologia politica*— de un acto exquisitamente jurídico, cual es también para él la decisión, correspondiente al soberano, acerca de la suspensión del ordenamiento⁴⁰.

³² Cfr. G. AGAMBEN, *Estado de excepción*, trad. esp., Valencia, 2004, 63.

³³ Cfr. *ibid.*, 17.

³⁴ Cfr. *ibid.*, 12.

³⁵ Cfr. *ibid.*, 64.

³⁶ Cfr. *ibid.*, 74.

³⁷ Cfr. *ibid.*, 97.

³⁸ Cfr. *ibid.*, 75.

³⁹ Cfr. *ibid.*, 17 ss. y 86 ss.

⁴⁰ Cfr. *ibid.*, 51 ss. y 81 ss.

También la relectura del *iustitium* propuesta por AGAMBEN ha despertado el interés de los estudiosos; y no sólo de los historiadores del Derecho romano, como surgirá de mi ensayo. Un teórico de los sistemas jurídicos como Francesco RIMOLI, por ejemplo, alardea de aprobar el «paralelismo» trazado por el filósofo «tras el estado de excepción (como *Ausnahmezustand*) e instituciones bastante más alejadas en el tiempo, como el *iustitium*», también para él «consistente, en origen, en un derecho que se detiene, en una situación de ninguna manera distinta tanto de la dictadura comisaria como de la soberana, y que se inmoviliza a sí mismo ante una condición de peligro grave y contingente para la *salus rei publicae*, generando (o tolerando) un vacío jurídico»⁴¹.

Pero es, como veremos, un paralelismo inaceptable, que se sustenta en una redefinición del *iustitium* privada de adecuadas comprobaciones en las fuentes.

3. Concluyendo el volumen hay un «Epílogo», en el cual, al margen de retomar algunas ideas expuestas en los dos ensayos que lo preceden y otras enunciadas en el curso de una conferencia, titulada «“Homo liber” et “homo sacer”. Deux archétypes de l'appartenance» que he pronunciado en París el 27 de marzo de 2009, en el Institut de droit romain de la Université Panthéon-Assas, me detengo brevemente sobre la literatura en la que se sigue discutiendo acerca del *homo sacer* y del *iustitium* surgida tras la aparición de estos dos ensayos: que ciertamente no es escasa y además cuenta entre sus autores con estudiosos de extracción varia, entre los cuales hay filósofos.

4. No puede faltar, al término del presente «Prólogo», mi vivo agradecimiento a Rosa MENTXAKA y Esperanza OSABA, dos eficientes colegas —ambas de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea— que han propiciado la publicación de este libro; después a Edorta CÓRCOLES OLAITZ, un joven y *bravo* estudioso del Derecho romano —también él de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea— que se ha ocupado de la traducción del italiano al español de las páginas que componen la obra; y finalmente al señor Juan José PONS, que ha querido acogerla entre los títulos de su prestigiosa casa editorial.

⁴¹ Cfr. F. RIMOLI, «Stato di eccezione e trasformazioni costituzionali: l'enigma costituyente», en *Links: Rivista di letteratura e cultura tedesca - Zeitschrift für deutsche Literatur und Kulturwissenschaft*, VI, 2006, § 5.

HOMO SACER Y ARCANA IMPERII

1. Retomo un tema que me es muy querido, como es el del *homo sacer*, al cual he dedicado una contribución específica¹ y algunas reflexiones distribuidas en otros trabajos². Y lo retomo porque estoy convencido de que merece la pena profundizar de nuevo en él a la luz de lo que ha escrito al respecto Giorgio AGAMBEN, uno de nuestros más lúcidos y originales pensadores³, en tres libros estrechamente ligados entre sí por su gran resonancia, que ciertamente no habrán pasado desapercibidos a los estudiosos del ordenamiento jurídico romano, vistas también las múltiples referencias a distintas figuras y disciplinas propias de ello que pueden encontrarse, siempre razonadas e inevitablemente acompañadas de agudas y estimulantes observacio-

¹ Titulado «Sulla condizione di “homo sacer” in età arcaica», publicado en *SDHI*, LVI, 1990, 223 ss., así como, con el añadido final de una actualización bibliográfica, en mis *Appunti sul diritto criminale nella Roma monarchica e repubblicana*³, Padova, 1997, 1 ss.; además, también con dicha actualización, en L. GAROFALO, *Studi sulla sacerità*, Padova, 2005, 11 ss. (páginas a las cuales hago referencia en las citas que siguen).

² Entre las cuales, queriendo ofrecer algunas indicaciones, las que pueden leerse en *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei «iudicia populi»*, Padova, 1989, 24 ss. y 45 ss., y sobre todo en «“Iuris interpretes” e inviolabilità magistratuale», aparecido tanto en *Sem. Complutenses*, XIII, 2001, 37 ss., como en *BIDR*, C, 1997 (pero publicado en 2003), 525 ss., y reproducido en L. GAROFALO, *Studi, op. cit.*, 51 ss. (a estas páginas, también en tal caso, me referiré en las sucesivas citas).

³ Tanto que el semanal francés *Le Nouvel Observateur*, en una edición especial de diciembre de 2004 - enero de 2005 dedicada a celebrar los cuarenta años del periódico, lo considera entre los veinticinco exponentes de la filosofía contemporánea más importantes y fecundos de las últimas décadas.

nes: «*Homo Sacer*». *El poder soberano y la nuda vida*, editado en Turín en 1995 (trad. esp., Valencia, 1998), es el primero⁴; *Estado de excepción*, publicado también en Turín en 2003 (trad. esp., Valencia, 2004), el segundo, aunque no cronológicamente⁵; *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo*, aparecido del mismo modo en Turín en 1998 (trad. esp. Valencia, 2005), el tercero.

Partiendo de esta premisa, debería comenzar por replantear inmediatamente el cuadro reconstructivo que presenta el autor para el *homo sacer* en la más remota historia de Roma: pero al descontextualizarlo de la articulada y compleja trama en la cual se halla inserto, correría el riesgo de formar una representación no del todo descifrable. Por ello, prefiero en primer lugar recordar la idea en torno a la cual gravita la entera trilogía para después, una vez vuelto a recorrer por sus tramos principales el sinuoso itinerario que conduce a AGAMBEN a la presencia del *homo sacer*, detenerme en la indagación que de ello realiza, para seguirlo así en las meditaciones que extiende a «nuestro tiempo», en el que la figura de una vida insaclicable y no obstante susceptible de ser eliminada, más bien «eliminable en una medida inaudita», persiste según él, en confirmación de que «la nuda vida del *homo sacer* no concierne de modo particular» y que, si hoy falta «una figura determinable de antemano del hombre sagrado, es, quizás, porque todos

⁴ Muestra un pleno conocimiento de ello, por permanecer en la esfera de los romanistas y como confirmación de la notoriedad de la producción de AGAMBEN, R. FIORI, «*Homo sacer*». *Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli, 1996, 521 s., n. 44 *bis*: realmente el autor da aquí, si bien rápidamente, cuenta de su núcleo esencial, expresando por otro lado una sintética valoración crítica, sin dejar de evidenciar una imprecisión en la que cae AGAMBEN en el plano estrictamente jurídico (como mejor veremos *infra*, en el texto del § 3 y en la relativa n. 50). Pero también M. T. FÖGEN, *Storie di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, trad. it., Bologna, 2005, 93, n. 190, reserva un pequeño gesto al «*Homo sacer*» de AGAMBEN, donde se detiene en la relación, que la estudiosa define «precario», entre violencia y derecho, para informar al lector de que el debate sobre este argumento se retoma precisamente en dicho libro. Además A. CALORE, «*Per Iovem lapidem*». *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del «sacro» nell'esperienza giuridica romana*, Milano, 2000, 75, menciona el volumen de AGAMBEN en cuestión cuando observa, retomando un pasaje, que el *homo sacer* se situaba «en una zona originaria de indistinción en la que *sacer* significaba una vida a la que se puede dar muerte e insaclicable».

⁵ Sobre esto, para limitarme ahora al estamento de la romanística, se encuentra interesada a su vez L. FANIZZA, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma, 2004, 98, n. 145: por lo demás, su juicio acerca del punto neurálgico de la disertación de AGAMBEN no es favorable (como diré más detalladamente *infra*, en la n. 109).

somos virtualmente *homines sacri*»⁶. Y sólo entonces daré espacio a mis consideraciones.

He aquí el eje de la amplia investigación de AGAMBEN, dirigida a tomar e iluminar la encrucijada entre el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico del poder: la nuda vida, es decir «la vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez insacrificable del *homo sacer*», juega un papel esencial en el campo de la política moderna, al punto de que es precisamente el *homo sacer*, esta «oscura figura del Derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión (es decir de la posibilidad absoluta de que cualquiera le mate)», ofrece la clave gracias a la cual «los propios códigos del poder político pueden revelar sus arcanos»⁷. De hecho, «al situar la vida biológica en el centro de sus cálculos, el Estado moderno no hace [...] otra cosa que volver a sacar a la luz el vínculo secreto que une el poder con la nuda vida, reanudando así (según una correspondencia tenaz entre moderno y arcaico que se puede encontrar en los ámbitos más diversos) el más inmemorial de los *arcana imperii*»: porque «la nuda vida tiene, en la política occidental, el singular privilegio de ser aquello sobre cuya exclusión se funda la ciudad de los hombres»⁸.

Pasamos ahora a ver cómo el autor desarrolla esta tesis.

2. El punto de partida elegido por AGAMBEN es el de la paradoja de la soberanía. Bien perceptible al leer a Carl SCHMITT, suena de la siguiente manera: «el soberano está, al mismo tiempo, fuera y dentro del ordenamiento jurídico»⁹. Así es, puesto que el soberano lo es en cuanto tiene el monopolio de la decisión última, siendo precisamente aquel a quien el ordenamiento jurídico reconoce el poder de proclamar el estado de excepción¹⁰ y de suspender, por esta vía, la validez del

⁶ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 147.

⁷ *Ibid.*, 18 s.

⁸ *Ibid.*, 17 s.

⁹ *Ibid.*, 27.

¹⁰ En *Estado de excepción*, *op. cit.*, 63 ss., AGAMBEN ve el arquetipo del moderno «*Ausnahmezustand*» en una institución del Derecho romano, el *iustitium*, que «implicaba [...] una suspensión no sólo de la administración de la justicia, sino del Derecho como tal». Siguiendo la línea de NISSEN, rechaza de hecho la idea de que el *iustitium* pueda ser interpretado a través del paradigma de la dictadura o en todo caso reconstruido en clave de cuasi dictadura, como deseaban MOMMSEN y PLAUMANN, comportando precisamente una retirada y un vacío del Derecho, esto es, una zona de anomia, «en

mismo ordenamiento, pues —como al respecto observara SCHMITT— «cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*»¹¹. En suma, como revela la locución «al mismo tiempo», que figura en el enunciado en el cual se cristaliza la paradoja, el soberano, gozando del poder legal de suspender la validez de la ley, se sitúa legalmente fuera de la ley. Y ello implica que dicha paradoja pueda también formularse de esta manera: «la ley está fuera de sí misma», o bien «yo, el soberano, que estoy fuera de la ley, declaro que no hay un afuera de la ley»¹².

Cuál es, pues, la estructura del estado de excepción, queda precisado para el autor nada más pensar en que esta excepción es realmente «una especie de la exclusión», resolviéndose en «un caso individual, que es excluido de la norma general», pero lo que la caracteriza propiamente es «que lo excluido no queda por ello absolutamente privado de conexión con la norma; por el contrario, se mantiene en relación con ella [la excepción] en la forma de la suspensión. La norma se aplica a la excepción desaplicándose, retirándose de ella. El estado de excepción no es, pues, el caos que precede al orden, sino la situación que resulta de la suspensión de éste»¹³. En este sentido «la excepción es, verdaderamente, según su etimología, sacada fuera (*ex-capere*) y no simplemente excluida»¹⁴. También puede notarse que no es la excepción la que se sustrae a la norma, sino que es la norma la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción y únicamente de este modo se constituye como norma, permaneciendo en relación con aquélla. Y

que todas las determinaciones jurídicas [...] son desactivadas», que es típica del estado de excepción.

¹¹ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 27.

¹² *Ibid.*, 27; *vid.* también, del mismo AGAMBEN, el escrito «Il Messia e il sovrano. Il problema della legge in W. Benjamin», ahora en *La potenza del pensiero. Saggi e conferenze*, Vicenza, 2005, 253.

¹³ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 30 s. El estado de excepción, observa AGAMBEN en *Estado de excepción*, *op. cit.*, 49 s., «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 ordinaria. La laguna no es interna a la ley, sino que se refiere a su relación con la realidad, a la posibilidad de su aplicación. Es como si el Derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su aplicación y que, en el caso extremo sólo puede componerse por medio del estado de excepción, es decir, creando una zona en la que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor».

¹⁴ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 30.

«el particular vigor de la ley consiste en esta capacidad de mantenerse en relación con una exterioridad»: una relación, que se adecúa a la denominación de «relación de excepción», que «sólo incluye algo a través de su exclusión», o bien de «exclusión inclusiva», precisamente porque es idónea «para incluir lo que es expulsado»¹⁵.

Precisamente una relación semejante, por otro lado, es la que vislumbra AGAMBEN bajo la *exceptio* del Derecho procesal romano, en la cual los clásicos, como testimonio Ulpiano en D. 44.1.2 (*exceptio dicta est quasi quaedam exclusio* ...), veían una «forma de exclusión»¹⁶ respecto de la aplicación de una determinada norma. Y si bien es cierto que la *exceptio* no está totalmente fuera del Derecho, mostrando más bien un contraste entre dos exigencias jurídicas, que hace referencia a la contraposición entre *ius civile* e *ius honorarium*, es también cierto que la *exceptio* comporta que un supuesto sea excluido de la aplicación del *ius civile* «sin que ello suponga, empero, poner en entredicho la pertenencia del caso particular a la previsión normativa», y que la excepción soberana representa un umbral ulterior, pues «desplaza el contraste entre dos exigencias jurídicas a una relación límite entre lo que está dentro y lo que está fuera del Derecho»¹⁷.

Tal Derecho, destaca posteriormente el autor, presenta una contigüidad sustancial respecto al lenguaje¹⁸: «así como en una instancia de discurso en acto una palabra sólo adquiere el poder de denotar un segmento de la realidad, en tanto que tiene igualmente un sentido en el propio no denotar [...], de la misma manera la norma sólo puede referirse al caso particular porque, en la excepción soberana, está vigente como pura potencia en la suspensión de toda referencia real. Y lo mismo que el lenguaje presupone lo no lingüístico como aquello con lo que debe poder mantenerse en una relación virtual [...] para poder después denotarlo en el discurso en acto, la ley presupone lo no jurídico (por ejemplo, la mera violencia en cuanto estado de naturaleza) como aquello con lo que se mantiene en relación potencial en el estado de excepción»¹⁹. La excepción soberana, como zona de indiferencia

¹⁵ *Ibid.*, 31 y 35.

¹⁶ *Ibid.*, 36.

¹⁷ *Ibid.*, 37.

¹⁸ AGAMBEN discute en torno al cúmulo de problemas planteado por el lenguaje, y de modo particularmente conciso, en *Infanzia e storia. Distruzione dell'esperienza e origine della storia*, Torino, 2001, 41 ss.

¹⁹ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 33 s.; cfr. también *Estado de excepción*, *op. cit.*, 57 s.

entre naturaleza y Derecho, es la presuposición de la referencia jurídica en la forma de su suspensión. En otras palabras: «en toda norma que manda o prohíbe algo (por ejemplo, en la norma que prohíbe el homicidio), está inscrita, como excepción presupuesta, la figura pura y no sancionable del caso particular, mientras que en el caso normal se hace cierta la transgresión (en nuestro ejemplo, el matar a un hombre no como violencia natural, sino como violencia soberana en el estado de excepción)»²⁰.

AGAMBEN por lo demás precisa que el Derecho es norma no porque prescribe, «sino en cuanto debe, sobre todo, crear el ámbito de la propia referencia en la vida real, normalizarla»²¹. Y precisamente en cuanto establece las condiciones de tal referencia y, a la vez, las presupone «la estructura originaria de la norma es siempre del tipo: Si (caso real, e.g.: *si membrum rupsit*), entonces (consecuencia jurídica, e.g.: *talio esto*): un hecho es incluido aquí en el orden jurídico por medio de su exclusión y la transgresión parece preceder y determinar el caso lícito. Que la ley tenga inicialmente la forma de una *lex talionis* (*talio*, quizás procede de *talis*, es decir: la misma cosa), significa que el orden jurídico no se presenta en su origen simplemente como sanción de un hecho transgresivo, sino que se constituye, más bien, a través de la repetición del mismo acto sin sanción alguna, es decir, como caso de excepción. No se trata del castigo del primer acto, sino de la inclusión en el orden jurídico de la violencia como hecho jurídico primordial [...]. En este sentido, la excepción es la forma originaria del Derecho»²².

Resulta por tanto evidente en qué consiste la soberanía: «es la estructura originaria en que el Derecho se refiere a la vida y la incluye en él por medio de la propia suspensión»²³. Y si, como propone AGAMBEN siguiendo los pasos de otros, denominamos «bando», del antiguo término germánico que designa tanto la exclusión de la comunidad como el mandato y la enseña del soberano, a «esta potencia [...] de la ley de mantenerse en la propia privación, de aplicarse desaplicándose», se puede afirmar que es en una relación de bando en la que se traduce la relación de excepción: «el que ha sido puesto en bando no queda sencillamente fuera de la ley ni es indiferente a

²⁰ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 34.

²¹ *Ibid.*, 40.

²² *Ibid.*, 40 s.

²³ *Ibid.*, 43.

ésta, sino que es abandonado por ella, es decir que queda expuesto y en peligro en el umbral en que vida y Derecho, exterior e interior, se confunden»; de él por tanto «no puede decirse literalmente si está fuera o dentro del orden jurídico». Es lo que explica por qué la paradoja de la soberanía puede adoptar la forma: «no hay un afuera de la ley»²⁴.

Llevada a la luz la esencia de la soberanía, AGAMBEN, ya próximo a evocar la figura del *homo sacer* y a especificar las razones de la centralidad que ésta asume en su discurso, divaga sobre el principio de la soberanía de la ley, sobre la relación entre poder constituyente y poder constituido y sobre la forma pura de la ley.

Del primero, sentido como auténtico gozne de nuestra concepción de la democracia y del Estado de Derecho, tras puntualizar que «no elimina en modo alguno la paradoja de la soberanía, sino que, muy al contrario, la impulsa al extremo»²⁵, relee algunas formulaciones significativas que ha habido en el transcurso del tiempo, entre las cuales destaca particularmente la de Píndaro. En un fragmento superviviente²⁶, el poeta define de hecho la soberanía del *nómos* mediante una justificación de la violencia: para él, «el primer gran pensador de la soberanía», el *nómos* soberano es «el principio que, reuniendo Derecho y violencia, los hace caer en el riesgo de la indistinción»²⁷. Una indistinción que encontramos también en HOBBS quien, considerando la identidad entre estado de naturaleza y violencia como fundamento del poder absoluto del soberano, ve la supervivencia de éstos en la propia persona del soberano, «que es el único que conserva su *ius contra omnes* natural»: en su reflexión, por tanto, «la soberanía se presenta [...] como una incorporación del estado de naturaleza en la sociedad o, si se prefiere, como un umbral de indiferencia entre naturaleza y cultura, entre violencia y ley, y es propiamente esta indistinción la que constituye la violencia soberana específica»²⁸. Efectivamente, ésta aparece, y ya desde una época remota, indefectiblemente ligada al estado de

²⁴ *Ibid.*, 44.

²⁵ *Ibid.*, 45.

²⁶ Objeto de continuas relecturas, entre las que destaca la de HÖLDERLIN, criticada por C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, trad. it., Milano, 2003, 63 —que, según AGAMBEN, no obstante malinterpreta su alcance («*Homo sacer*», *op. cit.*, 47 s.)— y agudamente revisada por R. CALASSO, *La letteratura e gli dèi*, Milano, 2001, 41 ss.

²⁷ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 47.

²⁸ *Ibid.*, 51 s.

excepción, en el que refluye el estado de naturaleza, es decir el «espacio jurídicamente vacío» donde «la ley está vigente en la figura —es decir, etimológicamente, en la ficción— de su disolución» en el que puede suceder todo lo que el soberano considerara de hecho necesario: aquel estado de excepción que por doquier tiende siempre a «coincidir en todas partes con el ordenamiento normal, en el cual todo se hace así posible de nuevo»²⁹.

En cuanto a la relación entre poder constituyente y poder constituido, AGAMBEN es de la opinión de que en ella se manifiesta la paradoja de la soberanía. El poder soberano —escribe al comentar la cuestión de SIEYÈS, según el cual «la constitución supone sobre todo un poder constituyente», entendiéndose en el sentido de que la constitución se presupone como poder constituyente— «se presupone como estado de naturaleza, que se mantiene, en consecuencia, en relación de bando con el Estado de Derecho»; análogamente el poder soberano «se escinde en poder constituyente y poder constituido y se mantiene en relación con ambos, situándose en su punto de indiferencia»³⁰. El nexo entre poder constituyente y poder constituido viene de este modo a reproducir aquél entre potencia y acto individualizado y descrito por Aristóteles: la potencia existe y tiene una consistencia propia en cuanto puede pasar o no pasar al acto³¹. Ésta «se mantiene en relación con el acto en la forma de su suspensión, puede el acto pudiendo no realizarlo, puede soberanamente la propia impotencia»: en otras palabras, la potencia «puede pasar al acto sólo en el punto en el que se desprende de su potencia de no ser»; y este «desprenderse de la impotencia no significa su destrucción, sino, por el contrario, su cumplimiento, el volverse de la potencia sobre sí misma para darse a sí misma»³². Por tanto la conclusión es que «a la estructura de la potencia, que se mantiene en relación precisamente con el acto justamente por medio de su poder no ser, corresponde la del bando soberano que se aplica a la excepción desaplicándose. La potencia (en su doble aspecto de potencia de y potencia de no) es el modo por medio del cual el ser se funda soberanamente, es decir, sin nada que lo preceda o determine (*superiorem non recognoscens*), salvo el propio poder de no ser. Y

²⁹ *Ibid.*, 54.

³⁰ *Ibid.*, 58.

³¹ Sobre este punto es también interesante lo que AGAMBEN escribe en *La comunità che viene*, Torino, 2001, 33 ss.

³² «*Homo sacer*», *op. cit.*, 63 s.

soberano es el acto que se realiza sencillamente removiendo la propia potencia de no ser, dejándose ser, dándose a sí mismo»³³.

En torno a la pura forma de la ley, para esclarecer el concepto AGAMBEN acude a KAFKA. En el célebre relato *Ante la ley* pone de hecho de relieve «la forma pura de la ley, en la que ésta se afirma con más fuerza precisamente en el punto en que ya no prescribe nada, es decir como puro bando. El campesino es entregado a la potencia de la ley, porque ésta no exige nada de él, no le ordena más que su propia apertura. Según el esquema de la excepción soberana, la ley le es aplicada desaplicándose, le mantiene en el ámbito del bando abandonándole fuera de él. La puerta abierta, que sólo a él está destinada, le incluye excluyéndole y le excluye incluyéndole. Y ésta es precisamente la culminación y la raíz primera de toda ley»³⁴. La ley en la forma pura, en su ser vigente sin significar, soberbiamente retratada por KAFKA, de la que también habla KANT en la *Crítica de la razón práctica* (precisamente para poner de relieve la *Geltung ohne Bedeutung*), define la estructura del bando soberano: porque ésta es de hecho la estructura «de una ley que está vigente, pero que no significa»³⁵.

No aún satisfecho con los resultados obtenidos sondeando la soberanía en sus meandros más recónditos, AGAMBEN se pregunta «¿qué se incluye en ella y qué queda fuera?, ¿quién es el portador del bando soberano?»; y responde que es la vida en sí, bien la nuda vida de BENJAMIN o la vida efectiva de SCHMITT, «el elemento que, en la excepción, se encuentra en la relación más íntima con la soberanía»: aquella vida de la que proclamamos con insistencia el carácter sacro, distanciándose así tan neta como ignorantemente del mundo clásico griego, a quien «debemos la mayor parte de nuestros conceptos ético-políticos», que no sólo ignoraba el dogma de la sacralidad de la vida, sino que ni tan siquiera disponía de un vocablo capaz de «expresar en toda su complejidad la esfera semántica que nosotros indicamos con un único término: vida»³⁶, conociendo esas dos palabras tan diferentes, *zoé* y *bíos*, idóneas para designar la simple vida natural y, respectivamente, la vida políticamente cualificada particular de los hombres³⁷. Es pre-

³³ *Ibid.*, 64 s.

³⁴ *Ibid.*, 69.

³⁵ *Ibid.*, 70; *vid. además Il Messia, op. cit.*, 263 ss.

³⁶ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 88 s.

³⁷ Este punto es retomado por AGAMBEN en *Mezzi senza fine. Note sulla politica*, Torino, 1996, 13, donde se lee: «*zoé* [...] expresa el simple hecho de vivir en común

cisamente en este punto, como puede intuirse, cuando entra en escena el *homo sacer*.

3. Retomando la invitación de BENJAMIN³⁸ para descubrir el origen del principio de la sacralidad de la vida que él imaginaba de nuevo cuño³⁹, «última aberración de la debilitada tradición occidental, para la que hay que buscar lo sacro, que ha perdido, en lo cosmológicamente impenetrable», AGAMBEN presenta el *homo sacer* como «una figura del Derecho romano arcaico en que el carácter de la sacralidad se vincula por primera vez a una vida humana como tal»⁴⁰, de la que se ha guardado el recuerdo en Fest. *verb. sign.*, s.v. *Sacer mons*, ed. Lindsay, 424:

At homo sacer is est, quem populus iudicavit ob maleficium; neque fas est eum immolari, sed, qui occidit, parricidi non damnatur; nam lege tribunicia prima cavetur, “si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit”. Ex quo quivis homo malus atque improbus sacer appellari solet.

Del pasaje AGAMBEN recaba los dos rasgos específicos del *homo sacer*: «la impunidad de darle muerte y la prohibición de su sacrificio»⁴¹. En relación con el primero, reelaborando a BENNETT, observa que la definición de Festo parece negar aquello que está implícito en

con todos los seres vivos (animales, hombres o dioses) y *bíos* [...] significaba la forma o manera de vivir propia de un individuo o de un grupo».

³⁸ Formulado en su escrito «Zur Kritik der Gewalt», publicado, en traducción italiana y bajo el título «Per la critica della violenza», en W. BENJAMIN, «*Angelus novus*». *Saggi e frammenti*, a cargo de R. Solmi, reed. Torino 2004, 5 ss. (los fragmentos citados en la nota sucesiva así como en el texto se encuentran en las páginas 28 s.). Precisamente en este ensayo hace referencia M. T. FÖGEN, *Storie, op. cit.*, 93, cuando afirma que «Walter BENJAMIN vio en el origen y en las bases de todo derecho no sólo una genérica “violencia subyacente”, sino la “violencia que pone el derecho y la violencia que lo conserva”», soñó un orden “más allá de todo ordenamiento jurídico y por ello de toda violencia”». Como la misma autora no deja de subrayar, DERRIDA por su lado «ha deconstruido radicalmente a BENJAMIN» (y lo ha hecho, por suministrar el dato bibliográfico, en «Nome di Benjamin», en J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, a cargo de F. Garritano, Torino 2003, 86 ss.: un ensayo en todo caso bien tenido en cuenta por AGAMBEN).

³⁹ También en razón del hecho de que el principio en cuestión refiere la sacralidad a lo que se es, «según el antiguo pensamiento mítico, portador destinado de la culpa: la nuda vida».

⁴⁰ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 88 ss.

⁴¹ *Ibid.*, 96. También en *La comunità, op. cit.*, 68, AGAMBEN, tratando el «dogma hipócrita de la sacralidad de la nuda vida» inserto en nuestra cultura, puntualiza sobre

el término «sacro», pues es propio del hombre que es tal que resulte autorizado —o mejor, impune— el matarlo por la mano de cualquiera; y, a propósito del segundo, releva que «aquel a quien cualquiera podía matar impunemente, no debía, sin embargo, recibir la muerte en las formas sancionadas por el rito»⁴² (*immolari* remite al acto de rociar a la víctima con la *mola salsa* antes de sacrificarla).

Para el autor, estos dos rasgos a simple vista contradictorios son los que determinan que el *sacer esse* del hombre, ya previsto en algunas *leges regiae* sobre quien llevara a cabo determinados comportamientos e incluso inscrito sobre el mojón rectangular del foro, sea altamente problemático, tanto a nuestros ojos como a los de los escritores latinos más tardíos, entre los cuales Macrobio, que *de condicione eorum hominum [...] quos leges sacros esse certis dis iubent* se ocupa en Sat. 3.7.5-8, mostrándose plenamente consciente de la dificultad de comprender por qué estaba prohibido (*nefas*) violar cualquier cosa sacra y, en cambio, era lícito matar al hombre sacro. Y en verdad si decimos, siguiendo las interpretaciones modernas, que el *homo sacer* era impuro, recurriendo a la noción etnológica de tabú, o bien que era propiedad de los dioses (por lo que no ocurría que fuese atribuido de nuevo a los mismos mediante el sacrificio) explicamos el *neque fas est eum immolari*, pero no de hecho el motivo por el cual «cualquiera podía matarle sin contaminarse o cometer sacrilegio»⁴³; igualmente, si afirmamos que el *homo sacer* estaba ineludiblemente destinado a la eliminación física, vista por lo menos en origen como expiación frente a los dioses, y después quizás secularizada, justificamos la impunidad de darle muerte, privando sin embargo a la prohibición del sacrificio de toda razón plausible. De aquí la exigencia expresada por AGAMBEN de desentrañar «qué es, pues, esa vida del *homo sacer*, en la que convergen la posibilidad de que cualquiera se la arrebatase y la insacriticabilidad, y que se sitúa, así, fuera tanto del Derecho humano como del divino»⁴⁴.

Evidenciada de nuevo la insuficiencia de todas aquellas teorías que, enlazando el *sacer esse* con la categoría de tabú (para las que quien es *sacer* es al mismo tiempo sacro e impuro), se fundamentan sobre

la base de Festo, que en el ordenamiento romano, sacro es el hombre «que, no pudiendo ser sacrificado, puede ser muerto sin cometer homicidio».

⁴² «*Homo sacer*», *op. cit.*, 94.

⁴³ *Ibid.*, 96.

⁴⁴ *Ibid.*, 96.

el falso presupuesto de una originaria ambivalencia de lo sacro que progresivamente resultase en una neta antítesis entre sacro e impuro, objeto de un verdadero y propio «mitologema científico»⁴⁵ madurado en un intervalo de pocos decenios que se inicia durante el declive del siglo XIX, circunscribe su tesis a lo siguiente: lo que cualifica la vida del *homo sacer* es «el carácter particular de la doble exclusión en que [el *homo sacer*] se encuentra apresado y de la violencia a la que se halla expuesto», tratándose de una violencia —«el que cualquiera pueda quitarle la vida impunemente»— que «no es clasificable ni como sacrificio ni como homicidio»⁴⁶. En el caso del *homo sacer*, de hecho, una persona «se pone sencillamente fuera de la jurisdicción humana sin que por ello pase a la divina», entrando por tanto en una situación de «doble excepción, tanto con respecto al *ius humanum* como al *ius divinum*, tanto en relación al ámbito religioso como al profano»⁴⁷. Ciertamente el *homo sacer* está fuera del Derecho humano, aunque también dentro, puesto que es contra él que es suspendida la aplicación de la ley sobre el homicidio voluntario atribuida a Numa (según la cual *si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, parricidas esto*⁴⁸), estando permitido a todos el darle muerte impunemente (allí donde dice *qui occidit, parricidi non damnatur*, escribe AGAM-BEN, Festo aludiría precisamente a una «*exceptio* en sentido técnico, que el responsable de la muerte podía alegar en el momento del juicio, invocando la sacralidad de la víctima»⁴⁹; pero ésta es una imprecisión, ya señalada por la doctrina romanística⁵⁰, tan evidente como inocua); y el *homo sacer* está igualmente fuera del Derecho divino, pero aún dentro, dado que a su respecto no se admite una ejecución con el fin de obtener una purificación ritual (*neque fas est eum immolari*). Por tanto «el *homo sacer* pertenece al dios en la forma de la insacriticabilidad y está incluido en la comunidad en la forma de la posibilidad de que se le dé muerte violenta»; y «la vida insacriticable y a la que, sin embargo, puede darse muerte», como es la del *homo sacer*, «es la vida sagrada»⁵¹.

⁴⁵ *Ibid.*, 98 y 104; *vid. también Estado de excepción, op. cit.*, 77.

⁴⁶ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 108 s.

⁴⁷ *Ibid.*, 107.

⁴⁸ Precepto transmitido por Paul. Fest. *verb. sign.*, s.v. *Parrici-di> quaestores*, ed. Lindsay, 247.

⁴⁹ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 106.

⁵⁰ Cfr. R. FIORI, «*Homo sacer*», *op. cit.*, 521, n. 44 bis.

⁵¹ «*Homo sacer*», *op. cit.*, 108.