


## Ficción e infundamento. Schmitt y Benjamin en el proyecto *Homo sacer* de Giorgio Agamben

Luis Periañez Llorente<sup>1</sup>

Universidad Complutense de Madrid ✉ 

<https://dx.doi.org/10.5209/ashf.92452>

Recibido: 09/11/2023 / Aceptado: 29/12/2023

**Resumen.** El presente artículo recupera los argumentos de Agamben respecto del infundamento del derecho, la violencia que le es intrínseca y la centralidad de la ficción en los dos primeros volúmenes de *Homo sacer*, *El poder soberano y la nuda vida*, *Estado de excepción*. A su vez, estudia la potencia diagnóstica de la apropiación que hace Agamben de las tesis de Schmitt, así como la crítica que despliega a sus límites teóricos desde Benjamin.

**Palabras clave:** ficción; soberanía; Agamben; violencia.

### ENG Fiction and groundlessness. Schmitt and Benjamin in Giorgio Agamben's *Homo sacer* project

**Abstract.** This paper reviews Agamben's arguments regarding the groundlessness of law, its intrinsic violence and the centrality of fiction in the first two volumes of *Homo sacer*, *Sovereign Power and the Bare Life* and *State of Exception*. Additionally it studies the diagnostic power of Agamben's appropriation of Schmitt's theses, as well as the critique he deploys of their theoretical limits from Benjamin.

**Keywords:** fiction; sovereignty; Agamben, violence.

**Sumario.** 1. Introducción; 2. Para una crítica de la violencia y el proyecto *Homo sacer*; 3. La tragedia del derecho. Schmitt y el problema del fundamento; 4. Mito y culpa. La forma mínima de la referencialidad; 5. Administrar la anomia; 6. Excepción y policía. Schmitt a través de Benjamin; 7. Conclusión.

**Cómo citar:** Periañez Llorente, L. (2024). Ficción e infundamento. Schmitt y Benjamin en el proyecto *Homo sacer* de Giorgio Agamben. *Anales del Seminario de Historia de la Filosofía*, 41(2), 355-368. <https://dx.doi.org/10.5209/ashf.92452>

### 1. Introducción

La cuestión de la negatividad es el punto de confluencia simbiótica entre la metafísica y el derecho en la tradición occidental, así como la clave de su consagración a la violencia. Esta es la tesis que Agamben apunta en las páginas finales de su obra de 1982, *Il linguaggio e la morte*, fruto de un seminario celebrado entre el invierno de 1979 y el verano de 1980 en torno al lugar de lo negativo en las filosofías de Hegel y Heidegger. Estas páginas –intensas, frenéticas, que anticipan el que será el paradigma por excelencia de su futuro proyecto, el *homo sacer*– se apropian del diagnóstico sobre el *infundamento* de

toda praxis humana para posteriormente situar el origen de la violencia y la aparición del mitologema sacrificial en la voluntad de ponerle remedio a esa ausencia de fundamento. Aquí, como ya anuncia al inicio del ensayo el propio Agamben, la metafísica exige una aproximación ética<sup>2</sup>; el foco está en nuestra relación con –en nuestra reacción a– la propia carencia de fundamento:

La violencia no es algo como un dato biológico originario, que el hombre no puede sino asumir y regular en la propia praxis a través de la institución sacrificial; más bien es el infundamento mismo del hacer humano (al que el mitologema sacrificial quiere poner remedio) el que constituye el carácter violento (es decir,

<sup>1</sup> La presente investigación ha contado con la financiación de un contrato predoctoral FPU concedido por el Ministerio de Educación y Formación Profesional, en el marco del proyecto de investigación “La contemporaneidad clásica y su dislocación: de Weber a Foucault” (PID2020-113413RB-C31”.

<sup>2</sup> Giorgio Agamben, *El lenguaje y la muerte* (Valencia: Pre-textos, 2016), 10.

*contra naturam*, según el significado latino de la palabra) del sacrificio<sup>3</sup>.

Tanto en el caso de la metafísica como en el del derecho, la lógica presupositiva de lo negativo es comprendida como una lógica *sacrificial*, y aquí “sacrificial” apela también a toda forma de sacralización, de acuerdo con una genealogía de lo sagrado que el italiano desplegará en *El poder soberano y la nuda vida* (HS I<sup>4</sup>). Se trata siempre de la impostación de un origen o un inicio: aquello que es apartado del grupo y de los usos comunes, normales y normados, objeto de un proceso de separación, se plantea al mismo tiempo como fundamento, “pasado inmemorial y, sin embargo, memorable”<sup>5</sup>.

Ahora bien, afirma Agamben, “que en el sacrificio tal y como lo conocemos” esta práctica consiste en general en un homicidio, que el sacrificio sea violento, “no es ciertamente casual ni privado de significado” y, sin embargo, “en sí, esta violencia no explica nada, sino que más bien necesita a su vez una explicación”<sup>6</sup>.

La arqueología que una década después comenzará a publicar Agamben se hace eco de esta exigencia. El vínculo entre metafísica, violencia y derecho, que el italiano condensa en la expresión aforística “el fundamento de la violencia es la violencia del fundamento”<sup>7</sup> está a la base de la indagación arqueológica en torno a la soberanía que permite a Agamben localizar, ya en la Grecia clásica de Píndaro, un pensamiento del *nómos soberano* como aquel principio que, “reuniendo derecho y violencia, los hace caer en el riesgo de la indistinción” (HS I, 42 / 47).

El análisis de Agamben, deudor de Carl Schmitt y Walter Benjamin, pasa por desmitificar el paradigma del contrato social. Frente a la libre cesión de

derechos entre iguales, que pondría a la base del derecho un vínculo o ligazón cuya amenaza condena y previene la propia institución, la arqueología sitúa en la desligadura (*déliaison*) el fundamento mismo del Estado y del derecho. La referencia aquí a Alain Badiou es explícita y supone una reapropiación de su pensamiento. Donde Badiou<sup>8</sup> enfoca el aspecto catejónico del Estado en tanto volcado a la contención o prevención de su propia desaparición por medios violentos, Agamben sitúa en la conservación del derecho incondicional a la violencia por parte del poder soberano (esto es: en el no sometimiento a las condiciones del pacto) el fundamento del propio derecho.

El presente artículo recupera los argumentos de Agamben respecto del infundamento del derecho, la violencia que le es intrínseca y la centralidad de la ficción en los dos primeros volúmenes de *Homo sacer*, *El poder soberano y la nuda vida*, *Estado de excepción*, y estudia la potencia diagnóstica de la apropiación que hace Agamben de las tesis de Schmitt, así como la crítica que despliega a sus límites teóricos desde Benjamin.

## 2. Para una crítica de la violencia y el proyecto *Homo sacer*

*Para una crítica de la violencia* es un texto cuya centralidad en el proyecto *Homo sacer* no puede ser suficientemente enfatizada. Su influencia puede rastrearse en las elecciones léxicas –medios puros, nuda vida–, metodológicas –la labor de una crítica de la violencia “que es ya la filosofía de su historia”– temáticas –la analítica de la soberanía y del vínculo entre poder y derecho– y ético-políticas; además, su comentario y análisis ocupa en diversos lugares del proyecto un papel estratégico nuclear. En cierta medida, el conjunto de *Homo sacer* puede entenderse como la asunción y el despliegue de las hipótesis benjaminianas, “premisa necesaria, y aún hoy no superada, de cualquier indagación sobre la soberanía” (HS I, 67 / 84)<sup>9</sup>.

Benjamin abre su ensayo afirmando que “[l]a tarea de una crítica de la violencia puede definirse como la exposición de la relación de dicha violencia con el derecho y la justicia”<sup>10</sup>. Que esta sea su tarea

<sup>3</sup> Agamben, *El lenguaje y la muerte*, 169.

<sup>4</sup> Giorgio Agamben, *Homo sacer. Edizione integrale: 1995-2015* (Macerata: Quodlibet, 2018). La obra de Giorgio Agamben ha sido objeto de una encomiable labor de traducción que hace casi innecesario al investigador el recurso a los textos originales. Sin embargo, el proyecto *Homo sacer*, al que se dirige el grueso de esta investigación, posee una edición integral italiana, corregida, reordenada y ampliada que aún no ha aparecido en castellano. En este artículo citaremos de acuerdo con las traducciones disponibles, indicando no obstante la página correspondiente a la edición integral italiana, de acuerdo con el siguiente formato: (HS volumen. tomo, pág. ed. integral / pág. Ed. castellana). Así por ejemplo: (HS I, 42 / 47). A continuación se ofrecen las referencias de las principales traducciones al castellano del proyecto *Homo sacer*: *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. (Valencia: Pre-Textos, 1998); *Homo sacer III. Lo que queda de Auschwitz: El archivo y el testigo*, trad. A. Gimeno Cuspínera, (Valencia: Pre-Textos, 2000); *Homo sacer II, 1. Estado de excepción*. Trad. A. Gimeno Cuspínera, (Valencia: Pre-Textos, 2004); *Homo sacer II, 4. El reino y la gloria: Para una genealogía teológica de la economía y del gobierno*, trad. A. Gimeno Cuspínera, (Valencia: Pre-Textos, 2008); *Homo sacer II, 3. El sacramento del lenguaje: Arqueología del juramento*, trad. A. Gimeno Cuspínera, (Valencia: Pre-Textos, 2011); *Homo sacer II, 5. Opus dei: arqueología del oficio*, trad. M. Ruvitoso, (Valencia: Pre-textos, 2013); *Homo sacer IV, 1. Altísima pobreza: Reglas monásticas y formas de vida*, trads. F. Costa y M. T. D. Meza, (Valencia: Pre-Textos, 2014); *Homo sacer II, 2. Stasis: La guerra civil como paradigma político*, trads. R. Molina-Zavalía, F. Costa, y A. Tursi, (Buenos Aires: Adriana Hidalgo editora, 2017); *Homo sacer IV, 2. El uso de los cuerpos*, trad. C. Palma, (Valencia: Pre-Textos, 2018).

<sup>5</sup> Agamben, *El lenguaje y la muerte*, 168

<sup>6</sup> *Op. cit.*

<sup>7</sup> Agamben, *El lenguaje y la muerte*, 169

<sup>8</sup> Alain Badiou, *L'être et l'événement* (París: Editions Seuil, 1988).

<sup>9</sup> El texto benjaminiano está lejos de ofrecer una lectura unívoca y es importante señalar cómo y cuándo comparece en el argumento agambeniano, evitando la tentación de universalizar su lectura. En esta sección buscamos establecer un diálogo entre la lectura de Giorgio Agamben y la de Judith Butler, no para contraponerlas y clasificarlas, sino para dotar de una mayor vitalidad y potencia de interpelación del presente el texto de Benjamin. Autores como Arne De Boever y Benjamin Morgan han estudiado las diferencias entre la filosofía de Walter Benjamin y la de Giorgio Agamben al hilo de la interpretación de qué sea la “violencia divina” y del diferente peso de la estética kantiana en la problematización de los “medios puros” en ambos filósofos, respectivamente. Véase Arne De Boever, «Politics and Poetics of Divine Violence: On figure in Giorgio Agamben and Walter Benjamin», en *The Work of Giorgio Agamben*, ed. Justin Clemens, Nicholas Heron, y Alex Murray (Edinburgh: Edinburgh university press, 2008), 82-96; Benjamin Morgan, «Undoing Legal Violence: Walter Benjamin's and Giorgio Agamben's Aesthetics of Pure Means», *Journal of Law and Society* 34, n.º 1 (2007): 46-64.

<sup>10</sup> Walter Benjamin, *Crítica de la violencia*, (Madrid: Biblioteca Nueva, 2020), 87.

central es algo que Benjamin justifica rápidamente, aludiendo a una conexión de sentido común entre la esfera de lo moral y la del derecho y la justicia. Judith Butler se ha preguntado por el significado que en este contexto adquiere el término “crítica”<sup>11</sup>. La crítica refiere aquí a una investigación sobre sus condiciones –fácticas o no, terrenas o metafísicas– de posibilidad. Desde una distancia adecuada, Butler observa que es, en este sentido, también “una pregunta por cómo la violencia es de entrada circunscrita por el modo en que la interpelamos”, una pregunta por cómo un cierto marco de comprensión, definido por dispositivos de diverso tipo y calado, afecta al modo en que agresión y sufrimiento son percibidos y puestos al servicio de unos ciertos intereses –en este caso, los de un modo de gobierno. En este sentido, el criterio para focalizar la crítica de la violencia en la violencia que dispone el derecho positivo, orientada a su fundación o conservación, podría ser efectivamente el reconocimiento de que existe un marco de comprensión socialmente reconocido en el que qué sea la violencia y cómo se la adjetive– legítima o no –depende de su relación con el derecho y la justicia. Sin embargo, una razón que adelanta la conclusión de la propia investigación podría ser precisamente que hemos de indagar y desplegar la crítica de la violencia militar, policial, judicial y burocrática con que el Estado instaura y asegura el vínculo legal porque aquella se presenta como legítima, esto es, *exenta de crítica*<sup>12</sup>:

En una crítica de la violencia, no se trata de la simple aplicación del derecho positivo, sino más bien de juzgar, a su vez, al derecho positivo. Se trata de ver qué consecuencias tiene para la esencia de la violencia el hecho mismo de que sea posible establecer respecto de ella tal criterio o diferencia<sup>13</sup>.

Tarea de la crítica es, entonces, dilucidar qué mutaciones sufre la violencia al someterse a la distinción entre legal e ilegal, legítima o ilegítima, sancionada históricamente como poder o no sancionada –esto es, al ser funcionalizada por el Estado. El criterio para esta crítica habrá de ser buscado más allá del iusnaturalismo y más allá de la filosofía positiva del derecho en una filosofía de la historia<sup>14</sup>: “[I] a crítica de la violencia es la filosofía de su historia”. Pero el carácter de esta filosofía de la historia es tan radical, que apela a “otra perspectiva del tiempo”<sup>15</sup>. La violencia que instaura y la violencia que conserva el derecho conforman, desde una perspectiva filosófico-histórica, una cierta máquina, una “ley de oscilación” o ciclo, constitutiva de una cierta temporalidad

cuyo carácter mítico Benjamin esboza en este y otros textos:

Sobre la interrupción de este ciclo, que se desarrolla en el ámbito de las formas míticas del derecho, se funda una nueva época histórica; sobre la suspensión del derecho, pues, y [la suspensión] de las violencias, como ellas en él, en las que se basa<sup>16</sup>.

En este punto, no obstante, la crítica “no ofrece un plan para el futuro (...) este ensayo termina con una nota de destrucción más que de transformación, y ningún futuro se elabora en él”. Pero, dirá Butler, esto no significa que no pueda haberlo. Cuál sea la temporalidad propia del derecho, y cuál sea en cambio la de un futuro posible más allá de la destitución del vínculo entre violencia y derecho, es una de las preguntas centrales del proyecto *Homo sacer*.

### 3. La tragedia del derecho. Schmitt y el problema del fundamento

*La decisión soberana es el principio absoluto, y el principio (también en el sentido de arché) no es otra cosa que la decisión soberana.*

Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*

La teorización en torno a la ausencia de fundamento del derecho encuentra en la obra de Carl Schmitt y Walter Benjamin sus dos arcanos fundamentales. En el caso del primero, podemos notar que Agamben se sirve del diagnóstico y las premisas basales de Schmitt, depurando el resultado de la orientación pragmática y normativa de su autor<sup>17</sup>. En el caso del segundo, la crítica de la violencia benjaminiana sirve además como guía para las anotaciones prospectivas que acompañan la arqueología de la máquina jurídico-política de la soberanía<sup>18</sup>.

La centralidad de Carl Schmitt es declarada de forma explícita desde el inicio del proyecto, allí donde Agamben afronta la tematización de la lógica de la soberanía mostrando su carácter de concepto límite a la vez interno y externo al derecho. El tono es apodíctico, “[I]a paradoja de la soberanía se enuncia así”, e introduce la tesis schmittiana de la relación entre soberanía y excepción como un punto de partida, contrario a las posturas de un positivismo jurídico como el de Kelsen: donde el jurista austriaco consideraría

<sup>16</sup> Benjamin, *Crítica de la violencia*, 120.

<sup>17</sup> Alfonso Galindo Hervás, *Pensamiento impolítico contemporáneo: Ontología (y) política en Agamben, Badiou, Esposito y Nancy* (Madrid: Sequitur, 2015), 95.

<sup>18</sup> De acuerdo con Germán Primera, la lectura agambeniana de la *Crítica de la violencia* de Benjamin es clave para matizar su recepción y apropiación del diagnóstico schmittiano. Agamben recoge de la crítica benjaminiana la idea según la cual la soberanía se muestra tan vinculada a la violencia-poder que crea la ley como a la violencia-poder que la conserva. De esta manera –coherente con la dinámica de las máquinas– “privilegiar el poder constituyente por sobre el constituido no romperá el vínculo entre soberanía y poder constituyente”, del mismo modo que, en su crítica a la deconstrucción, “la simple reversión de la jerarquía del significante y el significado no suspende la estructura metafísica de la significación”. Germán Primera *The Political Ontology of Giorgio Agamben: Signatures of Life and Power*, (London ; New York: Bloomsbury Academic, 2019), 74.

<sup>11</sup> Judith Butler, *¿A quién le pertenece Kafka? y otros ensayos* (Santiago de Chile: Palinodia, 2014), 65.

<sup>12</sup> Eduardo Maura Zorita, «La crítica de la violencia en el pensamiento de Walter Benjamin y Judith Butler (1921-2021)», en *Walter Benjamin. Hacia la crítica de la violencia*, ed. Gustavo Leyva (Ciudad de México: Gedisa, 2022), 586.

<sup>13</sup> Benjamin, *Crítica de la violencia*, 90.

<sup>14</sup> En un despliegue casi mayéutico, Benjamin da la palabra al iusnaturalismo y al positivismo, para mostrar sus límites a la hora de ofrecer una comprensión holística de la relación entre violencia, medios y fines: “el derecho positivo es ciego para la incondicionalidad de los fines, el derecho natural es ciego para el carácter incondicionado de los medios” (Benjamin, *Crítica de la violencia*, 59).

<sup>15</sup> Butler, *¿A quién le pertenece Kafka?*, 96.



innecesario incluir la previsión del estado de excepción en la configuración del derecho, Carl Schmitt ve una relación fundamental entre derecho, soberanía y excepción. El jurista alemán refiere en consecuencia al estado de excepción como un “concepto general de la doctrina del Estado” que “una razón sistemática lógico-jurídica” reconocerá como constitutivo de “la definición jurídica de la soberanía”<sup>19</sup>. Agamben incorpora así el carácter paradójico, jurídico en un sentido ontológico, extrajurídico desde una perspectiva óntica, del estado de excepción.

Carl Schmitt referirá al estado de excepción como algo que se deriva de convicciones metafísicas<sup>20</sup>. Ahora bien, como ha señalado José Luis Villacañas, por “metafísica” hemos de entender más bien la conjunción positiva y operativa de esquemas de pensamiento y categorías básicas, de marcado carácter epocal, que sirve de horizonte hermenéutico para los conceptos propios de diferentes esferas de acción especializadas<sup>21</sup>. Se trata del mismo tono intelectual del gesto teórico de Agamben: en lugar de una sociología de la acción social más propia de Max Weber, la búsqueda de una matriz intelectual unitaria capaz de dotar de sentido un concepto de época; en lugar de una microfísica de las relaciones entre poder y derecho, más propia de Michel Foucault y de un consciente rechazo del armazón conceptual de la modernidad, una “macrofísica invertida” en condiciones de localizar “detrás del ordenamiento jurídico, el conflicto; detrás de la unidad, la escisión; detrás de la neutralización, la decisión; detrás de la forma, la energía”<sup>22</sup>. Y sin embargo, pese a la abstracción, es importante no perder de vista el carácter performativo y práctico-político de una matriz semejante. Schmitt podrá afirmar entonces que “la imagen metafísica que de su mundo se forja una época determinada tiene la misma estructura que la forma de la organización política que esa época tiene por evidente”, de forma que una *sociología de la soberanía* tendrá precisamente la tarea de comprobar esta identidad<sup>23</sup>.

Es desde una idea semejante de metafísica como matriz hermenéutica histórica y socialmente determinada, imagen del mundo, como podremos comprender la hipótesis schmittiana –presente a su vez en la obra de Agamben– de la desconexión originaria y la vinculación forzosa entre Estado y Derecho. Es una constante en la obra de Schmitt el reconocimiento de que es imposible derivar de la constitución formal del Derecho las condiciones de su implementación y eficacia. Toda norma, dirá Schmitt<sup>24</sup>, “presupone una situación normal, y no hay norma que pueda tener validez en una situación totalmente anormal con respecto a ella”. El derecho por sí mismo se halla en todo momento en una situación de desconexión con respecto a la realidad que pretende *normalizar*. En este

sentido, el derecho sufre la carencia de un fundamento efectivo, que exige al Estado como institución con capacidad para efectuarlo. Precisamente aquí residen la potencia y el límite de aquella noción de metafísica: como recuerda Carlo Galli, para Schmitt el Estado es análogo a Dios “desde el punto de vista formal de la exigencia de orden, de la coacción al orden”, pero no así desde un punto de vista ontológico o substancial, pues donde Dios constituye el fundamento por excelencia, el Estado, en cambio, “se ubica en la más radical e inmediata ausencia de orden y de fundamentos, en la interacción y la desconexión originaria, trágica, entre la idea de derecho y su realización política”<sup>25</sup>.

Se trata de un planteamiento metafísico, sí, pero fruto de una *metafísica de la positividad*, de una *política del derecho*<sup>26</sup>, que frente al normativismo y al positivismo, localiza en todo derecho un elemento que le desborda, la condición positiva de promulgación y efectucción de normas: la decisión como coacción al orden<sup>27</sup>. El planteamiento schmittiano que recoge Agamben concede un peso central a las nociones de desorden y conflicto, puesto que todo “orden jurídico” presupone la fuerza jurídica de decisiones no conformes a norma –“también una decisión que no se corresponde con una regla crea derecho”<sup>28</sup>. Es por eso que “[e]l caso excepcional transparenta de la manera más luminosa la esencia de la autoridad del Estado. (...) la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho”<sup>29</sup>. El orden jurídico-político así pensado no se sostiene ni legitima por su completitud o corrección formal, moral o racional, sino precisamente por su incompletitud y su imposible perfección, patente en una decisión soberana que “surge de una nada normativa y de una concreta falta de orden”<sup>30</sup>. Desde esta perspectiva, lo político “no es más que una relación originaria con la virtualidad del conflicto”<sup>31</sup>.

#### 4. Mito y culpa. La forma mínima de la referencialidad

En un apunte tan central como breve, que precede a la caracterización del *bando soberano*, Agamben

<sup>19</sup> Carl Schmitt, *Teología política*, trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro-Pérez, (Madrid: Trotta, 2009), 12.

<sup>20</sup> Schmitt, *Teología política*, 14.

<sup>21</sup> José Luis Villacañas Berlanga, *Poder y conflicto: ensayos sobre Carl Schmitt*, (Madrid: Biblioteca Nueva, 2008), 114.

<sup>22</sup> Carlo Galli, *La mirada de Jano: ensayos sobre Carl Schmitt*, trad. María Julia de Ruschi Crespo (Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011), 57.

<sup>23</sup> Schmitt, *Teología política*, 44.

<sup>24</sup> Carl Schmitt, *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios* (Madrid: Alianza Edit., 1991).

<sup>25</sup> Galli, *La mirada de Jano*, 28.

<sup>26</sup> Jean-François Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt: lo político, entre especulación y positividad* (Madrid: Escolar y Mayo, 2007), 320.

<sup>27</sup> “Porque todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma” Schmitt, *Teología política*, 16. Con este énfasis en la decisión como condición positiva de operatividad del derecho, se trata, hace notar Kervégan, de “arrancarle de alguna manera el monopolio de la positividad al positivismo jurídico dominante, y reivindicarlo para una concepción radicalmente antipositiva” Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, 320.

<sup>28</sup> Carl Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, trad. Montserrat Herrero, (Madrid: Tecnos, 1996), 27.

<sup>29</sup> Schmitt, *Teología política*, 18.

<sup>30</sup> Schmitt, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, 31.

<sup>31</sup> Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, 319. Se trata de una idea también presente en la recensión que Leo Strauss hiciese de *El concepto de lo político*. Véase Leo Strauss, «Comentario sobre El concepto de lo político, de Carl Schmitt», en *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político*, de Heinrich Meier (Buenos Aires: Katz, 2008).

define la culpa como el “emblema de la aprehensión de la vida por el derecho”. La culpa, dirá, “no se refiere a la transgresión, es decir, a la determinación de lo lícito y de lo ilícito, sino a la pura vigencia de la ley, a su simple referirse a algo” (HS I, 38 / 41) (cursiva en el original).

Que culpa e inocencia, pero también responsabilidad, juicio o absolución sean categorías propiamente jurídicas es algo que Agamben ha señalado en numerosos momentos de su obra<sup>32</sup>. En el marco de su investigación sobre Auschwitz, el filósofo italiano mostró que la finalidad del derecho no reside en el establecimiento de la justicia, ni en el de la verdad que corroboraría la culpa o la inocencia, sino en el propio proceso. El derecho “tiene exclusivamente a la celebración del juicio, con independencia de la verdad o de la justicia” (HS III, 773 / 16-17): la sentencia sustituye a la verdad y la justicia, tiene peso y fuerza independientemente de aquellas. “El fin último de la norma –afirma Agamben, comentando *El proceso* de Kafka– es la producción del juicio; pero éste no se propone castigar ni premiar, ni hacer justicia ni descubrir la verdad. El juicio es en sí mismo el fin” (HS III, 774 / 17).

La consecuencia última de este carácter autorreferencial del proceso es “que la pena no sigue al juicio, sino que éste es él mismo la pena”. Pero entonces la absolución –comenta agudamente Salvatore Satta– es la confesión de un error judicial y la culpa aparece como la forma mínima de la referencialidad del derecho a la cosa procesada, que sufre desde el inicio la pena.

Judith Butler se ha hecho eco en su lectura de Benjamin de esta inversión de los términos, según la cual es el propio castigo el que “produce al individuo como sujeto de derecho –responsable, castigable y castigado”<sup>33</sup>. En este sentido la violencia atraviesa nuestra concepción del derecho. Todo derecho que tenga la violencia como medio, es un derecho que tiene la violencia también como fin, un derecho para el cual la normalización de la vida y su inscripción en un circuito de violencia son uno y el mismo proceso:

La función de la violencia en la creación jurídica es, en efecto, doble, en el sentido de que la creación jurídica, si bien persigue lo que es instaurado como derecho, como fin, con la violencia como medio, sin embargo, en el acto de fundar como derecho el fin perseguido, no renuncia ya a la violencia, sino que la convierte, en sentido estricto, es decir, inmediatamente, en violencia instauradora de derecho, al instaurar bajo el nombre de “poder” un derecho que no es independiente de la misma violencia como tal, sino que se halla ligado, justamente, de modo necesario, a dicha violencia.

Creación de derecho es creación de poder, y en tal medida [es] un acto de inmediata manifestación de violencia<sup>34</sup>.

Benjamin esclarece este vínculo mítico entre violencia y derecho –que desvela su origen violento, pero inhibe la capacidad imaginativa necesaria para pensar un derecho más allá de la violencia y una violencia más allá del derecho– a partir del mito de Níobe<sup>35</sup>.

Conocemos la historia: Níobe, esposa del rey de Tebas, presume arrogante de su fertilidad ante Leto –que solo tiene dos hijos, Artemisa y Apolo– negándose a tributarle honores. Ante esta falta, Leto ordena a sus hijos asesinar a los hijos y las hijas de Níobe, con la excepción de Anfión y Melibea. Desbordada de dolor y llanto, Níobe queda inmóvil y se transforma en una estatua de piedra. Como observa Benjamin, “podría parecer que la acción de Apolo y Artemisa es sólo un castigo”. Sin embargo, “su violencia instituye, más bien, un derecho”, pues no se ha infringido ninguna ley, se ha desafiado al destino.

Benjamin quiere mostrar que el carácter de esta violencia mítica, inmediata y fulminante, es “estrechamente afín, o por completo idéntica, a la violencia que funda el derecho”<sup>36</sup>. En esa medida, no es una violencia “estrictamente destructora”:

Si bien somete a los hijos a una muerte sangrienta, se detiene ante la vida de la madre, a la que deja, siendo incluso más culpable tras la muerte de sus hijos, como la portadora terna y enmudecida de la culpa, mojón entre humanos y dioses<sup>37</sup>.

En el marco de esta violencia mítica –que sirve al menos de matriz hermenéutica del vínculo constitutivo entre violencia y derecho– “el destino fija las condiciones coactivas del derecho al producir el sujeto

<sup>34</sup> Benjamin, *Crítica de la violencia*, 112.

<sup>35</sup> No es una cuestión menor que, en el que es sin duda uno de los momentos fundacionales de la concepción moderna de la soberanía, Hobbes se sirva de una figura mitológica –el Leviatán, aquel monstruo marino del Libro de Job– para obrar el vínculo entre violencia y derecho. Andrea Cavalletti ha señalado, no obstante, que no se trata allí de un mito en el sentido de una experiencia extática genuina y colectiva, ni tampoco de un “mito tecnificado” (escapando así a la taxonomía de Kerényi), sino de un dispositivo mitológico que conjuga una instancia concreta y decisiva con una dimensión mitológica más allá de la ley positiva. Así, la conjunción adversativa que caracteriza ese “gran Leviatán (...) que no es sino un hombre artificial” no posee una función desmitologizante: “por el contrario, precisamente en el hecho de que este ser no sea una manifestación inmediata de la potencia divina, sino un autómata producido mediante el arte, radica su particular aspecto mitológico (...) en Hobbes es como si la imagen bíblica quedara en suspenso, expuesta no en su significado o contexto original, sino ya completamente vaciada, no como un mito en sí, sino cual alegoría o emblema amenazador de contenido mítico que no adhiere a ella, y que ella sin embargo sigue indicando con eficacia” Andrea Cavalletti, *Mitología de la seguridad: la ciudad biopolítica*, trad. María Teresa D’Meza (Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2010), 69-70. En este sentido, Cavalletti apunta el valor de este dispositivo en la (re)producción de la máquina jurídico-política de la soberanía: “los dos aspectos de la instancia concreta y la imagen mítica revelan su más íntima coherencia: un tenaz carácter mitológico indica la persistencia histórica del mecanismo, mientras que esta no es sino la efectiva conservación de aquel” *Op. cit.*, 71.

<sup>36</sup> Benjamin, *Crítica de la violencia*, 111.

<sup>37</sup> *Op. cit.*

<sup>32</sup> Véase *Homo sacer III*, el ensayo sobre la calumnia en *Desnudez*, trad. Mercedes Ruvituso y Teresa D’Meza, (Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011) o *Mysterium burocraticum en El fuego y el relato* (México D.F.: Sexto Piso, 2016).

<sup>33</sup> Butler, *¿A quién le pertenece Kafka?*, 78. También para ella la culpa, indistinguible en su límite de la norma, forma mínima de su referencia a la vida previa a cualquier contenido, depende del derecho: “Primero el sujeto es constreñido por el derecho, y sólo entonces emerge un marco legal para justificar el carácter vinculante de ese derecho. Como consecuencia, los sujetos devienen responsables para la ley y ante ella, siendo definidos por esa responsabilidad legal” *Op. cit.*, 68.

de la culpa. Su efecto es atar al individuo al derecho, estableciendo al sujeto como causa singular de su sufrimiento y sumergiéndolo en una forma culposa de responsabilidad<sup>38</sup>. La ira de quien ostenta el poder –en este caso el poder radicalmente asimétrico de los dioses respecto a los humanos– opera performativamente, vincula al sujeto a la conciencia de una culpa que no cometió, le constituye como tal en la asunción de una responsabilidad por una violencia anterior “cuya operación es ocluida por un sujeto que acaba atribuyendo a sus propias acciones la violencia de la que es víctima”<sup>39</sup>.

## 5. Administrar la anomia

*El juez que se niegue a juzgar, bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.*

Artículo 4 del Código de Napoleón

Si hay en Agamben una crítica radical al ideal moderno de autojustificación de la política y de su adecuación con el derecho por vía del paradigma del contrato social, es en la medida en que el italiano comparte la base analítica del diagnóstico schmittiano. En ambos permea esta sensibilidad a la ausencia de fundamento del derecho, la conciencia de su articulación fundacional y funcional con el poder –aunque Agamben enfatice también el carácter ficticio de dicha articulación en tanto *ficción constitutiva* (HS II.1, 236 / 108).

Precisamente, esa articulación ficticia pero operante, y como tal constituyente, entre derecho y realidad fáctica que el poder obra, es objeto de análisis prioritario en *Homo sacer* II.1, *Stato di eccezione*, a partir de un comentario arqueológico de los modos en que la ciencia jurídica ha tematizado la relación entre derecho y necesidad –y con ello, administrado el problema del estatuto del estado de excepción–, en el que la doctrina schmittiana del estado de excepción y su polémica con Walter Benjamin son tomadas como índice hermenéutico, y la institución del *Iustitium* es elaborada como paradigma arqueológico. En este sentido, *Estado de excepción* concede a Carl Schmitt un valor diagnóstico actual tan alto que Agamben considera que precisamente hoy día ha alcanzado su completo desarrollo<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Butler, *¿A quién pertenece Kafka?*, 78

<sup>39</sup> *Op. cit.*

<sup>40</sup> Uno no puede dejar de notar en *Estado de excepción* que, entre la publicación del primer volumen de *Homo sacer* y este segundo, ocurren, como confirmación del diagnóstico, el 11S y la consiguiente “guerra contra el terror”, que compagina el viraje global hacia lo securitario con la promulgación de decretos como la *military order* evocada por Agamben en las primeras páginas, que permite la detención indefinida y la suspensión de los derechos de aquellos sospechosos de implicación en actividades terroristas. En parte esto podría explicar que Agamben ponga el foco sobre el “estado de excepción”, como concepto desde el que tematizar un conjunto heterogéneo pero coherente de fenómenos jurídicos, y abandone parcialmente aquel otro de “campo” a través del cual, en *Homo sacer I* y en *Homo sacer III (Quel che resta di Auschwitz)*, encauzó su arqueología del poder político occidental. La genealogía del estado de excepción, que abarca desde el *iustitium* romano hasta las fiestas anómicas medievales y modernas, permite a Agamben no sólo cartografiar la lógica inmanente a todo sistema jurídico-político sustentado

Tanto en *La dictadura*, de 1921<sup>41</sup>, en la que la problemática del estado de excepción viene trabajada al hilo de la definición y categorización de los distintos tipos de dictadura, como en *Teología política*, del año siguiente, en la que aquella se subordina a la definición de la soberanía, la cuestión última a dirimir es “la inscripción del estado de excepción en un contexto jurídico” (HS II.1, 200 / 52). Si bien la exégesis académica de Carl Schmitt ha concedido cierta primacía a la doctrina de la soberanía que aquel consagró en *Teología política*, Agamben reivindica la necesidad de una lectura más amplia de la génesis de aquella a partir de la previa dilucidación del estado de excepción: “[l]a condición y la paradoja del concepto schmittiano de soberanía derivan (...) del estado de excepción, y no a la inversa”. Agamben enfoca así las estrategias discursivas que han permitido a Schmitt “juridificar” el estado de excepción, vincularlo al marco discursivo-conceptual de lo jurídico, mediante su referencia a la magistratura romana y a la distinción entre normas del derecho y normas de realización del derecho (*Rechtsverwirklichung*). Se trata del establecimiento de “una serie de cesuras y divisiones” en el cuerpo del derecho, a partir de las cuales cabe discernir elementos polares irreductibles entre sí, como las normas del derecho y las normas de su realización, que, sin embargo, “mediante su articulación y oposición, permiten el funcionamiento de la máquina del derecho” (HS II.2, 203 / 56).

Del mismo modo, norma y decisión se oponen y articulan. La decisión, muestra Schmitt en *Teología política*, no puede ser deducida sin resto de ninguna norma: aquella incorpora en la aplicación concreta de la norma un componente de anomia que es máximamente visible en la decisión que instaura el estado de excepción, escindiendo la norma de su aplicación por mor de hacerla posible. En este sentido, de acuerdo con Agamben, el estado de excepción comparece en la doctrina schmittiana...

... como el lugar en que la oposición entre la norma y su aplicación alcanza su máxima intensidad. Es un campo de tensiones jurídicas, en el que un mínimo de vigencia formal coincide con un máximo de aplicación real y viceversa. Pero también en esta zona extrema, e incluso precisamente en virtud de ella, los dos elementos del derecho muestran su íntima cohesión (HS II.2, 204 / 57).

Y la decisión soberana, tematizada a partir del análisis del estado de excepción, no será entendida

sobre una cierta noción de soberanía, sino también apuntar a la modulación de aquella lógica que inaugura el período específicamente biopolítico, aquel en el que el estado de excepción deviene la regla, y el *campo* puede ser considerado paradigma de la política moderna. Pero por supuesto, ese hoy día al que refiere Agamben cuando publica en 2003 su libro, puede ser nuestro más reciente presente europeo veinte años después, en el que hace apenas una semana –abril de 2023– Italia ha decretado el estado de emergencia migratorio con vistas a fortalecer y dinamizar de manera urgente los medios disponibles para la identificación y deportación de migrantes, o en el que países como Hungría llevan desde 2015 en situación declarada de estado de emergencia migratorio pese al drástico decrecimiento de la entrada de migrantes en el país.

<sup>41</sup> Carl Schmitt, *Ensayos sobre la dictadura, 1916-1932*, (Madrid: Tecnos, 2013), 49-294.



como la “expresión de la voluntad de un sujeto jerárquicamente superior”. Antes bien “representa la inscripción, en el cuerpo del *nomos*, de la exterioridad que anima y da sentido a éste”, aquella vida natural escindida ahora en nuda vida y poder soberano (HS I, 37 / 40)<sup>42</sup>.

Sin embargo, la inscripción en el derecho de un elemento propiamente ajurídico o antijurídico comporta una aporía que la moderna teoría del estado de excepción sólo puede constatar sin resolverla. La indagación arqueológica agambeneana encuentra así, en la institución romana del *Iustitium*, un paradigma, un “modelo en miniatura” (HS II.1, 208 / 63), en condiciones de impulsar la investigación más allá de las aporías en las que encalla la ciencia jurídica, iluminando el carácter anómico –tan ajeno como esencial al derecho– del estado de excepción. Con el análisis del *Iustitium*, se trata para Agamben de mostrar la constitución funcional del moderno dispositivo del estado de excepción y no su naturaleza jurídica o extrajurídica: “definir el sentido, el lugar y las modalidades de su relación con el derecho” (HS II.1, 217 / 77), desvelar la lógica práctica, la funcionalidad imaginal y política, performativa, de una serie de dispositivos jurídico-políticos, las ficciones a partir de las cuales operan, los medios de su potencia de configuración de mundo y las consecuencias de su violencia, pero también sus latencias, las aporías que contiene sin resolver y sus líneas de fuga.

El *Iustitium* refiere a la suspensión total del ordenamiento jurídico declarada por el Senado –a través de la emisión de un *senatus consultum ultimum*– ante una situación de emergencia derivada de una guerra exterior, insurrección o guerra civil. El tumulto (*tumultus*) declarado por el senadoconsulto implicaba de suyo la solicitud, ampliada en el límite a todos los ciudadanos, de que se adopte “cualquier medida que se considere necesaria para la salvación del Estado” (*rem publicam defendant, operamque dent ne quid respublica detrimenti capiat*) (HS II.1, 208 / 63).

Agamben explora dos aspectos de esta institución que han supuesto serios problemas de análisis para teóricos tan destacados como Theodor Mommsen, Adolphe Nisén –cuya monografía de 1877 sirve aquí de guía– y al propio Carl Schmitt: el primero sería su relación con la institución de la dictadura romana. El segundo, la naturaleza de la acción realizada durante el *Iustitium*. En ambos casos, el horizonte último de interrogación es la relación entre la anomía y el derecho.

En primer lugar, el *Iustitium* no puede ser definido como una forma de dictadura ni siquiera como una “cuasi-dictadura” (HS II.1, 213 / 71). En efecto, en el

*Iustitium* 1) no está en juego la creación de una nueva magistratura, 2) tampoco se trata de una ampliación de los poderes actuales de los magistrados, 3) ni se rige por los medios preestablecidos en la constitución romana para la instauración de una dictadura. Se trata antes bien de la suspensión de los límites legales a la acción. De acuerdo con Agamben la vinculación y confusión del estado de excepción con la dictadura “es el límite que impidió tanto a Schmitt en 1921 como a Rossiter y Friedrich después de la Segunda Guerra Mundial superar las aporías del estado de excepción” (*Ibid.*). La completa comprensión del estado de excepción ha de resituarse sobre este “oscuro paradigma genealógico del derecho romano”, el *Iustitium*, y no en la dictadura romana como hasta ahora, pues “[e]l estado de excepción no se define según el modelo dictatorial, como la plenitud de los poderes, un estado *pleromático* del derecho, sino como un estado *kenomático*, un vacío y una detención del derecho” (HS II.1, 213 / 72)<sup>43</sup>. No otro es el sentido del carácter “último” del senadoconsulto: el *senatus consultum ultimum* señala precisamente “el límite del orden constitucional romano” (HS II.1, 212 / 70), más allá del cual los ciudadanos ni cumplen ni transgreden las leyes.

Este es el segundo aspecto que Agamben subraya: bajo el *Iustitium*, todo ciudadano parece estar investido de un “*imperium fluctuante*”: no concernidos por ningún límite legal, quedando sus actos “completamente sustraídos a toda determinación jurídica”, los ciudadanos privados operan como cónsules, pero no es menos cierto que los cónsules obran como ciudadanos privados; “[e]l *Iustitium* –afirma Agamben– parece poner en entredicho la propia consistencia del espacio público, pero también la del espacio privado es inmediatamente neutralizada de la misma manera” (HS II.1, 214 / 73). Pero esta indistinción e indecidibilidad entre lo público y lo privado, lo jurídico y lo extrajurídico, revela una esfera de la acción humana completamente anómica, que es lo que verdaderamente está en juego en la suspensión del derecho: una acción que, afirma Agamben, “no ejecuta ni transgrede, sino que inejecuta el derecho” (HS II.1, 215 / 75).

El estado de excepción, resume Agamben, “no es una dictadura (constitucional o inconstitucional, comisarial o soberana), sino un espacio vacío de derecho” que desactiva las determinaciones jurídicas (*Ibid.*). Ahora bien, no se trata aquí de una anomía “pura”, “originaria”, sobre la cual se impondría el derecho, sino de una anomía que “resulta de la suspensión del derecho” (HS II.1, 216 / 76). Este “estado de naturaleza” constituye una ficción, la ficción de un afuera que el derecho trata por todos los medios de incluir en sí mismo:

Tal espacio vacío de derecho parece ser, por alguna razón, tan esencial al orden jurídico, que éste debe buscar por todos los medios

<sup>42</sup> Como bien observa Manuel Ignacio Moyano, el soberano que ha quedado así definido a partir de la estructura de la excepción “es inasible. Y esta es una de las más radicales consecuencias que alcanza Agamben. Él es pura decisión, la cual es indivisible y absoluta –de allí el carácter ‘soberano’ que la define. Y por eso es una instancia estrictamente *infundada*, es decir, *sui generis*, que no depende de nada ni nadie más que de su propio acto de decisión. En última instancia, el soberano es inasible ya que es solo la forma pura de la decisión, una instancia insustancial, que por encontrarse en el límite de todo orden –donde se confunde lo instituyente y lo instituido–, escapa a cualquier determinación esencial” Manuel Ignacio Moyano, *Giorgio Agamben. El uso de las imágenes*. (Adrogué: Ediciones La Cebra, 2019), 361.

<sup>43</sup> De acuerdo con Agamben, sólo desde esta nueva matriz hermenéutica cabe entender el carácter jurídico de los regímenes fascista y nacionalsocialista: ambos “dejaron subsistir las constituciones vigentes (el Estatuto Albertino y la Constitución de Weimar respectivamente), añadiéndoles, según un paradigma que ha sido agudamente definido como ‘constitución dual’, una segunda estructura, con frecuencia no formalizada jurídicamente, que podía existir junto a la anterior gracias al estado de excepción” (HS II.1, 214 / 72).

encontrar una conexión con él, como si, para fundarse, tuviera que mantenerse necesariamente en relación con una anomia (*ibid.*).

Considerando lo anterior, la afirmación agambeniana de que “son completamente falsas todas las doctrinas que tratan de anexionar inmediatamente el estado de excepción al derecho” (HS II.1, 216 / 75) parece fuera de lugar y sólo se esclarece desde una lectura retrospectiva. En realidad, no están en juego la verdad o la falsedad de las doctrinas del estado de excepción, sino la operatividad de una ficción de inmediatez. En el fondo, todo *Estado de excepción* se mueve en el ámbito del análisis deconstructivo de un dispositivo discursivo: no tanto la genealogía de las instituciones jurídicas, cuanto la arqueología de los modos y desplazamientos retóricos, que han permitido afianzar y estabilizar en el discurso profesional y en el imaginario común la inclusión aporética en el derecho del afuera mismo del derecho<sup>44</sup>. Agamben trata así de esclarecer la inflexión entre aquel medio para el cual “[l]a idea de que una suspensión del derecho pueda ser necesaria al bien común” es completamente extraña<sup>45</sup>, y la racionalidad jurídica moderna según la cual el estado de necesidad tiende a ser incluido, no sin complejidad técnica y retórica, en el orden jurídico (HS II.1, 195 / 43). Se trata, en primer lugar, de localizar la mutación que hace del concepto de *necesidad* el operador discursivo de la inclusión y funcionalización de la anomia en el derecho.

En un primer momento, cuyo caso paradigmático es para Agamben el *Decretum Gratiani*, la teoría de la necesidad remite exclusivamente a la posibilidad de que, en determinados casos singulares de suprema necesidad, la persona quede eximida del cumplimiento de la ley, puesto que “*necessitas legem non habet*” (pars III, dist. I, cap. II). Algo muy distinto se observa, en cambio, en un importante jurista del siglo xx como Santi Romano –ampliamente citado por Schmitt en su crítica al Estado de derecho liberal–,

que comparece en el análisis agambeniano como ejemplo por su posición tan radical como influyente en el período de entreguerras.

Santi Romano, a quien Agamben cita extensamente, localiza en la necesidad la fuente originaria de la que nace el derecho, un “orden de cosas que, al menos como regla y de modo completo y con eficacia práctica no puede ser disciplinado por normas establecidas precedentemente” pero que, si bien “no tiene ley, hace ley”<sup>46</sup>. Sin embargo, el caso concreto de la revolución, que Santi Romano menciona como ejemplo de fuente fáctica de derecho<sup>47</sup>, sirve a Agamben para determinar los elementos aporéticos y la estrategia discursiva de este dispositivo jurídico: en un texto de 1944 –apenas tres años antes de la muerte de su autor– la revolución se presenta como un fenómeno que, si bien no está ni puede estar regulado por el orden jurídico contra el cual se alza en armas, porta en sí misma un orden jurídico originario o proto-orden –algo así como un “derecho de la revolución”– que llevará al jurista a afirmar paradójicamente que “la revolución es violencia, pero violencia jurídicamente organizada”<sup>48</sup>. Desde este punto de vista, el *status necessitatis* no constituye unívocamente una “fuente originaria” del derecho, sino que funciona como un operador discursivo estratégico que genera en la ciencia jurídica un umbral o zona de indistinción en el que hecho y derecho, procedimientos jurídicos y extrajurídicos –o incluso antijurídicos– transitan y se indeterminan hasta hacerse indecibles (HS II.1, 197 / 46). Antes que la situación fáctica de necesidad, que se pretende situar en posición de fundamento, es esta indistinción estratégica la que funda y sostiene el derecho.

Agamben habrá de volver sobre Schmitt una última vez en este punto: la necesidad, cuyo papel de operador discursivo estratégico acabamos de mostrar, no logra absorber y explicar por sí misma el estado de excepción. En última instancia, la necesidad enfrenta una aporía interna, pues aquella, que se presenta a sí misma como situación fáctica objetiva insuperable, horizonte de cancelación necesaria del orden actual, no posee otra consistencia que la de la decisión sobre qué constituye y qué no una situación de necesidad. Frente a la identificación, por parte de Santi Romano, de Estado y derecho, Schmitt es perfectamente consciente de que ante la absoluta distancia que separa Estado y derecho sólo la decisión –en último extremo, la decisión sobre el estado de excepción– puede generar las condiciones positivas de la efectucción del derecho<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Este gesto teórico, que sitúa en el centro del análisis la performatividad de una práctica discursiva especializada, se aplica por momentos al estudio de otras esferas e instituciones, a partir de una analogía estructural que pretende localizar un viraje epistémico –y en consecuencia, ontológico-hermeneutico– general. Así por ejemplo, desplegando esta analogía entre metafísica y derecho, Agamben afirma que “a la estrategia onto-teo-lógica dirigida a la captura del ser puro en las mallas del *logos*, corresponde la estrategia de la excepción, que debe asegurar la relación entre violencia anómica y derecho” (HS II.1 224-225 / 89). Es igualmente común en el proyecto *Homo sacer* la analogía estructural entre lenguaje y derecho: en el centro de un argumento que alcanza en *El sacramento del lenguaje* (HS II.3 / 2011) su punto álgido, la lengua y el derecho se muestran capturados en una misma lógica práctica –aplicable, afirma Agamben, a todas las instituciones sociales– que discurre a partir de un “proceso de desemantización y de suspensión de la praxis concreta en su referencia inmediata a lo real” (HS II.1, 204 / 57). Así, “en todos los ámbitos el paciente trabajo de la civilización procede separando la praxis humana de su ejercicio concreto y creando de esta forma ese exceso de significación sobre la denotación que Lévi Strauss ha sido el primero en reconocer” (*ibid.*). La pregunta apunta en este caso al carácter ontológico fundamental o antropogénico –o bien contingente, retóricamente constituido– de esa escisión en los humanos entre su lengua y su habla, entre la gramática y el discurso en acto.

<sup>45</sup> Giorgio Agamben recupera aquí, del *De monarchia* de Dante, el adagio según el cual “quien se propone alcanzar el fin del derecho debe proceder según el derecho” (*quicumque finem iuris intendit cum iure graditur*) (*De monarchia* II, 5, 22).

<sup>46</sup> Santi Romano, *Scritti minori*, vol.1 (Milán: Giuffrè, 1990), 362.

<sup>47</sup> La cita anterior prosigue: “Se puede decir que la necesidad es la fuente primera y originaria de todo el derecho, de forma tal que con respecto a ella, las otras deben ser consideradas en cierto modo como derivadas [...]. Y en la necesidad deben buscarse el origen y la legitimación de la institución jurídica por excelencia, es decir del Estado, y en general de su ordenamiento constitucional, cuando se instaura por un procedimiento de hecho, por vía de la revolución, por ejemplo. Y lo que tiene lugar en el momento inicial de un régimen determinado puede repetirse también, si bien de modo excepcional y con caracteres más atenuados, incluso cuando aquel haya formado y regulado sus instituciones fundamentales”.

<sup>48</sup> Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (Milán: Giuffrè, 1983), 224.

<sup>49</sup> Incluso cuando en *El valor del Estado y el significado del individuo*, de 1914, Schmitt afirme que todo Estado es un Estado de derecho –afirmación que, Carlo Galli lo ve bien, suena



La teoría de la necesidad opera en el interior de la ciencia jurídica la ficción de una escisión constituyente en la que lo que ha sido escindido y conceptualizado como realidades incompatibles exige una instancia o dispositivo de mediación que las rearticule: el estado de excepción<sup>50</sup>. Todo sucede, afirma Agamben, “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 que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor” (HS II.1, 199 / 49)<sup>51</sup>. Pero así, la anomia que una ficción jurídica ha puesto a disposición del Estado, permite la generación y aplicación de una *fuerza-de-ley*<sup>52</sup>, una *anarquía del poder*<sup>53</sup>. La ganancia político-policia de esta ficción jurídica reside en esto: no un gobierno de la anomia, su cancelación o prevención, sino un gobierno por o mediante la anomia, su gestión, modulación e implementación puntual y violenta en manos del Estado; “un ‘estado de la ley’ en el que, por una parte, la norma está vigente pero no se aplica (no tiene ‘fuerza’) y, por otra, hay actos que no tienen valor de ley pero que adquieren la ‘fuerza’ propia de ella” (HS II.1, 205 / 59)<sup>54</sup>.

## 6. Excepción y policía. Schmitt a través de Benjamin

Este último, no obstante, es también el límite de la doctrina schmittiana, que Agamben señala con la ayuda de Benjamin: aquello que el jurista no puede aceptar es ese gobierno por o mediante la anomia cuya realidad ambos vieron efectuarse en aquel

*Reich* nazi que nunca llegó a revocar el estado de excepción proclamado en 1933. Si bien es precisamente el ingente esfuerzo jurídico-político y académico de vinculación e inclusión de la anomia en el derecho por medio del estado de excepción el que lo vuelve posible, la teoría schmittiana sitúa siempre el estado de excepción en relación con el orden jurídico que funda y garantiza. Aunque el estado de excepción posee una primacía en relación con el orden constituido, en la perspectiva de Schmitt –recuerda Agamben– habría de conducir a la instauración de una nueva constitución, y no a un estado efectivo de gobierno desde la excepción, completamente indistinguible de la regla. El “Estado dual” hitleriano es, en muchos sentidos, contrario a la perspectiva del jurista. Así por ejemplo cuando afirma en la *Teoría de la Constitución* que un Estado “no tiene una Constitución ‘según la que’ se forma y funciona la voluntad estatal”, sino que aquel “es Constitución, es decir, una situación presente del ser, un *status* de unidad y ordenación”<sup>55</sup>. De este modo, el Estado “cesaría de existir si cesara esta Constitución, es decir, esta unidad y ordenación”<sup>56</sup>. La Constitución, como “decisión existencial total” –comprendida así tanto jurídica como existencialmente– supone el acto de un poder constituyente en condiciones de dotar de tipo y forma a la unidad política:

*Poder constituyente es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo. (la cursiva es del autor)*<sup>57</sup>

Y sin embargo, la tematización schmittiana no puede sino reservar para el poder constituyente una autonomía respecto del orden constituido:

Así como una disposición orgánica no agota el poder organizador que contiene autoridad y poder de organización, así tampoco puede la emisión de una Constitución agotar, absorber y consumir el Poder constituyente. Una vez ejercitado, no por ello se encuentra acabado y desaparecido el Poder constituyente. La decisión política implicada en la Constitución no puede reobrar contra su sujeto, ni destruir su existencia política. Al lado y por encima de la Constitución, sigue subsistiendo esa voluntad<sup>58</sup>.

kelseniana, pero no lo es– esto significa únicamente que el Estado presupone el derecho –la *Idea jurídica trascendente*, que posteriormente en *Teología política* quedará privada de contenidos como pura “coacción al orden” que ha de hacer precipitar en la praxis política a través de la decisión. Cf. Galli, *La mirada de Jano*, 25.

<sup>50</sup> La teoría de la necesidad ejemplifica el carácter inmunitario de la política cuya radicalización en la modernidad es central en el diagnóstico agambeniano, pero también en la obra de un contemporáneo como Roberto Esposito *Immunitas: protección y negación de la vida* (Buenos Aires: Amorrortu, 2009).

<sup>51</sup> “El estado de excepción –afirmará Kervégan a este respecto– revela, en su brutalidad, el fundamento del orden jurídico, y en consecuencia, de la norma. (...) En otros términos: la condición última de la validez normativa es la potencia de afirmación de dicha validez” Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, 35.

<sup>52</sup> Se trata de un concepto igualmente crucial en la lectura derridiana de la *Crítica de la violencia* de Walter Benjamin. Cf. Derrida *Fuerza de ley: el «fundamento místico de la autoridad»*, trad. Adolfo Barberá y Patricio Peñalver, (Madrid: Tecnos, 2018).

<sup>53</sup> Giorgio Agamben, *Creación y anarquía la obra en la época de la religión capitalista*, trad. Rodrigo Molina-Zavala y María Teresa D’Meza, Primera edición (Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo Editora, 2019), 119.

<sup>54</sup> Thanos Zartaloudis ha señalado oportunamente el carácter operante de esta ficción. Construido sobre la lógica presupositiva de la economía de lo propio y lo común/impropio (*the economy of the common and the proper*), este *mitologema cargado de imágenes (image-suffused mythologeme)* “captura en sí todo lo posible (la potencia absoluta), y es mediante esta función, particularmente espectacular, que captura potencia e imaginación, como vacía todo lo que de real hay hoy día en la vida social” Thanos Zartaloudis, *Giorgio Agamben: Power, Law and the Uses of Criticism*. (London: Routledge, 2010), 138. Véase también Primera, *The Political Ontology of Giorgio Agamben*, 76.

<sup>55</sup> Carl Schmitt, *Teoría de la constitución* (Madrid: Alianza, 2003), 30.

<sup>56</sup> *Op. cit.*

<sup>57</sup> Schmitt, *Teoría de la constitución*, 93-94. Este es el carácter radicalmente positivo –no positivista– de la teoría schmittiana: “En realidad, una Constitución es válida (*gelten*) cuando emana de un poder (es decir, fuerza o autoridad) constituyente y se establece por su voluntad. La palabra ‘voluntad’ significa, en contraste con simples normas, una magnitud del Ser como origen de un Deber-ser. La voluntad se da de un modo existencial: su fuerza o autoridad reside en su ser. Una norma puede valer cuando es justa (*richtig*); entonces la concatenación sistemática conduce al Derecho natural y no a la Constitución positiva; o bien una norma vale porque está positivamente ordenada, es decir, por virtud de una voluntad existente” (Schmitt 2003, 34). Véase Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, 40.

<sup>58</sup> Schmitt, *Teoría de la constitución*, 94.

Esta acotación, que vincula y conserva en el interior del derecho su afuera constitutivo, el estado de excepción, es precisamente la ventana abierta a la indistinción virtual entre hecho y derecho, excepción y regla, que Schmitt habría tratado de conjurar sin éxito: en ninguna parte, dirá Agamben, se mostrará con tanta claridad la paradoja de la soberanía, como en el problema del poder constituyente y de su relación con el poder constituido (HS I, 48 / 56)<sup>59</sup>. Sin embargo, Benjamin ya era sensible a la posibilidad de un gobierno de la excepción, en el que aquella se confunde íntegramente con la regla. Se trata de una posibilidad que trasluce en su texto de 1921, *Para una crítica de la violencia*, a cuya lectura, de acuerdo con una hipótesis plausible pero también ampliamente criticada, Agamben considera que Schmitt responde con su teoría de la soberanía, y en la que la problemática del poder constituyente y el poder constituido se analiza desde la dialéctica entre violencia-poder (*Gewalt*) que funda el derecho y violencia-poder que lo conserva.

La hipótesis de este dossier esotérico del diálogo entre Schmitt y Benjamin se ha convertido en cierta medida en una clave exegética con la que se ha de tener cuidado<sup>60</sup>. Sin embargo, más allá de sus implicaciones para la historia de la filosofía, el argumento agambeniano apunta a desvelar un límite en la interpretación schmittiana, independiente de la lectura o no por parte de Schmitt del texto de Benjamin. Efectivamente, Agamben aporta algunos datos que aumentan la verosimilitud de su hipótesis: a la existencia demostrada de diversas lecturas cruzadas –Benjamin cita a Schmitt en su escrito de habilitación de 1925; Schmitt cita a Benjamin en *Hamlet o Hécuba* (1956)<sup>61</sup>– y de polémicos intercambios epistolares –aquella carta “traspapelada”<sup>62</sup> que Benjamin envió a Schmitt a raíz de la publicación de *El origen del drama barroco alemán*, Agamben suma el hecho de que el ensayo fuese publicado en el número 47 del *Archiv für Sozialwissenschaften und Sozialpolitik*, revista en la que Schmitt publicaba y de la que era lector asiduo (tal y como recuerda Agamben, el jurista alemán habría citado los números inmediatamente anterior

y posterior). Sin embargo, desde una perspectiva sistemática y no histórico-filosófica, el capítulo cuarto de *Estado de excepción* no parece orientado a probar la realidad de dicho dossier esotérico (que comprendería la teoría schmittiana de la soberanía como una reacción al intento de Benjamin de asegurar una violencia absolutamente fuera y más allá del derecho), sino a ensayar una mutación en el marco hermenéutico de la soberanía, presente desde el momento en que, en su interpretación de Schmitt, Agamben recuerda que es la noción de soberanía la que está sometida a la tematización del estado de excepción y no viceversa. Se trataría de iluminar desde Benjamin un aspecto central e involuntario de la doctrina schmittiana del estado de excepción, en tanto teoría pero también en tanto dispositivo: la posibilidad virtualmente siempre disponible de una praxis cotidiana de la excepción, en la que la propia instancia soberana en declive entra en simbiosis e indistinción con jueces, médicos o científicos (HS I, 114 / 155-56), pero también con burócratas, agentes de frontera, ejército o con el cuerpo de policía.

Precisamente en la policía –apunta Benjamin– se da una indistinción entre violencia que funda y violencia que mantiene la ley: “[I]a policía es un poder que funda –pues la función específica de este último no es la de promulgar leyes, sino decretos con fuerza-de-ley– y es un poder que conserva el derecho, dado que se pone a disposición de aquellos fines”<sup>63</sup>. Si la pregunta central en *Para una crítica de la violencia* –compartida explícitamente por el proyecto *Homo sacer*– es, en palabras de Eduardo Maura, “¿en qué sentido el derecho no sólo no es lo contrario del fascismo, sino que puede ser compatible con él?”<sup>64</sup>, la institución de la policía, con su capacidad para la disposición de medios y medidas más allá del actual ordenamiento legal, es síntoma claro, para Benjamin, de una respuesta afirmativa. “La doble condición –refiere Eduardo Maura en un reciente análisis– (creadora y conservadora) de la violencia policial es síntoma de la incapacidad de la violencia legal, por legítima que se presente y por sofisticado que sea su aparato, para proteger la vida de los individuos tanto de posibles amenazas externas como de ella misma”<sup>65</sup>, y es, del mismo modo, la prueba de un principio anómico –una *anarquía del poder*– operante en todo ordenamiento jurídico conocido, independientemente de la decisión soberana de un estado de excepción total<sup>66</sup>.

En *Estado de excepción*, la apropiación de *Para una crítica de la violencia* se sirve de dos lecturas paralelas cuyos motivos centrales están ya anunciados en aquella: la teoría de la “indecisión soberana” de *El origen del drama barroco alemán* –presentada

<sup>59</sup> El término de “poder constituyente” no aparece en *Teología política*, pero sí en *La dictadura*, y será objeto de análisis posterior en la obra recién citada, *Teoría de la constitución*. En todos estos casos, no obstante, es la revolución la que genera y explica el orden político. Con la propuesta –central en estas obras– de una energía pensada como resto, como reservorio que nunca se constituye del todo, Schmitt “logra pensar lo que los juristas (y los políticos) modernos han querido neutralizar: la potencia creadora de la acción, de una acción al mismo tiempo concreta y nihilista, privada de fundamentos” Galli, *La mirada de Jano*, 67. Agamben se ha servido de Toni Negri para pensar esta misma energía en términos de potencia, reconduciendo la problemática al ámbito de la ontología. De este modo, la posibilidad de un pensamiento político más allá del marco hermenéutico de la soberanía dependerá igualmente del esfuerzo por constituir un pensamiento ontológico más allá de la lógica presupositiva que vincula potencia y acto (HS I, 54 / 66). Véase Toni Negri *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad* (Madrid: Traficantes de Sueños, 2015).

<sup>60</sup> Eduardo Maura Zorita, «Introducción», en *Crítica de la violencia*, de Walter Benjamin, (Madrid: Biblioteca Nueva, 2020), 51, 60.

<sup>61</sup> Carl Schmitt, *Hamlet or Hecuba. The Irruption of Time into Play* (Corvallis: Plutarch Press, 2006).

<sup>62</sup> Jacob Taubes, *La teología política de Pablo*, trad. Miguel García-Baró (Madrid: Trotta, 2007).

<sup>63</sup> Benjamin, *Crítica de la violencia*, 99.

<sup>64</sup> Maura Zorita, «La crítica de la violencia en el pensamiento de Walter Benjamin y Judith Butler (1921-2021)», 584.

<sup>65</sup> Maura Zorita, «La crítica de la violencia...», 585.

<sup>66</sup> La policía se halla, además, desvinculada de una noción fuerte de decisión, apareciendo más bien como una práctica cotidiana y espectral: “a diferencia del derecho, que reconoce en la ‘decisión’ local o temporalmente determinada una categoría metafísica, con lo cual exige la crítica y se presta a ella, el análisis de la policía no encuentra nada sustancial. Su poder es informe, así como su presencia es espectral, insisible y difusa por doquier, en la vida de los estados civilizados” Benjamin, *Crítica de la violencia*, 100.

en la crítica como el problema de la indecibilidad de los problemas jurídicos (*Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme*) (HS II.1, 219 / 81)– y la octava tesis sobre el concepto de historia, en la que se sentencia la realidad del estado de excepción devenido regla –anunciada ya en su análisis de la policía<sup>67</sup>.

De acuerdo con Agamben, la tematización schmittiana de la soberanía desde la decisión sobre el estado de excepción (y el consecuente abandono provisional del problema del poder constituido y el poder constituyente central en su libro sobre la dictadura de 1921) vendría a contestar y contrarrestar la hipótesis benjaminiana que, en un gesto doble, plantea aquella incapacidad de decisión última por parte del derecho y busca, a su vez, romper el vínculo mítico entre violencia y derecho para garantizar la posibilidad de una violencia completamente ajena a él, incruenta y divina. En este marco, el análisis del soberano barroco en el *Trauerspiel* se presenta según una hipótesis común como una nueva respuesta, en la que “el engarce entre lectura y contralectura se hace más estrecho” (HS II.1, 221 / 84):

Si, para Schmitt, la decisión es el nexo que une soberanía y estado de excepción, Benjamin escinde irónicamente el poder soberano de su ejercicio y muestra que el soberano barroco se encuentra constitutivamente en la imposibilidad de decidir (*Ibid.*).

El gesto es tanto más irónico –y crítico en tanto que irónico, como supo valorar Furio Jesi<sup>68</sup> en su recepción del método benjaminiano– por cuanto precisamente al citar la teoría de la soberanía de Schmitt, introduce una modificación sustancial, otorgándole la función no de decidir, sino de excluir o evitar el estado de excepción:

Si el concepto moderno de soberanía acaba por otorgar sin reservas al príncipe un

supremo poder ejecutivo, el barroco se desarrolla por su parte a partir de una discusión sobre el estado de excepción, y considera que la función más importante del príncipe consiste en evitarlo<sup>69</sup>.

Reinscribiendo de este modo la fractura entre las normas del derecho y su realización en el cuerpo del soberano –destinado en el argumento schmittiano a sortearla– y habiendo reconceptualizado al soberano como el operador inútil de la exclusión del estado de excepción –y no de su instauración–, se abre la posibilidad de una “zona de absoluta indeterminación entre anomia y derecho” (HS II.1, 222 / 86)<sup>70</sup>. Se anuncian de este modo la problemática de la relación entre el *rex inutilis* y la administración que ocupará a Agamben en *El Reino y la Gloria* (HS II.4), pero también e inmediatamente la posibilidad de una praxis cotidiana de la excepción ahora ya indistinguible de la norma.

Esta *dramatización de la paradoja de la soberanía* viene a denunciar la *fictio iuris* que “pretende mantener el derecho en su propia suspensión como fuerza-de-ley”<sup>71</sup>. En este sentido la contraposición con Schmitt es explícita. El jurista alemán denunció el carácter ficticio de la “noción ideal”<sup>72</sup> o la autopresentación del Estado de derecho liberal, mostrando que ni los derechos fundamentales del hombre ni la legalidad formal que opera como instrumento conceptual de su problematización están en condiciones de fundar jurídicamente un Estado (carecen de la base decisional-política) ni de limitar legalmente el poder soberano<sup>73</sup>. Un estado de excepción no puede en este sentido regularse mediante la ley: si bien de acuerdo con una idea hegeliana que Schmitt recupera, los principios del Estado de derecho pueden ser considerados un “catecismo elemental” del derecho constitucional, no están en situación de fundarlo<sup>74</sup>, y no están en condiciones de oponer un poder efectivo frente al estado de excepción. Benjamin ofrece a Agamben la posibilidad de revertir el signo del argumento schmittiano: si es ficticia toda supuesta regulación del estado de excepción con miras a garantizar algún tipo de respeto de nuestros derechos y libertades...

... cualquier ficción de un nexo entre violencia y derecho desaparece en este caso: no hay más que una zona de anomia, en la que actúa

<sup>67</sup> Agamben comparte explícitamente la perspectiva benjaminiana sobre la policía en *Medios sin fin*. Allí refiere a la Guerra del Golfo como la evidencia final del ingreso de la soberanía en la figura de la policía, de forma que su presentación como una “operación de policía” no debe comprenderse como una demostración de cinismo: “[q]uizá la característica más espectacular de esta guerra es que las razones que se han esgrimido para justificarla no pueden ser descartadas como superestructuras ideológicas destinadas a cubrir un designio oculto” y añade, “en contra de la opinión común que ve en ella una función meramente administrativa de ejecución del derecho, es quizá el lugar en que se muestra al desnudo con mayor claridad la proximidad, la intercambiabilidad casi, entre violencia y derecho que caracteriza la figura del soberano” Giorgio Agamben, *Medios sin fin: notas sobre la política*, trad. Rodrigo Molina-Zavala (Valencia: Pre-textos, 2000), 89 y 90. El cuarto de siglo que llevamos parece continuar el diagnóstico de Charles Tilly, “en términos absolutos (y per cápita), el siglo xx ha sido el más violento de los últimos diez milenios del planeta. Partiendo del balance de víctimas en conflictos armados, principalmente en las guerras mundiales (I y II) y recordando que en la segunda mitad del siglo xx las prácticas militares que siguen prevaleciendo responden a nombres como los de guerrilla, conflicto de baja intensidad, genocidio, politicidio, democidio o limpieza étnica” Charles Tilly, *Violencia colectiva* (Barcelona: Hacer Editorial, 2007), 56. Sobre el marco más general de los crímenes de guerra y el genocidio en la era global, cf. Marina Calloni *Violenza senza legge: genocidi e crimini di guerra nell'età globale*, (Torino: UTET università, 2006).

<sup>68</sup> *Spartakus. Simbología de la revuelta*. (Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2014).

<sup>69</sup> Walter Benjamin, *Obras. I/1: El concepto de crítica de arte en el romanticismo alemán: Las afinidades electivas de Goethe; El origen del Trauerspiel alemán / Edición de Rolf Tiedemann y Hermann Schweppenhäuser*, trad. Alfredo Brotons Muñoz, (Madrid: Abada Editores, 2010), 268.

<sup>70</sup> “El soberano, que debería en cada momento decidir sobre la excepción, es precisamente el lugar en el que la fractura que divide el cuerpo del derecho ya no puede soldarse: entre *Macht* y *Vermögen*, entre el poder y su ejercicio se introduce una separación que ninguna decisión puede colmar” (HS II.1, 221 / 84).

<sup>71</sup> Primera, *The Political Ontology of Giorgio Agamben*, 88

<sup>72</sup> Schmitt, *Teoría de la constitución*, 58-63.

<sup>73</sup> “Una constitución –afirma Schmitt– que no contuviera otra cosa que esas seguridades propias del Estado burgués de Derecho no podría concebirse, pues el Estado mismo, la unidad política, lo que ha de ser controlado, necesita existir de antemano o ser organizado al mismo tiempo” Schmitt, *Teoría de la constitución*, 62.

<sup>74</sup> Kervégan, *Hegel, Carl Schmitt*, 320.



una violencia sin revestimiento jurídico alguno. El intento del poder estatal de anexionarse la anomía por medio del estado de excepción es desenmascarado por Benjamin y queda reducido a lo que efectivamente es: una *fictio iuris* (HS II.1, 224 / 88).

Y sin embargo, el énfasis retórico de Agamben en el “desenmascaramiento” y la “reducción a lo que efectivamente es” resulta extraño en un libro que pretende mostrar precisamente la operatividad de las ficciones jurídicas, incluida aquella tan fundamental, tan central a nuestra idea de derecho y a su realización efectiva, que guarda en sí la posibilidad real de un gobierno de la excepción, la posibilidad real de la generación de geografías en las que la excepción deviene la regla, y en las que hecho y derecho resultan indistinguibles<sup>75</sup>. Antes bien, lo que se ventila en esta *fictio iuris* es una efectiva emancipación, por parte de soberanía y gobernabilidad, de la ley, “la cual ya no aparece como principio de legitimación, sino como parte de un repertorio táctico más amplio”<sup>76</sup>.

En el fondo, esto es lo que habilita al *homo sacer* como paradigma de la condición virtual de todo ciudadano: la máquina jurídico-política de la soberanía –la lógica práctica tras los dispositivos discursivos que se vienen estudiando, pero también la lógica práctica de su imbricación funcional con los dispositivos de gobierno– incluye la posibilidad siempre presente de la suspensión total o parcial del ordenamiento jurídico, no con vistas a garantizar la normalidad o a fundar la norma, sino como medio propio de gobierno. *Iustitium* y *homo sacer* sirven así de paradigmas para la comprensión de una máquina, que de acuerdo con la herencia de Furio Jesi<sup>77</sup> no requiere

un centro sustancial, sino sólo su ficción; una máquina que bien puede operar en el vacío y que, de acuerdo con Agamben, opera efectivamente en el vacío.

## 7. Conclusión

Originalmente, la noción de culpa refiere a la imputabilidad de un daño. Por eso –señala Agamben– los romanos no concebían la posibilidad de la culpa hacia uno mismo (HS III, 776 / 21). Y sin embargo, precisamente es la culpa hacia uno mismo el límite del derecho, la expresión más pura de su capacidad de captura del afuera.

Esta es la clave de lectura de un ensayo publicado por Agamben en *Desnudez* bajo el título de “K”. Siguiendo una interpretación de Davide Stimilli, Agamben refiere la K del apellido del protagonista de *El proceso* a la calumnia: “[a]lguien –se lee en la novela de Kafka– debía de haber calumniado a Josef K., porque, sin que él hubiera hecho nada malo, una mañana fue arrestado”, pero ese alguien, dirá Agamben, ha de ser el propio Josef K. aquel que porta la K de *kalumniator* con que en el derecho romano se marcaba la frente de quien había acusado falsamente.

La situación de Josef K. constituye así una paradoja: sólo hay calumnia si se acusa a alguien falsamente, esto es, siendo consciente de la inocencia del acusado. Joseph K. es, en este sentido, un umbral de indistinción entre culpa e inocencia, es culpable por saberse inocente, condición que Agamben extiende a toda persona:

Todo hombre inicia un proceso de calumnias contra sí mismo. Este es el punto desde el cual Kafka se mueve. Por este motivo, su universo no puede ser trágico, sino apenas cómico: la culpa no existe –o más bien, la única culpa es la auto-calumnia, que consiste en acusarse de una culpa inexistente (es decir, de la propia inocencia, y éste es el gesto cómico por excelencia)<sup>78</sup>.

Pero si la culpa había sido comprendida como forma mínima de la referencialidad, entonces esta culpa que uno ostenta en tanto se acusa inocente es el paradigma de la capacidad fundacional de captura del derecho. Se trata de una capacidad ficticia, la *fictio legis* original presupone la inclusión en el derecho de su propio afuera, que en este fragmento apunta su carácter cómico: nosotros y no otros hemos dado comienzo a ese proceso, somos los primeros y últimos incitadores de esa ficción.

Asumir una culpa y una responsabilidad –cosa que [dice Agamben] en ocasiones puede ser necesario hacer– significa salir del ámbito de la ética para entrar en el del derecho. Quien se ha visto obligado a dar este difícil paso no

<sup>75</sup> Véase entre otros Giuseppe Campesi, «Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea», *Revista Crítica Penal y Poder* 3 (2012): 166-86; Nick Vaughan-Williams, *Border politics. The limits of sovereign power* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009); Nick Vaughan-Williams, *Europe's border crisis. Biopolitical security and beyond* (Oxford: Oxford University Press, 2015); Didier Bigo y Anastasia Tsoukala, eds., *Terror, insecurity and liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11* (Londres: Routledge, 2008). Por otro lado, para un análisis de la recepción de la filosofía agambeneana en los *Critical Border Studies* y en los *Critical Migration Studies* y una reivindicación de la centralidad de la idea de ficción véase Luis Periáñez Llorente, «La ficción de la nuda vida: polémicas en la recepción del aparato categorial agambeneano en el estudio del humanitarismo neoliberal», *Theory Now. Journal of Literature, Critique and Thought* 6, n.º 2 (2023): 126-46. Finalmente, para una perspectiva crítica de dicha recepción, véase Miguel Mellino, *Gobernar la crisis de los refugiados: soberanismo, neoliberalismo, racismo y acogida en Europa*, trad. Emilio Sader (Madrid: Traficantes de Sueños, 2021).

<sup>76</sup> Maura Zorita, «La crítica de la violencia en el pensamiento de Walter Benjamin y Judith Butler (1921-2021)», 582. Resulta importante recordar, con Mbembe, que “en el pensamiento filosófico moderno, tanto como en la práctica y en el imaginario político europeo, la colonia representa el lugar en el que la soberanía consiste fundamentalmente en el ejercicio de un poder al margen de la ley (*ab legibus solutus*) y donde la ‘paz’ suele tener el rostro de una ‘guerra sin fin’” Achille Mbembe, *Necropolítica; Seguido de sobre el gobierno privado indirecto*, trad. Elisabeth Falomir Archambault (Barcelona: Editorial Melusina, S.L., 2011), 37.

<sup>77</sup> Sobre la influencia de Furio Jesi en el método arqueológico de Giorgio Agamben, véase Germán Osvaldo Prósperi, «La máquina elíptica de Giorgio Agamben», *Profanações* 2, n.º 2 (2015): 62-83. Sobre la idea de máquina en Furio Jesi, véase

se entre otros Mercedes Ruvituso, «La máquina mitológica de Furio Jesi y la cita a Walter Benjamin», *Boletim de Pesquisa Nelic* 14, n.º 22 (2014): 104-14; Luis Periáñez Llorente, «Máquina mitológica y cultura de derechas en la propuesta epistemológica de Furio Jesi», *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas* 26, n.º 2 (2023): 157-65, <https://doi.org/10.5209/rpub.85830>; Enrico Manera, *Furio Jesi. Mito, violencia, memoria* (Roma: Carocci Editore, 2018).

<sup>78</sup> Agamben, *Desnudez*, 33.

puede pretender volver a utilizar la puerta que ha dejado a sus espaldas (HS III, 778 / 23)<sup>79</sup>.

Ahora bien, precisamente se trata de volver a utilizar la puerta –o de desmontar la habitación en que se ha entrado. ¿Cómo sería un gesto ético-político semejante? ¿cómo sería, se pregunta Judith Butler, la expiación de Níobe?

¿Podemos imaginarla? ¿Sería necesario para la justicia una conjetura, es decir, la apertura a la posibilidad de conjeturar? Sólo podemos imaginar que la roca se disolvería en agua, y que su culpa daría lugar a un sinfín de lágrimas. No cabría preguntarse qué hizo para merecer ese castigo, sino qué sistema penal le inflige tal violencia. Podemos imaginarla rebelándose para impugnar la brutalidad de la ley, o también derramando la culpa de su arrogancia en un furioso rechazo de la autoridad que ha sido ejercida en su contra, así como llevando un duelo sin fin por la pérdida de esas vidas. Si esa pena no tiene fin, quizás es también perenne, incluso eterna, y en ese punto su pérdida es también parte del ‘ocaso’ que la vincula con los ritmos de destrucción que constituyen lo que hay en la vida de sagrado y lo que hay en ella de felicidad<sup>80</sup>.

## Referencias

- Agamben, Giorgio. *Creación y anarquía la obra en la época de la religión capitalista*. Traducido por Rodrigo Molina-Zavalía y María Teresa D’Meza. Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo Editora, 2019.
- *Desnudez*. Traducido por Mercedes Ruvituro y Teresa D’Meza. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2011.
- *El lenguaje y la muerte: un seminario sobre el lugar de la negatividad*. Traducido por Tomás Segovia. Valencia: Pre-textos, 2016.
- *Homo sacer: edizione integrale: 1995-2015*. Macerata: Quodlibet, 2018
- *Homo sacer I. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-Textos, 1998.
- *Homo sacer II, 1. Estado de excepción*. Valencia: Pre-Textos, 2004.
- *Homo sacer II, 2. Stasis: la guerra civil como paradigma político*. Traducido por Rodrigo Molina-Zavalía, Flavia Costa, y Antonio Tursi. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2017.
- *Homo sacer II, 3. El sacramento del lenguaje: arqueología del juramento*. Traducido por Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2011.
- *Homo sacer II, 4. El reino y la gloria: para una genealogía teológica de la economía y del gobierno*. Traducido por Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2008.
- *Homo sacer II, 5. Opus Dei: arqueología del oficio*. Valencia: Pre-Textos, 2013.

- *Homo sacer III. Lo que queda de Auschwitz: el archivo y el testigo*. Traducido por Antonio Gimeno Cuspinera. Valencia: Pre-Textos, 2000.
- *Homo sacer IV, 1. Altísima pobreza: reglas monásticas y formas de vida*. Traducido por Flavia Costa y María Teresa D’ Meza. Valencia: Pre-Textos, 2014.
- *Homo Sacer IV, 2. El uso de los cuerpos*. Traducido por César Palma. Valencia: Pre-Textos, 2018.
- *Medios sin fin: notas sobre la política*. Traducido por Rodrigo Molina-Zavalía. Valencia: Pre-textos, 2000.
- Badiou, Alain. *L’être et l’événement*. París: Editions Seuil, 1988.
- Benjamin, Walter. *Crítica de la violencia*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2020.
- *Obras. I/1: El concepto de crítica de arte en el romanticismo alemán: Las afinidades electivas de Goethe; El origen del Trauerspiel alemán / Edición de Rolf Tiedemann y Hermann Schweppenhäuser*. Traducido por Alfredo Brotons Muñoz. Madrid: Abada Editores, 2010.
- Bigo, Didier, y Anastassia Tsoukala, eds. *Terror, insecurity and liberty. Illiberal practices of liberal regimes after 9/11*. Londres: Routledge, 2008.
- Butler, Judith. *¿A quién le pertenece Kafka? y otros ensayos*. Santiago de Chile: Palinodia, 2014.
- Calloni, Marina, ed. *Violenza senza legge: genocidi e crimini di guerra nell’età globale*. Torino: UTET università, 2006.
- Campesi, Giuseppe. «Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea». *Revista Crítica Penal y Poder* 3 (2012): 166-86.
- Cavalletti, Andrea. *Mitología de la seguridad: la ciudad biopolítica*. Traducido por María Teresa D’Meza. Buenos Aires: Adriana Hidalgo, 2010.
- De Boever, Arne. «Politics and Poetics of Divine Violence: On figure in Giorgio Agamben and Walter Benjamin». En *The Work of Giorgio Agamben*, editado por Justin Clemens, Nicholas Heron, y Alex Murray, 82-96. Edinburgh: Edinburgh university press, 2008.
- Derrida, Jacques. *Fuerza de ley: el «fundamento mítico de la autoridad»*. Traducido por Adolfo Barberá y Patricio Peñalver. Madrid: Tecnos, 2018.
- Esposito, Roberto. *Immunitas: protección y negación de la vida*. Buenos Aires: Amorrortu, 2009.
- Galindo Hervás, Alfonso. *Pensamiento impolítico contemporáneo: Ontología (y) política en Agamben, Badiou, Esposito y Nancy*. Madrid: Sequitur, 2015.
- Galli, Carlo. *La mirada de Jano: ensayos sobre Carl Schmitt*. Traducido por María Julia de Ruschi Crespo. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2011.
- Jesi, Furio. *Spartakus. Simbología de la revuelta*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2014.
- Kervégan, Jean-François. *Hegel, Carl Schmitt: lo político, entre especulación y positividad*. Madrid: Escolar y Mayo, 2007.
- Manera, Enrico. *Furio Jesi. Mito, violencia, memoria*. Roma: Carocci Editore, 2018.
- Maura Zorita, Eduardo. «Introducción». En *Crítica de la violencia*, de Walter Benjamin, Primera en esta colección. Madrid: Biblioteca Nueva, 2020.
- «La crítica de la violencia en el pensamiento de Walter Benjamin y Judith Butler (1921-2021)». En

<sup>79</sup> Para una profundización en la idea de una ética sin culpa, que traza vínculos entre Agamben y Pasolini, cf. Nicastro Honesko «Para una ética sin culpa: Agamben lector de Pasolini», *Revista Pléyade* 12 (2013): 135-61.

<sup>80</sup> Butler, *¿A quién le pertenece Kafka?*, 95.

- Walter Benjamin. *Hacia la crítica de la violencia*, editado por Gustavo Leyva, 579-604. Ciudad de México: Gedisa, 2022.
- Mbembe, Achille. *Necropolítica ; Seguido de sobre el gobierno privado indirecto*. Traducido por Elisabeth Falomir Archambault. Barcelona: Editorial Melusina, S.L., 2011.
- Mellino, Miguel. *Gobernar la crisis de los refugiados: soberanismo, neoliberalismo, racismo y acogida en Europa*. Traducido por Emilio Sader. Madrid: Traficantes de Sueños, 2021.
- Morgan, Benjamin. «Undoing Legal Violence: Walter Benjamin's and Giorgio Agamben's Aesthetics of Pure Means». *Journal of Law and Society* 34, n.º 1 (2007): 46-64.
- Moyano, Manuel Ignacio. *Giorgio Agamben. El uso de las imágenes*. Adrogué: Ediciones La Cebra, 2019.
- Negri, Antonio. *El poder constituyente: ensayo sobre las alternativas de la modernidad*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2015.
- Nicastro Honesko, Vinicius. «Para una ética sin culpa: Agamben lector de Pasolini». *Revista Pléyade* 12 (2013): 135-61.
- Periáñez Llorente, Luis. «La ficción de la nuda vida: polémicas en la recepción del aparato categorial agambeneano en el estudio del humanitarismo neoliberal». *Theory Now. Journal of Literature, Critique and Thought* 6, n.º 2 (2023): 126-46.
- «Máquina mitológica y cultura de derechas en la propuesta epistemológica de Furio Jesi». *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas* 26, n.º 2 (2023): 157-65. <https://doi.org/10.5209/rpub.85830>.
- Primera, Germán Eduardo. *The Political Ontology of Giorgio Agamben: Signatures of Life and Power*. Bloomsbury Studies in Continental Philosophy. London; New York: Bloomsbury Academic, 2019.
- Prósperi, Germán Osvaldo. «La máquina elíptica de Giorgio Agamben». *Profanações* 2, n.º 2 (2015): 62-83.
- Romano, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milán: Giuffrè, 1983.
- *Scritti minori, vol.1*. Milán: Giuffrè, 1990.
- Ruvituso, Mercedes. «La máquina mitológica de Furio Jesi y la cita a Walter Benjamin». *Boletim de Pesquisa Nelic* 14, n.º 22 (2014): 104-14.
- Schmitt, Carl. *El concepto de lo político: texto de 1932 con un prólogo y tres corolarios*. Madrid: Alianza Edit., 1991.
- *Ensayos sobre la dictadura, 1916-1932*. Madrid: Tecnos, 2013.
- *Hamlet or Hecuba. The Irruption of Time into Play*. Corvallis: Plutarch Press, 2006.
- *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Traducido por Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.
- *Teología política*. Traducido por Francisco Javier Conde y Jorge Navarro-Pérez. Madrid: Trotta, 2009.
- *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 2003.
- Strauss, Leo. «Comentario sobre El concepto de lo político, de Carl Schmitt». En *Carl Schmitt, Leo Strauss y El concepto de lo político*, de Heinrich Meier. Buenos Aires: Katz, 2008.
- Taubes, Jacob. *La teología política de Pablo*. Traducido por Miguel García-Baró. Madrid: Trotta, 2007.
- Tilly, Charles. *Violencia colectiva*. Barcelona: Hacer Editorial, 2007.
- Vaughan-Williams, Nick. *Border politics. The limits of sovereign power*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2009.
- *Europe's border crisis. Biopolitical security and beyond*. Oxford: Oxford University Press, 2015. <https://www.loc.gov/catdir/enhancements/fy1614/2015934885-b.html>.
- Villacañas Berlanga, José Luis. *Poder y conflicto: ensayos sobre Carl Schmitt*. Biblioteca Saavedra Fajardo de pensamiento político 9. Madrid: Biblioteca Nueva, 2008.
- Zartaloudis, Thanos. *Giorgio Agamben: Power, Law and the Uses of Criticism*. London: Routledge, 2010.