

**UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**

**Departamento de Filosofía**

**Maestría en Filosofía**

**DERECHO Y ESTADO DE EXCEPCIÓN EN TOMÁS DE AQUINO Y EN  
GIORGIO AGAMBEN**

**AUTOR:**

**MIGUEL ÁNGEL SALAMANCA MEDINA**

**DIRECTOR:**

**BERNARDO CORREA LÓPEZ**

**BOGOTÁ D.C.**

**JUNIO DE 2013**

## Resumen

La presente indagación tiene como objetivo abordar el fenómeno jurídico del estado de excepción, no solo a partir de su comprensión jurídica, sino de categorías históricas y filosóficas que muestran su naturaleza y efectos en la vida política, social, bio-política y ética, a partir de los planteamientos de Tomás de Aquino y Giorgio Agamben. Para esto se hace necesario identificar la relación existente en la formulación clásica de la ley entre *Ratio legis* y *Vis obligandi* (razón de ley y fuerza obligatoria) y la manera como se cristalizó en las instituciones de la Antigüedad, cómo evolucionó a través del Medio evo y cómo llegó a la modernidad. Para abordar dicha temática, es necesario hacer un recorrido histórico que ubique la genealogía del fenómeno. Este recorrido nos permitirá ver la evolución del concepto de ley a través de los antiguos y medievales para llegar a la formulación de la ley que justifica el uso legal de la fuerza como manera de solucionar los problemas políticos y sociales de una sociedad.

## Palabras clave

Estado de excepción- Ratio legis – Vis obligandi – Ley – Necesidad – Totalitarismo - Biopolítica- Ideología – Acción.

## Abstract

This paper aims to describe the juridical phenomenon known as martial law, from the judicial, historical and philosophical aspects to show its nature and effects in the political, social, ethical and biopolitical life in light of Saint Thomas Aquinas' and Giorgio Agamben's point of view. For this purpose, it is necessary to get through a historical journey to place the genealogy of the phenomenon. This tour shows us the evolution and the formulation of law that justifies the legal use of force as a way to solve the political and social problems of society.

## Keyword

Martial law – Ratio legis – Vis obligandi – Law – Necessity – Totalitarianism – Biopolitics – Ideology - Action

## Contenidos

Capítulo	Página
Resumen .....	2
Contenidos.....	3
Introducción.....	4
1. Ratio legis et Vis obligandi.....	9
2. Instituciones en la antigüedad.....	15
3. Baja Edad Media.....	20
4. Alta Edad Media.....	25
5. Iustitia et Lex.....	30
6. Necesidad.....	39
7. Modernidad.....	44
8. La excepción soberana.....	49
9. Estado de excepción.....	57
10. Consecuencias jurídicas.....	62
11. Consecuencias en la esfera de lo público.....	68
12. Consecuencias bio-políticas.....	73
13. El campo de la acción.....	93
Conclusiones.....	98

## Introducción

El *estado de excepción*, esa extensión de poder de la rama ejecutiva a la legislativa, es un fenómeno jurídico que se ha venido poniendo en el centro de las medidas políticas en las democracias de Occidente. En términos generales, esta extensión consiste en dar potestad al ejecutivo para que elabore las leyes en períodos de urgencia, es decir, consiste en permitir que la rama que ejecuta las leyes, elabore ella misma el derecho que se va a poner en marcha.

No obstante, un análisis más detenido de este fenómeno, que parece solo un mecanismo utilizado por el poder para dar solución expedita a una situación, encierra dentro de sí una serie de paradojas no solo políticas y sociales, sino también de corte filosófico que ponen en evidencia una manera de operar que amenaza los principios de división del poder, establecidos en el período de la Ilustración, las libertades del individuo y su misma relación con el derecho. De ahí proviene, entonces, la importancia de abordar el tema no solo a partir de las categorías jurídicas, sino históricas y filosóficas, que revelen la fundamentación de la ley de excepción y las paradojas que surgen a partir de ella.

El filósofo italiano Giorgio Agamben presenta la problemática en su obra *Estado de excepción* y nos invita a abordar la temática no solo como una toma de decisión por parte del poder soberano, sino como todo un mecanismo bio-político que se pone en marcha para adherir la nuda vida a la política y que puede traer consecuencias graves para la vida social y política del individuo del siglo XXI. Esto quiere decir que nuestro análisis nos permitirá considerar que el *estado de excepción* trae consigo consecuencias de corte político, jurídico, social y, en últimas, bio-político.

Por lo anterior, se hace necesario abordar el problema desde varios frentes que nos permitan comprender tanto la genealogía del concepto en sus rastros históricos, como la naturaleza y los efectos del problema.

Es por esta razón que tomaré a uno de los autores que nos permite ver tanto el origen como el desarrollo posterior de la formulación de la ley y su comportamiento: Tomás de Aquino, quien recibe la herencia de la antigüedad y trata el problema dando una visión original que aporta nuevas luces sobre el *estado de excepción*. Este autor del Medioevo se nos presenta como una bisagra entre el pensamiento político de la antigüedad y el de la modernidad gracias a las

reflexiones que hace sobre la justicia y a las nociones jurídicas de las que habla y que recibe de los compendios de leyes de la época; dichos compendios recogían las concepciones jurídicas del imperio Romano y de los filósofos de la antigüedad.

Tales reflexiones y compendios de leyes llegaron a la Edad Media a través de un proceso de clasificación, sistematización y colección que se hicieron para conservar y actualizar el orden jurídico de los antiguos; Tomás de Aquino reflexionó sobre ellos y nos permite encontrar un punto de equilibrio que pretende regular el uso adecuado de la ley, según su formulación clásica, y el del *estado de excepción*.

Así las cosas, este autor se encuentra en un punto nodal de la cuestión no solo a nivel histórico, sino en cuanto al abordaje del problema en su centralidad, esto es: la relación que tiene la formulación de la ley con la violencia, la *Ratio legis* y la *Vis obligandi*, los dos principios bajo los que se formula la ley en el sentido clásico de Occidente.

De acuerdo con lo anterior, es posible encontrar que la razón de ley y su fuerza obligatoria formaban los dos co-principios de la formulación de una ley. Para el Aquinate, estos dos elementos están llamados a conservar el equilibrio que hace racional la formulación del derecho, que a la vez le da el carácter de útil. No obstante, detrás de la figura del *estado de excepción* se encuentra toda una formulación que da prioridad a la fuerza, a la violencia, como una suerte de fundadora de la ley. Así las cosas y gracias a las reflexiones de estos dos autores italianos de diversas épocas podemos identificar una serie de problemáticas que trae el *estado de excepción* y que sobrepasan el terreno de lo meramente jurídico.

En este escrito abordaremos, entonces, algunos hallazgos que permiten entender la ley como un conjunto articulado de *Ratio legis* y *Vis obligandi* en la antigüedad, la forma como tomó vida en ciertas instituciones jurídicas en Roma y la manera en como sobreviven y llegan hasta el Medioevo, especialmente a Tomás de Aquino. Nos detendremos en las reflexiones del doctor angélico acerca de la relación entre justicia y ley y su aplicación a la vida política, más como una realidad de hecho que como una cuestión histórica; nuestro autor del siglo XIII presenta el rol que juega la necesidad en el planteamiento de la ley, una necesidad que los modernos van a tomar posteriormente como piedra angular para la constitución jurídica.

Desde esta perspectiva se hace necesario abordar la problemática no sólo desde un análisis jurídico y filosófico del fenómeno, sino bajo una mirada histórica que permita rastrear el recorrido de la reflexión que se hizo acerca de la relación entre la *Ratio legis* y la *Vis obligandi* en la antigüedad, durante la Edad Media y su llegada a la Modernidad.

El *estado de excepción* se nos presenta como un problema clave para el pensamiento político contemporáneo como una manifestación del predominio de la fuerza sobre la razón. No obstante, indagar sobre desarrollo histórico de la relación entre estos dos elementos de la ley nos señala que esta subordinación no era propia del mundo antiguo y medieval, en donde ambos principios gozaban de una estimación equilibrada, sino que surge a partir de un abordaje moderno de la cuestión, que toma a la Necesidad como la fuente misma de la ley.

A partir de esta exploración sobre el desarrollo histórico del concepto de ley y de su problemática fundamentación en la necesidad, nos adentraremos en las paradojas que plantea el *estado de excepción* y que se cifran en la unificación de dos elementos tan opuestos, es decir, el de la *Ratio legis* y la *Vis obligandi*, en un solo orden que indiferencia el derecho de la violencia y que hace a la violencia la fundadora del derecho.

Paradojas que se cifran, en primer lugar, en la reflexión sobre la topología de la autoridad que suspende la ley, estando fuera de ella, y que crea una compleja relación entre el adentro y el afuera del derecho, esto es, la inclusión y la exclusión del derecho en el mismo *estado de excepción*; esto quiere decir que la problemática se basa en la existencia de un umbral de indiscernibilidad en donde el adentro y el afuera del derecho se indeterminan, creando una inclusión excluyente o, dicho de otro modo, una exclusión incluyente. La paradoja es compleja en la medida en que indetermina el lugar y el no-lugar del derecho y, con ello, la normalidad de su modo de operar.

Por otro lado, en el *estado de excepción* se difumina la relación existente entre el hecho, el cúmulo de circunstancias extra-jurídicas, y el derecho, el conjunto de principios expresivos de una idea de justicia y de orden, al dejar un espacio abierto en donde puedan vincularse los hechos sobre el principio de necesidad permanente. En consecuencia, el fenómeno jurídico que abordamos, plantea el problema del lugar que ocupan la regla y la excepción en el derecho.

Esta indeterminación nos lleva al siguiente grado, en donde la facticidad, la utilidad inmediata y expedita, se difumina con la legalidad, esa forma jurídica que indica el procedimiento jurídico vigente; en donde la legalidad y la legitimidad, lo genuino y verdadero que corresponde a cada parte del todo social, podrían tomar caminos paralelos o, incluso, contrapuestos.

Por último, el rol subjetivo del soberano que sanciona el derecho para incluir dentro de él el nuevo orden, se enfrenta a la objetividad del derecho ya establecido. Esta postura, que puede denominarse como decisionismo, en últimas, nos plantea la paradoja de la indeterminación entre derecho y vida, la supresión de la nitidez aparentemente existente entre el *Bios*, vida cualificada, y *Zoe*, nuda vida. En esta línea, el *estado de excepción* se presenta como una herramienta bio-política que vincula a la naturaleza, *Physis*, con la política, *Polis*; que funda una relación de exclusión inclusiva de la *Zoe* en la polis como objeto inminente de los cálculos y previsiones del poder estatal y revela a la bio-política como el poder del Estado frente a la vida, como una implicación originaria de la vida en la esfera del derecho y como naturalización de lo biológico en lo político.

El *estado de excepción* permanente plantea la creación de un espacio vacío en el que la acción humana queda limitada en un campo referencial que no permite su espontáneo despliegue, sino que la encierra en un determinismo jurídico que convierte al sujeto en miembro de un régimen al que solamente obedece y cuya nuda vida es absorbida por el poder.

Identificar esta ficción, de la mano de Tomás de Aquino, nos ayudará a diferenciar lo que se ha pretendido unir y a buscar una manera de acceder a una nueva condición que permita abrir un espacio entre la verdadera acción humana. Por esta razón, la posición que asume Tomás de Aquino en la Edad Media no pierde relevancia en la actualidad porque acudir a la filosofía medieval no es solo un ejercicio de arqueología filosófica basada en la mera curiosidad, sino que abre la posibilidad de cuestionar instituciones modernas, como *el estado de excepción*, a partir de su origen histórico, de su fundamentación teórica y el desarrollo de sus postulados en la práctica. “*Sin duda, es difícil y incluso engañoso hablar de política y de sus principios internos sin recurrir hasta cierto punto a las experiencias de la antigüedad griega y romana; esto ocurre por la sencilla razón de que*

*ni antes ni después los hombres jamás pensaron con tanta hondura sobre la actividad política ni confirieron tanta dignidad a ese campo”<sup>1</sup>.*

En últimas, el objetivo que persigue este escrito consiste en abordar el fenómeno jurídico del *estado de excepción*, no solo a partir de su comprensión jurídica, sino de categorías históricas y filosóficas que hagan evidentes su naturaleza y efectos en la vida política, social, bio-política y ética, a partir de los planteamientos de Giorgio Agamben y Tomás de Aquino. Esta indagación asume, en el principio, una metodología de corte histórico porque separar las nociones de su contexto nos puede hacer perder la riqueza de su contenido semántico.

---

<sup>1</sup> ARENDT, Hannah. *Entre el pasado y el futuro*. Ocho ejercicios sobre la reflexión política. Ediciones Península. Barcelona. P. 166.

## 1. Ratio legis et Vis obligandi

Cuando Píndaro alaba la prudencia del rey Hierón que “hace florecer a la fecunda Sicilia con la sabiduría de sus leyes”<sup>2</sup>, concibe a la ley como una expresión de la racionalidad y a la prudencia, como una herramienta fundamental del gobierno próspero; así la relación entre sabiduría y prudencia en la ley manifiesta que ya está presente, en la reflexión de los antiguos, la identificación de la legalidad con una formulación del derecho basada en enunciados racionales.

Y es que esta inclinación a adherir la ley a la razón surge en la antigua Grecia por la transferencia al mundo natural del concepto de justicia o de orden elaborado en relación con el mundo humano<sup>3</sup>; Anaximandro, por ejemplo, transfiere la noción de *diké* del mundo de la polis al mundo de la naturaleza y aplica el nexo causal entre el nacer y perecer de las cosas como la ley que preside una contienda judicial, pues “todos los seres deben pagarse recíprocamente la pena de su injusticia en el orden del tiempo” (Frag. 9. Diels). Entonces la diferencia que Sófocles plantea en *Antígona* cuando ella afirma: “no creía que vuestros decretos tuviesen tanta fuerza que hicieran prevalecer las voluntades de un hombre sobre la de los inmortales, sobre esas leyes que no están escritas y que, sin embargo no pueden ser borradas”<sup>4</sup>, de alguna manera se naturaliza y se cristaliza en las leyes de los mortales, porque la desobediencia de Antígona a las órdenes explícitas y públicas de Creón de enterrar a su hermano Polinices, cuyo cadáver había sido condenado a permanecer a las afueras de la ciudad al antojo de los animales de rapiña, corresponde a la obediencia a una instancia mayor.

---

<sup>2</sup>PÍNDARO. *Olímpicas*. I. PÍNDARO. *Olímpicas*. Gredos. Madrid. 1984. P. 86.

<sup>3</sup>JAEGER, W. *Paideia. los ideales de la cultura griega*. F.C.E.México. 1962. P. 103.

<sup>4</sup>SÓFOCLES. *Antígona*. Ediciones Guadarrama. Madrid.1969. P. 57.

En este mismo sentido Platón afirma que “los bienes humanos deben referirse a los divinos y todos los divinos al intelecto del gobernante” situando entonces la definición de las leyes en la racionalidad de quien está al frente de la polis; por supuesto que la consecuencia de un postulado como éste se transparenta en la configuración de un orden cósmico en la polis que tiene como proyecto la construcción de una comunidad orgánica en un engranaje adecuado de funciones bajo el gobierno de una nueva religión de la comunidad, el logos viviente, pero es evidente que el principio de legitimación de la ley es la razón. Esta asimilación del orden político con un ideal racional e imperecedero se fundamenta en que “debemos obedecer a aquello que hay de inmortal en nosotros, imitar por todos los medios la vida llamada de la época de Cronos y administrar nuestras moradas y ciudades en público y en privado, denominando ley a la distribución que realice el intelecto”<sup>5</sup>.

Por esta razón, un gobernante auténtico, en el sentido platónico, “debe legislar apuntando a cómo la ciudad que reciba las leyes será libre, amiga de sí misma y poseerá razón”, en cuanto que la razón es el elemento unificador que configura la vida de la polis y hace que sea deber del gobernante “instituir guardianes sobre todos, para que el intelecto, uniendo todas las cosas, las haga obedientes a la temperancia y la justicia”<sup>6</sup>. De aquí que la razón por sí misma no sea suficiente para la constitución de un orden justo y conforme con el ideal cósmico de la naturaleza y sea necesario establecer una fuerza coercitiva que haga cumplir la ley, que observe su cumplimiento y asimilación por parte de los ciudadanos.

Con esto, Platón afirma la fuerza de la ley, es decir, una manera de obligar al ciudadano a algo, pues no sería suficiente que un ordenamiento fuese racional y referido a una instancia meramente intelectual; sin embargo, Platón está lejos de proponer con esto que sea la fuerza el

---

<sup>5</sup>PLATÓN. *Leyes*. Gredos. S.A. Madrid. 2008. I. 631d.IV. 714a.

<sup>6</sup>PLATÓN. *Leyes*. Gredos. S.A. Madrid. 2008.I. 632d. III. 701d.

fundamento de la ley y de la Polis y mucho menos que se constituya todo un proyecto de ciudad con fines bélicos porque dichos propósitos “no pertenecen a lo mejor sino a lo necesario”<sup>7</sup> estableciendo de esta manera una diferencia importante entre lo que es “lo mejor” y lo “necesario”.

Pero ¿a qué principio obedece dicha clasificación? Parece ser que lo mejor y a lo que hay que obedecer, como ya se ha dicho, es a aquello que hay de inmortal en nosotros y esto en Platón es el Nous, el intelecto o la razón. La necesidad está relacionada más que con la fuerza o la coerción, con la manera cómo se controla el propio apetito irascible del alma y, por extensión, los comportamientos que tienden a la disolución tanto personal como social. Platón encuentra un punto de convergencia entre necesidad y razón en la ley que regula y hasta define en muchos aspectos la vida social y política de la Polis griega, pero además traza teóricamente las dos dimensiones constitutivas de la ley para Occidente: por un lado, su ordenamiento racional y por el otro la fuerza que busca regular el mundo de la necesidad.

Se ha sostenido que, parafraseando una frase de Whitehead, la jurisprudencia occidental no es sino una serie de notas a pie de página de la obra de Platón y, aunque parece demasiado exagerado y un poco irónico reducir todo el pensamiento de Occidente a una sola mente, sí es plausible pensar que existe un núcleo de elementos en sus obras que impulsaron la reflexión posterior y que determinaron la constitución de la civilización occidental tal y como la conocemos.

A partir de Platón, la vinculación entre fuerza y razón estará dominada por los principios intelectuales; así, Aristóteles, basado en el postulado de que “es evidente que el gobierno del alma sobre el cuerpo, como el de la inteligencia y del elemento racional sobre el afectivo es

---

<sup>7</sup>PLATÓN. *Leyes*. Gredos. S.A. Madrid. 2008l. 628d.

natural y conveniente”<sup>8</sup>, piensa la vida política como una realidad basada en la razón y la ley, como corolario, como una proposición racional de acuerdo común que pretende indicar cómo conviene actuar en cada cosa y qué sirve de norma en cada ciudad<sup>9</sup>. Vivir en sociedad significa, entonces, obedecer la ley y cumplir los postulados de la justicia que es la regla de la comunidad política. Aquí la ley consiste en aquello que “debe crear o conservar, en todo o en parte, la felicidad de la comunidad política”<sup>10</sup> y debe recordarse que la felicidad para Aristóteles es comprendida como el fin propio del hombre que consiste en la realización o perfección de la actividad inherente al hombre, o sea, de la razón<sup>11</sup>.

De esta manera la política queda enmarcada en la categoría de ciencia porque “el buen legislador y el buen estudioso de la política, debe captar no sólo lo más perfecto en abstracto, sino lo que es mejor de acuerdo con las circunstancias”<sup>12</sup>, lo que implica una comprensión intelectual de los principios más perfectos y su aplicación a la vida de la polis y de los habitantes que hacen parte de ella. Aquí un principio perfecto que es abstracto halla la manera de concretarse en los casos particulares, procediendo de manera deductiva como lo hacen las ciencias<sup>13</sup>. Este postulado hace comentar a Tomás de Aquino que la ciencia principal es la que trata del objeto más noble y perfecto, necesariamente es la política la principal, la ciencia

---

<sup>8</sup>ARISTÓTELES. *Política*. I. 5. 1254b.

<sup>9</sup> Aunque en este pasaje de la Retórica Aristóteles propone la distinción entre la ley natural, con el carácter de común y conocida o adivinada por todos que muestra lo que es por naturaleza justo e injusto aunque no haya ninguna mutua comunidad ni acuerdo (Ret. 1373b, 4-11). , y la ley positiva en donde la comunidad y el acuerdo forman la base de su formación, en el presente texto se indaga sobre la ley positiva, es decir, aquella establecida por el acuerdo común de la comunidad política.

<sup>10</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. V. 1. 1129b.

<sup>11</sup>ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. I. 6, 1098a.

<sup>12</sup>ARISTÓTELES. *Política*. IV. 1. 1288b.

<sup>13</sup>Tomás de Aquino comenta que *el conocimiento de las realidades naturales es solamente teórico, mientras que el de las obras humanas es a la vez teórico y productor; que por consecuencia las ciencias de la naturaleza son especulativas, y que las que tienen por objeto algún acto humano son prácticas, o sea, operan inspiradas en la naturaleza*. (Prefacio a la política. 2). SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentario a la política de Aristóteles*. Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA. Pamplona. 2001.

arquitectónica, respecto de las demás ciencias prácticas<sup>14</sup>. Entonces el elemento racional se establece como la condición necesaria que permite constituir las leyes y gobernar porque “quien con la inteligencia es capaz de prever está naturalmente destinado a ser amo<sup>15</sup> y la fuerza está subordinada a los principios que la razón le dicte para entrar en acción”.

En Aristóteles la tarea del legislador se cifra en hacer varones buenos, por qué medio y cuál es el fin de la vida perfecta<sup>16</sup> y la ley como el vehículo o el medio para lograr los fines a los que la vida perfecta invita, es así que la ley está respaldada no solo por los principios establecidos por acuerdo común, sino por la misma razón que tiende a indagar sobre lo que la vida buena es y sobre la manera en como se llega a ella no solo de manera personal sino también colectiva, pues la filosofía de las cosas humanas “culmina” con la política.

De este modo es claro que para Platón y Aristóteles, el concepto de racionalidad de la naturaleza se evidencia en la racionalidad de las proposiciones universales y necesarias aplicadas a las leyes. Es decir, una ley es una deducción particular que proviene o se deriva, como consecuencia lógica, de un postulado válido para todos los hombres y que tiene que ser de ese modo y no puede ser de otro; en el hecho de que sea de ese modo y no de otro se encuentra la evidencia de lo necesario para la vida del hombre.

Pero la necesidad aquí no se encuentra cifrada en los eventos adversos que pudieran nacer al interior de la Polis o por las guerras externas que la asolaran, sino en la aplicación de la ley positiva a las circunstancias particulares, basada en unos principios últimos descubiertos como buenos y perfectos por el uso de la razón. La fuerza, por otro lado, es una manera de obligar al cumplimiento de la ley, que se da por el hecho de que la racionalidad obliga al cumplimiento de

---

<sup>14</sup>TOMAS DE AQUINO. *Comentario a la política de Aristóteles*. Prefacio. 8.

<sup>15</sup>ARISTÓTELES. *Política*. I. 2. 1252a.

<sup>16</sup>ARISTÓTELES. *Política*. VII. 133a.

la ley; la fuerza es una ayuda subsidiaria que acompaña a la ley como un efecto derivado de la premisa conocida intelectualmente. Una fuerza separada de un principio racional sería despótica y cruel y esto parecen comprenderlo los griegos desde el primer momento de su reflexión política.

Esta primera indagación nos permite rastrear, en la reflexión filosófica de los griegos, dos de las nociones que constituyen el hilo conductor para nuestro recorrido, a saber: la racionalidad de la ley y su fuerza obligatoria. Pero más allá de dar una mera ubicación de la relación de estos dos elementos, los textos de Platón y Aristóteles, principalmente, conservan la pretensión de regular, de equilibrar y armonizar las dos caras de una misma moneda que es la ley. Es por esta razón que el problema del derecho en la antigüedad no permite ver el problema del *estado de excepción* en su magnitud porque, en los postulados sobre la ley, las dos fuerzas que lo mueven estaban equilibradas.

El juicio que merecería un exacerbado uso de la fuerza o una constitución débil en su aspecto racional, sería desaprobatorio por el hecho de que la naturaleza propia de la ley establece este principio dual, que pone en tensión constante a los elementos que la constituyen. Dar primacía a la fuerza, por el interés que fuera, parece ser una mediación que se muestra como ilegítima en orden a establecer un proyecto de bien común para la comunidad política.

## 2. Instituciones en la antigüedad

La dualidad entre razón y fuerza empezó a entrar en relación de inclusión y exclusión en Occidente desde que los sistemas políticos se hicieron más complejos. Esto se transcribió en la separación de los poderes que hicieron los romanos, en parte por la naturaleza de su espíritu práctico y en parte por la complejidad de *las situaciones políticas*, tanto en el período de la República como en el de la anterior Monarquía; así la *Auctoritas*, considerada como el saber socialmente reconocido y que cumplía el papel de la racionalidad en el gobierno de la *Res Publica*, se diferencia de la *Potestas* que fue entendida y aplicada como el poder sobre el ejército. En efecto, la *Auctoritas*, encarnada en el Senado, era el órgano de consejo y consulta, mientras que la *Potestas* ejercía su rol en la persona de los magistrados quienes ostentaban la fuerza. Existía también una participación del pueblo, a quien correspondía autorizar o vetar ya sea al Senado ya a los magistrados y dicha competencia era llamada la *Maiestas*, pero no podemos identificar esta tercera solo con uno de los vectores que guían nuestra reflexión, razón y fuerza, pues la decisión del pueblo bien podía estar motivada por racionalidad de la ley o por el ímpetu ardiente que tratara de poner una solución inmediata a alguna circunstancia específica de desorden o de “*tumultum*” que afectara las motivaciones para la toma de una decisión. Con estas instituciones los romanos buscaban el control del poder y evitar que toda determinación de la vida social dependiera de unas pocas personas, buscaban que las leyes establecidas por las fuentes tradicionales de derecho, consignadas en el *Iuris Civilis*, pudieran normar la vida social.

Cuando la República Romana enfrentaba una situación de desorden social o crisis extrema en algún aspecto, ya sea la guerra exterior o una guerra civil, el *Senatus consultum* consideraba necesario utilizar la institución del *Iustitium*, que puede ser considerada como una parada o

suspensión del derecho<sup>17</sup>. El Senado, el saber socialmente reconocido detentor de la *Auctoritas*, cedía a los cónsules el poder único y absoluto; esto quiere decir que a la *Potestas* de los magistrados se les sumaba la *Auctoritas* para reprimir por todos los medios los desórdenes incluso en contra de las garantías constitucionales de la República.

De este modo la anterior relación entre racionalidad de la ley (*Ratio legis*) y su fuerza obligatoria (*Vis obligandi*) ya no es vista como una subordinación del ímpetu a la razón, sino como una fusión hecha realidad en las medidas concretas que se tomen para zanjar las dificultades. Es más, puede que la anterior subordinación se siga dando pero en términos opuestos, es decir que la fuerza fuera el elemento determinante de legitimación y es aquí donde opera una trasposición de la valoración de la ley, como la elaboración de mandatos deducidos racionalmente de principios universales y aplicados a circunstancias específicas. Como consecuencia de esta forma de acción, el mando del Imperium queda insertado en la *Auctoritas*, en principio legitimada por la Maiestas del pueblo, y permite la creación de una zona de anomia que hace posible la normación efectiva de lo real. De este modo la oposición que puede existir entre la norma y su aplicación queda suprimida en una figura que es el origen de lo que luego se llamará *estado de excepción*, aunque no tanto como su inicio histórico, sino como experiencia jurídico política.

En este fenómeno del *Iustitium* aparece la noción de suspensión de las leyes limitativas de las acciones en donde reina una especie de detención del derecho pues “el *Iustitium* parece poner en entredicho la propia consistencia del espacio público, pero también la del espacio privado, que es inmediatamente neutralizado de la misma manera”<sup>18</sup> porque en el *Iustitium* el *Ius civile*,

---

<sup>17</sup> El diccionario latino Vox define el *Iustitium* como unas vacaciones de los tribunales y por tanto una interrupción de los juicios, debido a una calamidad pública.

<sup>18</sup> AGAMBEN, Giorgio. Ibid. P. 73.

que ostenta la ley, caracterizada por la racionalidad por parte del Senado, se mezcla con el *Imperium*, la fuerza de mando de los magistrados, y se abre un espacio peculiar que se caracteriza por ser anómico (de ausencia de ley o del conjunto de situaciones que se derivan de la carencia de normas sociales o de su degradación) para la acción humana.

La *Auctoritas* del Senado y la *Potestas* de los magistrados, aunque son distintas, forman un sistema dual que trata de armonizar la racionalidad y la fuerza de la ley. Pero en instituciones como el *Istitutum* la racionalidad se ve suspendida y no por la fuerza, sino por suspensión de la misma autoridad; la autoridad misma suspende y activa la potestad magisterial y es ella quien puede suspender o promover el protagonismo de la potestad para asegurar, en circunstancias excepcionales, el funcionamiento de la República aunque allí ella (la *Auctoritas*) no está vigente formalmente como derecho.

Sin embargo hubo una figura que fusionó íntimamente a la *Ratio legis* con la *Vis obligandi* y ésta era el *Imperium*. En esta figura jurídica el poder se concentraba en algunos magistrados (cuya responsabilidad principal descansaba en el control de la fuerza) que se encargaban de los problemas judiciales, y recibían el nombre de pretores. Es así que durante el período clásico el edicto del pretor era considerado una fuente de derecho. En el edicto del pretor, nombrado cada año, se encuentran los criterios de su magistratura dictados por el *Ius edicendi*, es decir por la facultad que tenían de dictar edictos y decidir cuáles son las fórmulas de las relaciones procesales para hacer efectivas determinadas leyes; dicho edicto está respaldado por el “*Imperium*” del pretor y tenía efectividad práctica. Existían tres clases de edictos pretorianos, a saber: nuevo, traslativo y repentino y sus funciones primordiales estribaban en la garantía, el complemento y la corrección del derecho civil, en caso de que fuera necesario, para la aplicación de situaciones no contempladas o urgentes.

No es difícil intuir las dificultades de esta institución pues el pretor fue libre e ilimitado en su dictamen, por lo menos hasta que llegó el edicto perpetuo que constituyó una fuente de derecho inmutable y definitiva (Adriano 133). Los Senado consultos tenían fuerza obligatoria porque aunque no tuvieran directamente fuerza de ley, el pretor incluye en el edicto el medio procesal que le da obligatoriedad práctica basada en la fuerza.

En este intersticio que se crea entre autoridad y potestad por la relación de inclusión y exclusión, de pertenencia y ajenidad que las distingue pero que a la vez las fusiona, se suspende el derecho y se otorga legitimidad a la fuerza de ley. Cuando el uso de la fuerza se hace legítimo y se convierte en el único medio, con el peligro de convertirse en la regla, para solucionar los problemas de la sociedad se corre el riesgo de concebir al sistema jurídico político como un arma letal capaz de crear un umbral de indecibilidad entre lo que es legal y lo que no, entre *Auctoritas* y *Potestas*, entre anomia y nomos y, en consecuencia, entre vida y derecho, porque en este espacio vacío la acción humana queda desvinculada del derecho y la norma queda desvinculada de la vida. Entonces las bases del sistema jurídico occidental, dado en semilla por Roma, se fundan en una estructura dual: un elemento normativo y jurídico en sentido estricto (*Auctoritas*) y otro anómico y meta-jurídico (*Potestas*). El primero, en teoría, requiere del segundo para poder aplicarse legítimamente y, a su vez, la *Auctoritas* solo puede afirmarse en relación con la validación o suspensión de la *Potestas*<sup>19</sup>.

Abordar la figura del *Istitutum* como la forma jurídica en la que se traduce el *Imperium*, la fusión indiscernible de la fuerza y la razón en un edicto, nos descubre una valoración del derecho desde otra perspectiva; es decir, ya no desde una visión especulativa que remonta la validación del proceder jurídico a partir de un llamamiento a la razón, sino a la aplicación de un fenómeno

---

<sup>19</sup>MAUREIRA, Max. *La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna*. *Revista chilena de derecho*. vol. 33 N° 1, pp. 197 – 205.

a la vida social que, aunque resulte sospechosos para la indagación griega, resulta legalmente concebible, estratégicamente más efectiva y permeada, en últimas, por un espíritu práctico que da respuesta expedita a las situaciones de *Tumultum* porque busca solucionar en breve alguna situación, simplificando la complejidad interna de las instituciones.

### 3. Baja Edad Media.

Es importante preguntarse ahora por la manera como se concebirá la relación entre razón y fuerza en el planteamiento de los medievales. En gran parte, esta respuesta está nutrida por la recepción que hicieron los medievales de la de la herencia filosófica griega en Occidente. A la recepción de los postulados clásicos se le suma, adicionalmente, no solo la novedad de la Revelación cristiana, sino una crisis y posterior transformación de las organizaciones políticas que se dieron en Roma.

Volviendo a la reflexión filosófica sobre la ley, encontramos otra evidencia de la adherencia de ésta a la razón en Plotino, heredero del pensamiento platónico, quien comprende a la naturaleza como racionalidad al entender las cosas y los acontecimientos como enmarcados en el destino y a su vez comprendidas en el Intelecto Divino.

La posterior fusión de la filosofía griega, en especial la de Platón, con elementos de la Revelación, tanto del Antiguo como del Nuevo Testamento, conformaron una comprensión de los fenómenos políticos y de la ley que Agustín de Hipona entiende en términos de dualidad. En él, dos amores construyeron dos ciudades, el amor es el responsable de la Jerusalén celestial y el pecado, que se traduce en la Babilonia pecadora, en el orden temporal. Justamente la historia es la búsqueda de la felicidad y a partir de esa búsqueda la humanidad se divide en los hombres que se aman a sí mismos y no aman a Dios y los que aman a Dios hasta el desprecio de sí mismos. Los primeros constituyen la ciudad terrenal y los otros la ciudad de Dios, al final de la historia será el triunfo de la ciudad de Dios. Por eso, después de la caída, la mayor parte de los hombres no siguen la virtud por su propia cuenta. En el libro *De libero arbitrio* (388-395) dice que las leyes de este mundo son condenadas por la ley divina, no por la

humana; las leyes pueden permitir incluso que el hombre utilice su libertad falsamente para ponerse a sí mismo como centro de su existencia.

El Estado no puede ser justo ni sus leyes pueden corresponder a principios coherentes de racionalidad si no coincide con los valores espirituales del amor de Dios. Por esta razón, la única forma de construir la ciudad perfecta, la que tenga leyes justas, se cristaliza en la unión de Iglesia y Estado. Esta propuesta tiene como efecto la fusión de la ley escrita del Estado con la ley moral o natural defendida por la Iglesia, que propugna la igualdad de todas las personas por ser hechas a imagen y semejanza de Dios y por gozar de la dignidad de hijos de Dios.

Como consecuencia de lo anterior, la ley humana o temporal, la constituida por el Estado, es mudable y depende de las circunstancias de tiempo y de lugar y sólo recibe justificación y autenticidad en la medida en que se ajuste a los principios de la justicia establecida por la mente de Dios. De ahí que solamente en caso de que la ley positiva coincida con dichos principios divinos obtendrá su carácter de fuerza obligatoria. Pero ¿qué entiende Agustín por justicia? Nada menos que el mismo Dios y su voluntad: *Est plane ille summus Deus vera justitia, vel ille verus Deus summa justitia*”, la justicia es aquello que Dios quiere “*hoc quod vellet ipsa justitia est*”<sup>20</sup>, el orden de Dios sobre su creación, pues Dios ha querido que todas las cosas fueran perfectamente ordenadas: “*ut omnia sint ordinatissima*”<sup>21</sup>. Justicia y derecho residen en la *ley eterna* de Dios, o sea el ordenamiento que Dios ha dado a las cosas: “*Lex vero aeterna est ratio divina vel voluntas Dei, ordinem naturalem conseruari iubens, perturbari vetnas*”<sup>22</sup>.

Si la ley positiva refleja el orden divino sobre las cosas, entonces es digna de respeto y de ser obedecida, de lo contrario no goza de este estatus, del mismo modo que un soldado no puede

---

<sup>20</sup>SAN AGUSTÍN. *Epístola* 120.4, 19. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.

<sup>21</sup>SAN AGUSTÍN. *De libre arbitrio* I. 6,15. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.

<sup>22</sup>SAN AGUSTÍN. *Contra Fausto*. XXII, 27. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.

obedecer a su general si éste no obedece al jefe del Estado. En dicho caso todo orden jerárquico se cae y carece de fundamentos porque el orden jurídico pagano estaría privado de justicia: “Donde no hay nada de justicia, no hay nada de derecho [...] No es posible llamar derecho a las instauraciones injustas de los hombres, porque ellos mismos no llaman derecho sino al que viene de la fuente de la justicia”<sup>23</sup>. Esto quiere decir que un Estado no ajustado a la voluntad divina no constituye, propiamente hablando, un *derecho*. “Si al gobierno le quitamos la justicia ¿En qué se convierte sino en una banda de ladrones a gran escala?”<sup>24</sup>

Sin embargo, para San Agustín las instituciones humanas de la antigüedad, es decir, la filosofía jurídica clásica greco-romana, logran algunas aproximaciones a la justicia al afirmar que el derecho es lo que es justo: “*Jus enim est quod justum est*”<sup>25</sup>, “*Mibi lex esse non videtur, quae justa non fuerit*”<sup>26</sup>. Y esto porque en ciertos casos la institución, a menudo falta de una justicia plena, conserva algún valor a manera de germen de la justicia como tal en cuanto que presenta alguna utilidad para el orden temporal y este es el tipo de utilidad que cabe esperar de las leyes del Estado terrenal provisorio (XIX,12) que busca seguridad. (XIX,24).

Por esta razón el derecho de la ciudad terrenal es útil en la medida en que se constituye como un conjunto de usos o de *convecciones* (Conf.:III,8,15), de costumbres (*consuetudines* De div.Quaest. XXI) pero de los no se puede probar su auténtico valor. Son prácticas de los tribunales que a menudo están alejadas de la justicia verdadera, de la justicia celeste *jus fóri opuesto a jus poli* (sermón 355, IV, 5) o son órdenes arbitrarias de los reyes (*leges regum opuestas a*

---

<sup>23</sup> SAN AGUSTÍN. *Ciudad de Dios*. XIX,21. Editorial Porrúa. México. 1969.

<sup>24</sup> SAN AGUSTÍN. *Ciudad de Dios*. IV, 4,4. Editorial Porrúa. México. 1969.

<sup>25</sup> SAN AGUSTÍN. *Comentario al salmo 145, 15. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.*

<sup>26</sup> SAN AGUSTÍN. *De libre Arbitrio* I, 5, II. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.

*divinum jus* Tract. Ioh. Ev. VI) de las que no pueden surgir la verdadera paz, pues *pax opus justitiae*.

En la reflexión de san Agustín, un derecho alterno al de la voluntad divina debe ser abandonado, como cosa despreciable, dejándolo a la arbitrariedad del poder, a la voluntad de su propio destino o a los caprichos de la historia pues él mismo continúa entusiasmándose cada vez más con la lógica de sus propias deducciones y no hay forma luego de hacerlo coincidir con los de la mente de Dios.

Así las cosas, en Agustín se entienden los dos principios de la ley, el de la fuerza obligatoria y su mandato racional, como una comunión solo posible en la medida en que éstas se coordinen con la Inteligencia creadora y la justificación de su obrar obligatorio esté vinculada a la Providencia, es decir que su autoridad surja de una suerte de mandato de la Providencia misma. Como heredero de la tradición greco-romana y cristiana, Agustín vincula de nuevo la *Auctoritas*, auténtica en cuanto más se asemeje a la voluntad de Dios, con la *Potestas*, que impone la fuerza de ley sobre los ciudadanos, solamente en cuanto la coincidencia de los dos principios permita el tránsito de la ciudad terrena a la celeste.

La reflexión de san Agustín consistió en vincular la determinación oposicional de la razón de ley y su fuerza obligatoria en un aparato teórico y jurídico que no de primacía a ninguno de los dos elementos que componen la ley, sino que los armonice de nuevo y los entienda de un modo equilibrado, aunque para esto haya tenido que abogar al orden espiritual, que representa la solidez de la razón, a costa de ubicar al derecho positivo en el campo de lo pasajero debido a la crisis a la que se enfrentaban Roma y sus instituciones.

Las instituciones y el mismo derecho se vieron enfrentados al reto de reconstruirse tanto por compilación de diversos códigos, como por su estrategia para ponerlos en práctica. La herencia

de los diferentes códigos, heredados de la antigüedad, y la respuesta a la cuestión de la justicia determinarán la reflexión de santo Tomás de Aquino, el otro gran representante del Medioevo.

#### 4. Alta Edad Media

Para indagar sobre las fuentes del pensamiento sobre las que reflexiona Tomás de Aquino, se hace necesario rastrear no solo el recorrido que tuvo el Derecho Romano hasta llegar a sus manos, sino también el uso que hizo de Aristóteles y de Agustín para plantear sus postulados sobre la justicia, la ley y el derecho.

Las instituciones del Derecho Romano fueron heredadas en la Edad Media a través de un amplio y complejo proceso evolutivo de recopilación del material y de la producción jurídica tanto del período de la República, como del Imperio y su época tardía. Si bien la ciencia escolástica de la época post-clásica compuso principalmente sucintas obras elementales, refundiciones, en parte, de tratados clásicos y, en parte, florilegios de lecturas clásicas que servirían para su posterior interpretación y explicación, poco a poco (hacia el siglo V) el derecho se separó de los conceptos y normas finamente elaborados en un glorioso pasado.

La identificación de las leyes con la costumbre permite afirmar que la concepción de derecho como realidad sustancialmente integrada por el cuerpo de las leyes vigentes, es decir casi como sinónimo de un conjunto de normas escritas de carácter general y emanadas de una voluntad soberana es mucho más tardía; y este proceso comenzó por el renacimiento del derecho romano<sup>27</sup> y se fraguó posteriormente en la posición de san Agustín frente a lo que luego se llamará el derecho positivo. Así, el llamado derecho vulgar pasó por alto en gran medida la materia jurídica clásica existente, pero este mismo hecho sirvió como abono de la cultura y de la educación jurídica de la Alta Edad Media, porque en este ambiente de decadencia jurídica, efecto de la crisis social en la que vivía Europa occidental, se dio la libertad para plantear

---

<sup>27</sup>CHALMETA, Gabriel. *La justicia política en Tomás de Aquino*. Eunsa. Pamplona. 2002. P.46.

soluciones a los nuevos problemas e innovaciones en el campo de la administración, la economía y el orden social.

Para zanjar esta dispersión en las medidas jurídicas surgieron algunas iniciativas que buscaban renovar el orden clásico. Por esta razón, el emperador bizantino Justiniano (527–565) ordenó la selección oficial de la literatura jurídica clásica y la recopilación de los anteriores *Codices Gregoriano, Hermogeniano y Teodociano*, en uno que redujera los textos a lo verdaderamente esencial. El ambicioso objetivo de Justiniano logró así la sistematización de los materiales jurídicos conocidos, para la aplicación de las leyes en las nuevas circunstancias, en el *Corpus Iuris Civilis* (528-529), que consta de *Codex repetitae praelectionis*, la *Digesta sive pandectae*, las *Institutas* y las *Novellae constitutiones*<sup>28</sup>.

De esta selección los historiadores del derecho resaltan la labor de los Digestos como fuente principal de conocimiento del período clásico del Derecho Romano ya que ofrecen una larga curva evolutiva a través del desarrollo total de la jurisprudencia romana, desde el último siglo a.c hasta el final de la época clásica.

El código de Justiniano se extravió y fue encontrado en el siglo IX, víspera de las cruzadas, y esto provocó el auge intelectual en Occidente de la jurisprudencia. Dicho auge tuvo como terreno preparatorio a la lógica, debido a la formación de la teología escolástica y el surgimiento de la notable escuela del derecho en la parte septentrional de Italia. Fue Irnerio de Bolonia quien, en sus lecciones, explicó el texto del *Corpus Iuris*, título por título, y aclaró, tanto filológica como jurídicamente mediante breves anotaciones, dicho código.

---

<sup>28</sup>KUNKEL, Wolfgang .*Historia del derecho romano*. Ariel. Barcelona. 1972. P. 143-200.

Estos estudios ayudaron a comprender el material, a crear afinidades conceptuales y describir las contradicciones existentes. Con los ajustes del derecho clásico se trató de buscar soluciones a los problemas emergentes de cada territorio en Europa, según su idiosincrasia, y de este modo surge el fundamento del derecho internacional privado, el derecho mercantil y la doctrina jurídica del dinero.

Tomás de Aquino, el autor en quien nos vamos a detener un poco para rastrear sus reflexiones acerca de la *Ratio legis* y la *Vis obligandi*, en el opúsculo que escribió al rey de Chipre, habla del origen y los deberes del gobierno basado en la autoridad de La Sagrada Escritura, las enseñanzas de los filósofos y el ejemplo de los loables príncipes: “*in quo et regni originem et ea quae ad regis officium pertinent, secundum Scripturae divinae auctoritatem, philosophorum dogma et exempla laudatorum principum diligenter depromerem*” y cuando habla de los ejemplos de los príncipes refiere sobre todo a los de Roma y a los de la historiografía bíblica, en el libro de los Jueces, I y II Reyes. Así, las fuentes jurídicas del pensamiento tomista, según el *De Regimine Principum*, se encuentran cifradas en las enseñanzas de los filósofos y los ejemplos de los príncipes.

Así, tenemos que Tomás de Aquino llega a su planteamiento de ley a partir de tres fuentes fundamentalmente: Aristóteles, san Agustín y el Derecho Romano. Por un lado, para el estagirita, la felicidad del hombre consiste en la adquisición del bien individual según su propia naturaleza y del bien común para la sociedad en general. Por otro lado, de san Agustín toma el reconocimiento de la dignidad humana, que es hecha a imagen de Dios, y que el amor más grande a Dios es el amor a los hombres: “ningún paso es más cierto hacia el amor de Dios que el amor del hombre hacia el hombre”<sup>29</sup>. Al reconocer la dignidad tan grande que tiene cada

---

<sup>29</sup> AGUSTÍN. *De moribus*. I, 26,48. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.

uno, reconoce sus derechos inviolables y su capacidad de gobernar sobre la naturaleza ya que afirma que “Dios ha creado al hombre, hecho a su imagen, para que mandara sobre las criaturas irracionales; no el hombre sobre el hombre sino el hombre sobre la bestia”<sup>30</sup>.

Tomás de Aquino no solo toma los relatos de la historia de Roma de Agustín, en *Civitas Dei*, sino que también hace referencia al derecho romano para confirmar o precisar algunas tesis políticas de claro origen aristotélico o agustiniano o para enriquecer o desarrollar la doctrina de estos autores en algún punto particular.

En la síntesis elaborada por Tomás de Aquino, “el aristotelismo tuvo la ‘parte del león’, pero también se incorporaron sectores enteros del agustinismo y esto tanto de forma explícita como de modo más o menos velado e inconsciente. En efecto, ocurre con bastante frecuencia que allí donde Tomás aparentemente se limita a explicar el texto aristotélico, la herencia del pensamiento del agustinismo se interpone como un velo que provoca alteración o transposición”<sup>31</sup>.

También persigue confirmar algún dato histórico por medio de las instituciones romanas; según M.R.A. Arbus, en su artículo *L'Esprit du droit romain et l'Esprit de Saint Thomas*<sup>32</sup>, el filósofo cita 150 veces el *Corpus Iuris Civilis* por lo que se puede afirmar que el llamado doctor angélico había adquirido una cultura jurídica e histórica de la que se sirvió para construir su doctrina política.

Pero ¿cuáles fueron las fuentes que él estudió para adquirir dicha cultura? Arbus afirma que aparte de consultar las Etimologías de Isidoro de Sevilla, uno de los grandes eruditos de la

---

<sup>30</sup> AGUSTÍN. *Ciudad de Dios*. XIX, 15.

<sup>31</sup> CHALMETA, Gabriel. *La justicia política en Tomás de Aquino*. Eunsa. Pamplona. 2002. P. 61.

<sup>32</sup> ARBUS. Revista Angelicum 34. 1957. *L'Esprit du droit romain et l'Esprit de Saint Thomas*. P. 36-46.

temprana Edad Media, no es posible excluir que Tomás tuviera en sus manos algún manual o florilegio, como era el gusto de su época, en donde estuvieran apartes del *Digesto*; además estudió el *Summa Casuum*, que era una suerte de libro de penitencias para los pecadores, en donde se encuentran comentarios de sentencias al decreto de Graciano.

## 5. Iustitia et lex

Las reflexiones de Tomás de Aquino aparecen enmarcadas en un clima cultural lleno de transformaciones dinámicas debido, en gran parte, a la repoblación de los centros urbanos en Occidente hacia el siglo XI y la consecuente creación de una cultura ciudadana, manifestada en la pertenencia del sujeto a su propia ciudad que le determinaba el derecho privado y público vigente en ella y su relación con el exterior, con el acuñamiento de una moneda específica o la declaración de guerra y la conclusión de la paz con otra ciudad<sup>33</sup>. Como consecuencia de la ponderación de las situaciones sociales siempre cambiantes y dinámicas, Tomás de Aquino desarrolla, basado en las fuentes ya citadas, una concepción de la justicia y el derecho que puede aportar nuevas claves de interpretación de la realidad política.

Nuestro autor comprende a la ley, por un lado, como un ordenamiento de la Mente Divina que se expresa en la naturaleza y, por el otro, como algo que los hombres pueden construir, pero basados en el descubrimiento de los principios eternos manifiestos en la realidad por medio de la observación y el conocimiento de los hechos. Sin embargo, en este escrito abordaremos la ley positiva, la ley que está hecha por los hombres como medio para ordenar una ciudad y perseguir la convivencia pacífica y feliz de los ciudadanos. Es cierto que para Tomás de Aquino no debería existir una dicotomía entre la ley eterna, la natural y la positiva, pero sí se pueden diferenciar claramente y es eso lo que haremos pues poco interesa en este momento entrar en un debate acerca de la existencia y validez de las otras dos clases de leyes, pues dicho debate trae consigo fuertes elementos que corresponden más al terreno de la Revelación.

---

<sup>33</sup>CHALMETA, Gabriel. *La justicia política en Tomás de Aquino*. Eunsa. Pamplona. 2002. P. 39-41.

Para Tomás de Aquino la ley positiva consiste en cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a cargo la comunidad<sup>34</sup>, esto es, el gobernante. En esta ordenación se ofrecen ciertos medios que buscan el bien de la comunidad civil y que, como corolario de su misma constitución, cuenta con facultades coercitivas y restrictivas que se proponen como medio para que nadie busque incurrir en faltas que atenten contra el mismo bien, porque una legislación basada en hechos reales no puede fundamentarse en la presunta virtud o en la buena voluntad de los ciudadanos para el cumplimiento de la ley; esto quiere decir que la ley está hecha para los ciudadanos en general de quienes no cabe suponer una inclinación a la virtud o la sujeción escrupulosa y sin miramientos a lo ordenado por el Estado. “No se puede esperar de una multitud de hombres un respeto escrupuloso a todas las virtudes, que nunca será practicado sino por un pequeño número”<sup>35</sup>, además “no se puede establecer una ley sin autoridad pública”<sup>36</sup>.

Hasta aquí, el papel de la *Auctoritas* representa la nota fundamental de la postura del santo tanto por la misma formulación basada en el bien como en la necesidad de que sea promulgada, para que sea conocida por los ciudadanos; esto quiere decir que el fundamento de la ley trae consigo una fuerte carga racional, una primacía de la *Ratio legis*, que es la base de la formación de la ley. Y aunque esta ley, en principio, debe obedecer a la ley natural y a la ley eterna, no hay aquí una subordinación fáctica de los ordenamientos civiles a los eclesiásticos, como sí la hay en san Agustín, sino que existe una sana independencia entre la Iglesia, representante del derecho natural, y el Estado, representante del derecho positivo.

---

<sup>34</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. I-II*. Q. 90. Art. 4.

<sup>35</sup> GILSON, Étienne. *El tomismo*. Buenos Aires. Desclée de Brouwer. 1943. P. 442.

<sup>36</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. II-II*. Q. 60. Art. 6.

En este autor del siglo XIII se produce una síntesis de los planteamientos legales y no solamente legales, tanto de la antigüedad como de la cristiandad en cuanto que se identifican dentro de la misma dos co-principios, si cabe la expresión, porque la ley tiene un aspecto tanto racional como uno de fuerza, ya que la ordenación es racional, pero la promulgación y el cumplimiento necesariamente van acompañados de una fuerte obligación que exige su observancia. En efecto, sería contradictorio sancionar leyes para no hacerlas cumplir; ambos principios son fundamentales en la comprensión de la ley de Tomás de Aquino y no se entiende el uno sin el otro, pues separar la fuerza de la razón sería un despropósito de lo más impropio. En consecuencia, una ley racional que se encuentre muy cercana a lo que los hombres de una comunidad entiendan por justicia, pero que no se sancione ni se aplique sería tan incongruente como la existencia de una obligación que no esté normada por la razón y que obligue a la realización de actos irracionales o, peor aún, a la coerción de actos racionales.

Como consecuencia de la influencia agustiniana en su pensamiento, Tomás afirma que por el hecho de que la ley está ordenada al bien común, entendido como el bien de la comunidad política y la felicidad de sus ciudadanos, goza tanto de la *Ratio legis* como de la *Vis obligandi* que constituyen la armonía de lo hasta aquí entendido por ley; pero cuando se produce una inversión en los valores que determinan las leyes y el ordenamiento racional no aparece por ningún lado, es decir no hay razón de ley porque ésta no se ordena al bien común<sup>37</sup> sino que, por el contrario, se aparta de él, pierde la *Vis obligandi*, la fuerza obligatoria<sup>38</sup>, de la que está revestida normalmente y, como efecto inmediato de lo anterior, ya no exige a la conciencia el observarla.

---

<sup>37</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II. Q. 90. Art. 2.*

<sup>38</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II. Q. 96. Art. 6.*

El hecho de que la ley pierda su validez, por la contradicción que opera en su formulación ya no propuesta en términos de la racionalidad con la que debe ir constituida, es una desgracia para la comunidad política que carga sobre sí una obligación irracional pero con peso para hacerse cumplir. Esto es contrario a lo que inicialmente Tomás propone como ley. Para él hacer la ley es propio o de todo el pueblo o de la persona pública que tiene a su cuidado la dirección de toda la comunidad<sup>39</sup> y su promulgación consiste en que sea conocida por la comunidad civil para que sea cumplida; en este sentido se asegura que una ley busque el cuidado del bien de la población y que además se llegue a conocer para que haga parte del modo de vida y del comportamiento de cada miembro de la comunidad política<sup>40</sup>, es decir un cumplimiento racional y no atiborrado de una fuerza cuyo resultado inexorable y fatal es el surgimiento del terror en los ciudadanos.

Preguntarnos por el hilo conector entre estas dos nociones, *Ratio legis* y *Vis obligandi*, presentes hasta el momento en una corriente de pensamiento que podríamos calificar como “Racionalista” de la ley y que ha determinado la comprensión teórica de la misma en Occidente, pone sobre la mesa la noción de *justicia* ya que una ley solamente recibe la validación de la *Vis obligandi* en la medida en que es justa, esto es recta según la regla de la razón<sup>41</sup>. No es gratuito que para Tomás de Aquino el derecho tenga como objeto a la justicia<sup>42</sup> y que el objeto de la justicia esté determinado por lo que *en sí* es justo.

---

<sup>39</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II*. Q. 90. Art. 3.

<sup>40</sup> Esto parece contradecir la primera parte de la afirmación de Del Vecchio cuando dice que Tomás de Aquino entiende al “Individuo como alguien subordinado enteramente al poder eclesiástico o civil; no es el centro ni el autor de las leyes sino súbdito: no le es reconocida plenamente su autonomía, ni en el orden teórico (como sujeto de conocimiento) ni en el práctico (como sujeto de acciones). Por el contrario, domina la heteronomía. Pero esto no excluye un elevado concepto de la personalidad humana como partícipe de una substancia y una ley absoluta. Puede observarse además que en el sistema tomista, la autoridad no es concebida como enteramente arbitraria, sino como limitada a los preceptos del orden natural”. (DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Bosch. Barcelona. 1980. P. 443.)

<sup>41</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II*. Q. 95. Art. 2.

Siguiendo la influencia de sus fuentes, Aristóteles, Agustín y el derecho romano, Tomás afirma que lo propio del acto de la justicia es dar a cada uno lo que es suyo, “*Reddere suum cuique*”; es decir, dar la parte debida a cada sujeto. En este sentido la medida de la justicia exige que sea respecto a otro porque no ordena al hombre a sí mismo solamente sino también la mutua convivencia entre los distintos hombres. Cabe entonces preguntarse ¿qué es lo que se debe al otro, cuál es el objeto de ese *debitum*? Respondería Tomás que la justicia es el bien humano<sup>43</sup>, es decir, que lo justo, en consecuencia con sus adhesión al pensamiento aristotélico, corresponde a la realización del hombre por la razón. De esta manera se entiende la hermosa expresión del Aquinate cuando comenta al Filósofo que “en la justicia brilla el bien de la razón de una manera más alta que en las otras virtudes morales; la justicia es la más próxima a la razón”<sup>44</sup>.

En el ámbito moral la justicia es definida como la voluntad constante y perpetua de respetar el derecho de cada uno [...] es un hábito según el cual uno da al otro lo que es suyo según derecho, permaneciendo en ello con una voluntad constante y perpetua<sup>45</sup>; pero la realización de la justicia únicamente se cifra en su realización externa porque la justicia es la activa realizadora de la prudencia<sup>46</sup>. Así, tenemos que la ley y la justicia están estrechamente ligadas en la enseñanza aristotélico-tomista y entender un derecho sin justicia es el inicio de una tragedia.

En Tomás de Aquino la justicia trata las relaciones con el otro, pero no solamente con el otro particular, sino también con el todo social, con la comunidad política, con el Estado; de esta manera se pueden identificar tres órdenes en los que la justicia entra a participar, a saber: *i. Ordo partium ad partes*: las relaciones de los individuos entre sí; es la justicia conmutativa o

---

<sup>42</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. II-II*. Q. 57. Art. 1.

<sup>43</sup> TOMAS DE AQUINO. *Comentario a la ética a Nicómaco*. 5, 15, 1077. Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA. Pamplona. 2000.

<sup>44</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II*. Q. 66. Art. 4.

<sup>45</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. II-II*. Q. 58. Art. 1.

<sup>46</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. II-II*. Q. 123. Art. 12.

reparadora que regula la relación entre individuo e individuo, el derecho privado. *ii. Ordo totius ad partes*: las relaciones del todo social para con los individuos; es la justicia distributiva o asignadora que regula la relación de la comunidad en cuanto tal para con sus miembros. Y *iii. Ordo partium ad totum*: las relaciones de los individuos para con el todo social. Es la justicia legal o general que regula la relación de los miembros para con el todo social<sup>47</sup>.

El primero de estos órdenes se basa en las relaciones entre los individuos y allí lo que se espera es que cada uno respete y restituya, ya sea en propiedad material o en algún bien intangible, la condición de ciudadano del otro, su condición de dignidad. Pero nuestra reflexión nos lleva a centrarnos en el *debitum* propio de la relación del todo a la parte y de la parte al todo, o sea ¿Qué es aquello que el todo debe a la parte y viceversa, en términos de la ley?

Si la ley debe estar anclada en la racionalidad y la validación de su autoridad descansa en esta particularidad, entonces lo que se espera es que la ley sea racional y se traduzca en dar al ciudadano el “*suum*” propio y que el ciudadano responda con la observancia, siempre consciente, a la ley. Es decir que el ciudadano cuente con ese *minimum* de respeto, tanto de su propiedad como de su dignidad, por parte del todo social, o del Estado; de igual manera, el ciudadano da su parte a la comunidad política en la medida en que no afecta, con sus iniciativas, el bien común sino que más bien lo impulsa.

En la medida en que el ciudadano sea visto como el otro al que se le debe el *bonum humanum* del que habla Tomás de Aquino, será posible una creación auténtica de la ley que no pretenda reducirlo a un mero instrumento del Estado para obtener unos fines determinados, en razón de la afirmación de su propia fuerza.

---

<sup>47</sup> PIEPER, Josef. *Las virtudes fundamentales*. Ediciones Rialp. Madrid. 2003. P. 123-126.

Comprender que la validación de la ley esté dada por la razón, permite que Santo Tomás dedique algunos pasajes a justificar la mutación de la ley como un aspecto necesario en la vida política, que no puede estar anclada en el formalismo de la letra, sino en el dinamismo de la acción, él mismo en su comentario a la carta a los Romanos dice “*lex est quasi quoddam pactum inter regem et populum*”, la ley es como el pacto entre el rey y el pueblo, un pacto exige su actualización permanente. Y afirma que la ley humana puede cambiarse rectamente en cuanto dicho cambio sea necesario para la mayor utilidad del pueblo [...] nunca debe cambiarse una ley a menos que los inconvenientes del cambio compensen, por el bien común que se prevé<sup>48</sup>. También, comentando la *Política* de Aristóteles, dice que el cambio de antiguas leyes, aún por mejores, debe hacerse con mucho cuidado. Puede ocurrir que lo encontrado sea apenas mejor; y acostumbrarse a deshacer leyes es algo muy nefasto (el que modifica las leyes fácilmente, debilita la virtud de la ley en cuanto a lo que le es propio, la costumbre)<sup>49</sup>.

Pero la mutación de la ley no es la mismo que la excepción del cumplimiento de la misma y frente a esto último se afirma que “quien tiene a su cargo el dirigir la comunidad tiene potestad para dispensar de la ley humana que está bajo su cargo, en todos aquellos casos en que la ley sería perjudicial según las personas y las cosas, de modo que sea lícito el que no se observe algún precepto de la ley”<sup>50</sup>. El soberano mantiene la autoridad en tales casos [de emergencia] de dispensar de la ley. (La misma necesidad nos dispensa de la ley, porque la necesidad no está sujeta a la ley)<sup>51</sup>.

Para los medievales, especialmente para Tomás de Aquino, la teoría de la necesidad es una teoría de la excepción (*dispensatio*), un caso singular que queda sustraído a la obligación de la

---

<sup>48</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. I-II. Q. 97. Art. 2.*

<sup>49</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Comentario a la política de Aristóteles.* Lib. V. Lect. XII. 175-176.

<sup>50</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. I-II. Q. 97. Art. 4.*

<sup>51</sup> TOMÁS DE AQUINO. *S.Th. I-II. Q. 96. Art. 6.*

observancia. La necesidad no es fuente de ley y no suspende en sentido propio la ley (*non indicat de ipsa lege, sed indicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse*)<sup>52</sup>. En el que el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no juzga de la ley sino del caso singular, en el que la letra de la ley no debe ser observada. Sin embargo, el fundamento de esta excepción no es la necesidad, sino el principio según el cual “toda ley está ordenada a la salvación común de los hombres y sólo por ello tiene fuerza y razón de ley” (*vim et rationem legis*); Así que, en la obra de Tomás de Aquino, la excepción se trata no de un *Status* sino de un *Momentum*.

Esto quiere decir que la excepción no es la manera adecuada ni permanente de establecer el orden jurídico o la normación de lo social, sino *solamente* una medida temporal que permita cierta flexibilidad en el seguimiento de la norma, en caso de que su rigidez no de respuesta adecuada a una situación particular.

La teoría jurídica medieval conserva, aunque sea como un momento, dentro de sí una forma de excepción, pero no es el *estado de excepción* lo que se funda aquí<sup>53</sup>, sino una forma de casuística que permite la dispensación de ciertas medidas, porque el juicio va más allá de lo que está escrito para casos particulares. Aquí no se juzga sobre la ley y no se pone en entredicho su validez, sino sobre lo que en ciertos casos no conviene observar para el bien de la comunidad.

“La excepción medieval representa una apertura del sistema jurídico a un hecho externo, una especie de *fictio legis*; pero el *estado de excepción* moderno es un intento de incluir la excepción misma en el orden jurídico, creando una zona de indistinción en la que el hecho y el derecho coinciden”<sup>54</sup>. Por esta razón la idea de que una suspensión del derecho pueda ser necesaria al

---

<sup>52</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II.Q. 96. Art. 6.*

<sup>53</sup> Históricamente es imposible ubicar la fundamentación del estado de excepción en el mundo medieval en donde la administración del poder no estaba repartida “técnicamente” en ramas, pues dicha participación no se da sino hasta Montesquieu.

<sup>54</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción.* p.42

bien común es extraña al mundo medieval. Sin embargo en el mundo moderno parece que esta división se ha disuelto y ese es el problema del *estado de excepción*.

El Aquinate entiende la ley como el conjunto articulado entre razón, justicia, obligación y bien. Desde esta perspectiva la noción de fuerza de ley es la encarnación de un fenómeno jurídico y político que obliga en razón de la fuerza misma y que divide el hecho del derecho al determinar la norma jurídica como mero hecho, lo que da como resultado la violencia. Esta violencia suprime entonces la misma ley porque la violencia tendería a actuar sin el revestimiento jurídico necesario.

Esta anulación de la racionalidad estimula el protagonismo de la capacidad de obligación del cumplimiento de la ley y, como consecuencia, la imposición de la violencia sobre la vida social y sobre cada miembro de la comunidad política. La creación de este espacio legal vacío de ley ubica al derecho en una burbuja de indescirnibilidad en donde la fuerza desdibuja el mismo carácter de la ley.

En últimas, la fuerza que rompe el equilibrio entre *Ratio legis* y *Vis obligandi*, la que desplaza a la razón como su elemento normativo, ya no se encuentra dentro del derecho, sino fuera de él y es la necesidad. Es importante explorar este concepto y seguir el recorrido que experimenta, como dispensador de la ley y, posteriormente, como fundamento de la misma ya en el período de la modernidad.

## 6. Necesidad

Para nuestro autor de la Edad Media, la necesidad no tiene ley, la necesidad dispensa de la ley porque no está sujeta a ella, pero esto no quiere decir que la necesidad sea la fuente y el fundamento la ley, pues es muy diferente afirmar que en caso de necesidad se pueda dispensar de cierta observancia de lo escrito a decir que la ley escrita surge de la necesidad o que la necesidad crea su propia ley. Pero ¿qué entiende por necesidad el mundo medieval y especialmente Tomás de Aquino? Se nos hace necesario indagar sobre este concepto porque él cubre los problemas que conciernen al hombre que vive en sociedad; para esto debemos tener en cuenta que un principio generalizado del Medioevo consistía en la deducción de las consecuencias y los efectos de la vida práctica a partir de las reflexiones acerca del ser y de los principios universales.

En su obra se pueden encontrar diversos registros acerca de lo que se entiende por necesidad. En un primer momento, la necesidad ontológica, que se encuentra en la región del Ser real (*necessitas entis sive essendi* cg. I. 42) que es lo contrario a la contingencia o a la eventualidad de los seres que encuentran su causa en la necesidad de otro; de no hacerlo, entonces dicho ser es necesario. De este modo se encuentra la necesidad en todas las cosas naturales.<sup>55</sup>

Esto implica que la existencia de un ser condicionado por la causalidad de otro mayor, digamos un ser necesario absolutamente porque no depende de la causalidad de otro para existir, entraría en relación ya sea de condición o de subordinación con respecto a dicho ser y estaría condicionado no solo en su ser sino también de algún modo en su forma de operar. El ser necesario es Dios según la cuarta de sus archiconocidas vías para la demostración de su

---

<sup>55</sup> *Omne autem necessarium vel habet causam suae necessitatis aliunde, vel non, sed est per seipsum necessarium*, cg. I. 15; vgl. ib. II. 15 & 30; 8 phys. 21 c; *quomodo necessitas inveniatur in rebus naturalibus*, 2 phys. 15 a.

existencia. En este sentido toda ley se fundaría en Dios, pero como nuestro campo no compete a indagar sobre los divinos designios, sino de los asuntos humanos, dejamos a un lado esta legislación supra lunar.

Como consecuencia de la anterior comprensión de necesidad, existe una necesidad lógica que se enmarca en el campo de la memoria o del pensamiento y se refiere a la verdad, o al recto pensar las cosas, es decir, a la adecuación del pensamiento a la realidad. Así, el conocimiento dado per *necessarias rationes* no puede sino llevar a conclusiones verdaderas basadas en premisas verdaderas. Lo contrario a esto no sería un conocimiento en términos de lo necesario pues no se adecuaría a la realidad. Decir, por ejemplo, que los cerdos tienen alas y concluir, a partir de ahí, que los cerdos vuelan muestra la inconsecuencia de una conclusión basada en premisas no verdaderas.

En tercer lugar, Tomás de Aquino refiere la necesidad a la falta de algo, así por ejemplo decirnos que a este hombre le hace falta un abrigo o un pan, lo que da origen a la expresión vive en la necesidad o esta persona está necesitada. Esto quiere decir que carece de algo que sería importante que tuviera. Así cuando le hace falta algo y es imperioso que satisfaga dicha necesidad debe valerse de las cosas para lograr su objetivo porque las cosas exteriores están al servicio de la necesidad del hombre<sup>56</sup>.

De esta manera, la necesidad puede darse de dos modos: 1. Lo que es necesario simplemente porque es imposible que sea de otra manera (la necesidad lógica y ontológica) y 2. Respecto a su fin, es decir a su utilidad<sup>57</sup>, lo que hace falta a algo para suplir una necesidad, una carencia, una insuficiencia o llenar una laguna.

---

<sup>56</sup> Exteriores res ad necessitatem homini deserviant, cg. III. 121.

<sup>57</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I-II.Q. 90. Art. 3.*

Como buen medieval, Tomás de Aquino afirma que, así como el universo físico mismo, las sociedades humanas son obra de Dios y las leyes humanas expresan el particular orden de la naturaleza, creada por un ser inteligente que determina la fuente de toda ley. Esta afirmación que se asemeja al organicismo parece dibujarse en el pensamiento de Tomás cuando dice: “la distinción formal requiere siempre desigualdad; porque como dice Aristóteles, las formas de las cosas son como los números, en los cuales varían las especies por la adición o sustracción de la unidad [...] En conclusión: como la divina sabiduría es la causa de la distinción de las cosas con miras a la perfección del universo, así lo es también de la desigualdad, porque no sería perfecto el universo si en las cosas hubiese un solo grado de bondad”<sup>58</sup>, pero, una vez establecida la diferencia entre necesidad de los seres y la de la utilidad, entendemos que es posible explicar la naturaleza por comparación con la sociedad humana, así como es posible comparar a las sociedades humanas con el universo físico; sin embargo, comparar la sociedad humana no significa reducirla o igualarla al orden natural o cósmico.

La desigualdad explicada aquí se aplica al campo de los seres (digamos en el campo de la necesidad ontológica) en cuanto a sus grados de perfección y no en cuanto a individuos que conforman una comunidad política y es por eso que él utiliza la palabra *Ius* para referirse a la relación de igualdad, a la medida equitativa entre dos cosas, una medida objetiva que permita tener un marco de regencia universal para todo juicio.

También le llama justo a algo que tiene la nota de la rectitud de la justicia, el término de un acto de justicia, aun sin la consideración de cómo se hace por el agente, pues Tomás piensa que el fundamento de todo es el ser y las cosas nos dan el criterio más evidente para organizar la

---

<sup>58</sup> TOMAS DE AQUINO. *S.Th. I. Q. 47. Art. 2.*

misma realidad [...] pero la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho<sup>59</sup>.

Indagar sobre el concepto de necesidad permite comprender el proceso jurídico político de la excepción y del *estado de excepción* no ya desde el carácter subjetivo de una decisión que indetermina hecho y derecho, sino desde la objetividad que se propone cómo adecuarse a lo que es justo según el orden de la razón. Por eso, en el mundo medieval, la afirmación *necessitas non habet legem*, no niega la racionalidad de la ley para afirmar la coacción y la violencia ni produce la forma del *estado de excepción*. Esta comprensión de la relación entre necesidad y libertad permite un mejor juicio sobre concepción de la acción política y sus connotaciones y por eso me parece importante acudir al derecho medieval para permitirnos una visión de las cosas no solo desde su desarrollo histórico, sino también desde el desarrollo de los términos jurídicos y su aplicación a la vida social.

Es bien sabido que el mundo moderno propone una ruptura con el pensamiento medieval y un renacimiento de la antigüedad, sin embargo esto no quiere decir que todo lo medieval quede obsoleto porque en cierta forma el derecho y su sistematización es una de las herencias más evidentes de la reflexión del Medioevo. Si bien hubo ruptura en cuanto a los ordenamientos políticos, a los sistemas y fuentes de producción, también se puede afirmar una continuidad en la comprensión del derecho como racionalidad y fuerza obligatoria en tensión.

¿Qué sucede con esta relación oposicional en el período de la modernidad? ¿Existe algún cambio en el acento que ha guiado nuestra reflexión hasta el momento? ¿Qué características nos presenta el desarrollo de estas posiciones? Quizá los dos autores que representan este debate en cuestión y que nos ayudan a responder estas preguntas son Kant, a favor de la razón,

---

<sup>59</sup>TOMAS DE AQUINO. *S.Th. II-II. Q. 57.*

y Hobbes, quien toma partido por la fuerza obligatoria y la fundamentación de la ley en la necesidad afirmando, con esto, la unilateralidad de la *Vis obligandi*.

## 7. Modernidad

El centauro Quirón era reconocido en la mitología griega como un maestro sabio, un médico digno de admiración, inteligente y de ilustre perfil. Fue maestro de grandes héroes de la antigüedad como Jasón el argonauta, Ayax, Hércules y Aquiles, entre otros. Es posible que por dichas características Maquiavelo, en el capítulo XVIII de *El príncipe*, lo haya tomado como ejemplo del gobernante *par excellence*, que encierra tanto la razón, por su parte humana, como la fuerza, por su parte animal y puede gobernar a un pueblo con base en esas dos fuerzas que constituyen la base segura de un gobierno equilibrado y justo. Esta propuesta de Machiavello abre las puertas en la modernidad para que la reflexión político jurídica se oriente al equilibrio entre la ley y la espada, entre la *Ratio legis* y la *Vis obligandi*. En efecto, durante la modernidad se puede encontrar una corriente que continúa la reflexión de la ley abrazada a la racionalidad en Kant, pero también una ruptura a dicha adhesión en Hobbes.

En Kant también encontramos un derecho natural, que se basa en la naturaleza del hombre y propugna por la defensa su libertad (igualdad, capacidad de opinión), mientras que hay un derecho adquirido, que se basa en actos legislativos de poder gubernamental (privado como la posesión de cosas y el contrato social) y en este campo de la positividad, la ley es una expresión de la racionalidad de la naturaleza y las considera como principios del uso empírico del entendimiento porque tienen la impronta de la necesidad y por lo tanto la determinación que resulta de principios válidos en sí *a priori* y antes de toda experiencia. Todas las leyes de la naturaleza están sujetas a los principios superiores del entendimiento y aplican tales principios a casos particulares del fenómeno.

La vida social del hombre debe regirse por las normas del derecho, pero siempre con dependencia del orden moral, que es universal y necesario. “El problema del establecimiento

del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios (siempre que tengan entendimiento), y el problema se formula así: ordenar una muchedumbre de seres racionales que, para su observación, exigen conjuntamente leyes universales, aun cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones”<sup>60</sup>.

Dicha confianza en la racionalidad de la ley viene acompañada de un optimismo que pretende, de alguna forma, educar y aumentar la cultura: “la razón, eficiente en la realización pragmática de las ideas jurídicas según aquel principio moral, crece continuamente al aumentar la cultura, con la que también aumenta la culpabilidad de aquellas trasgresiones”<sup>61</sup>.

La ley es el conjunto de condiciones por los que el libre arbitrio de uno puede concordarse con el de los demás, según una ley general de libertad. La legalidad, entonces, consiste en la conformidad de la acción humana con la ley externa (mientras que la moralidad está regulada por el imperativo categórico que se basa en la voluntad autónoma)<sup>62</sup>. El orden jurídico debe fundarse en el cumplimiento de las leyes que hacen posible la convivencia del hombre para que los individuos puedan convivir y no entren en conflicto las voluntades individuales, ya que así pierden su libertad.

Sin embargo, el orden jurídico está siempre provisto de la facultad de coacción y es necesario emplear la fuerza para exigir su cumplimiento y eliminar los obstáculos que puedan atentar contra la libertad, pero la coacción, como se ha visto en los griegos y en los medievales, está al

---

<sup>60</sup> KANT. Inmanuel. *Sobre la paz perpetua*. Alianza. Madrid. 2009. P. 74.

<sup>61</sup> KANT. Inmanuel. *Sobre la paz perpetua*. Alianza. Madrid. 2009. P. 96.

<sup>62</sup> Mientras que el derecho asegura la convivencia externa de los individuos (derechos externos y coerción), la moral busca la rectitud interna pues, no puede existir ninguna disputa entre la política, como teoría del derecho aplicada, y la moral, como teoría del derecho, pero teórica. *Sobre la paz perpetua*. Alianza. Madrid. 2009. P. 93.

servicio de la racionalidad fundadora de la ley; dicha postura hace decir al Regiomontano, no sin cierto tono de promesa evangélica: “Aspirad ante todo al reino de la razón pura práctica y a su justicia y vuestro fin os vendrá por sí mismo”<sup>63</sup>.

El acento sobre la racionalidad que ha caracterizado las proposiciones hasta aquí reflexionadas, se trasladan con Hobbes, al otro foco de la ley que había estado antes al servicio de la *Ratio legis*. En el juicio del filósofo inglés, “la ley es el mandato de aquella persona cuyo precepto contiene la razón de la obediencia”<sup>64</sup> y las leyes civiles son los “mandatos de quien está investido del poder soberano en el Estado, acerca de las acciones futuras de los ciudadanos”<sup>65</sup>. De este modo la *Vis obligandi* va tomando un rol más acentuado en la comprensión de la ley; este acento es el que hace decir a Hobbes, por ejemplo: “En vano se prohíbe si no se inculca miedo al castigo; la ley que no contenga ambas partes: la que prohíbe injuriar y la que castiga a los que lo hacen, es inútil”<sup>66</sup>.

El carácter tético que se asoma en la legislación hobbesiana viene tan cargado de sentido práctico como de un ímpetu que reviste no solo a la ley sino al legislador de fuerza subjetiva pues la ley es un mandato del legislador, y el mandato es una declaración de la voluntad<sup>67</sup>. Y el papel preponderante de la razón es reemplazado por el del querer: “El que está investido de poder, es respecto al Estado no como la cabeza sino como el alma. Porque el alma es por lo que el hombre tiene voluntad, esto es, puede querer o no querer; y de igual manera, por el que tiene el poder supremo en el Estado, y no de otro modo, el Estado tiene voluntad y puede

---

<sup>63</sup> KANT. Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Alianza. Madrid. 2009. P. 93.

<sup>64</sup> HOBBS Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999. Capt. XIV. 1.

<sup>65</sup> HOBBS Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999. Capt. XIV. 2.

<sup>66</sup> HOBBS Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999. Capt. XIV. 7.

<sup>67</sup> HOBBS Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999. Capt. XIV. 13.

querer y no querer. La cabeza se ha de comparar más bien con el grupo de consejeros [...] porque el oficio de la cabeza es aconsejar, como el del alma es mandar<sup>68</sup>.

Como consecuencia, el guardián de la ley debe asegurarse la sumisión de las voluntades de todos mediante un pacto ante los demás para que nadie resista a la voluntad de aquel hombre o asamblea a la que se somete y no negarle la reunión de sus fuerzas y bienes contra otros, porque quien somete su voluntad a la de otros, le da el derecho de sus fuerzas y facultades con el objeto de que cuando todos hubieran hecho lo mismo, aquél al que se someten sea dueño de una fuerza tal que, por miedo a ella, pueda conformar las voluntades de todos en orden a la unidad y la concordia. De esta manera la fuerza ya no debe verse como un asunto privado de vindicación personal o de defensa de uno contra uno, sino que en la voluntad de la persona del Estado, como consecuencia de los acuerdos de muchos hombres, se deben reunir y disponer de las fuerzas y de las facultades de cada uno para la paz y la defensa común<sup>69</sup>.

La bucólica imagen del caballero andante que con sus propios medios venga la integridad y el buen nombre de otros o la del Mio Cid que emprende la venganza contra su suegro, propias del mundo medieval, entra en contraste con la de un D'artagnan que es arrestado por hacer uso de sus propias fuerzas para defenderse, ya en un estado moderno. Y es que el uso de la fuerza ya no es privado, sino transferido a aquél que gobierna, de modo que este "poder y derecho de mandar consiste en el hecho de que todos y cada uno de los ciudadanos han transferido toda su fuerza y su poder a aquel hombre o asamblea. Y al haberlo hecho equivale a haber renunciado al derecho a oponerse"<sup>70</sup>.

---

<sup>68</sup> HOBBS Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999.Capt. VI. 19- V. 8-9.

<sup>69</sup> HOBBS, Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999.Capt. V. 7.

<sup>70</sup> HOBBS, Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999.Capt. V. 11.

El poder supremo del Estado recibe su validez en el derecho a usar la espada para castigar, porque se le ha transferido para la seguridad de cada uno, y en consecuencia para la paz común, de tal suerte que así los ciudadanos han transferido la totalidad del derecho de guerra y de paz a un solo hombre o asamblea. Este derecho pertenece al mismo hombre o asamblea que posee la espada de la justicia. “Puesto que el derecho de espada no es otra cosa que poder usar la espada con derecho a su arbitrio, de ahí se sigue que el arbitrio o el juicio acerca de su recto uso pertenecen a la misma persona [...] En el Estado todo juicio corresponde a quien tiene las espadas, es decir a quien tiene el poder supremo”<sup>71</sup>.

¿Cuál es la medida de la justicia? ¿en manos de quién queda determinar el límite de la ley y de la fuerza, la libertad del individuo y la integridad del bien de la comunidad política? Hobbes responde: “Corresponde al mismo poder supremo presentar unas reglas o medidas comunes para todos, y declararlas públicamente, por las cuales todos puedan saber qué es lo que se ha de llamar suyo y ajeno, qué justo e injusto, qué honesto y deshonesto, qué bueno y qué malo, en suma qué ha de hacerse y qué ha de evitarse en la vida común”<sup>72</sup>.

El principio de *Ratio facit legem* es reemplazado por la consigna: *Auctoritas, non veritas facit legem*<sup>73</sup>. Tal vez con esta afirmación se válida la proposición de Schmitt: La autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho. Para ver qué tanta relevancia ha tenido este nuevo giro en la comprensión de la ley nos vamos a aproximar al filósofo italiano Giorgio Agamben, que ha tratado el tema con relación al *estado de excepción*.

---

<sup>71</sup> HOBBS, Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999. Capt. VI. 6-8.

<sup>72</sup> HOBBS, Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999. Capt. VI. 9.

<sup>73</sup> *Doctrinae quidem verae esse possunt: sed auctoritas, non veritas facit legem. Leviathan. 26.*

## 8. La excepción soberana

Como hemos visto, el pensamiento político de Hobbes perfila no solo la asunción del soberano con legítimo uso de la fuerza (idea que ya está presente en la reflexión clásica), sino el eclipse de la *Ratio legis* bajo la forma operante, y mucho más eficaz, de la *Vis obligandi* al afirmar que: “*los dos brazos de una república son fuerza y justicia; la primera reside en el rey, la otra está depositada en manos del parlamento [...] lo que hace la ley no es la iuris prudentia, sino la razón de este nuestro hombre artificial*”<sup>74</sup>.

El gozne que permite este original torque, fundamental para la formulación del derecho y de la soberanía, se halla a la base de la legitimación del rol del soberano como aquel que establece el derecho y es su juez al mismo tiempo: “*Pertenece al soberano ser juez [...] y todo el poder de prescribir las leyes por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos*”. Dicha capacidad se fundamenta en la absoluta libertad del soberano que tiene el poder para hacer y deshacer las leyes, cuando quiere, y emanciparse de ese sometimiento suprimiendo las leyes que le incomodan haciendo otras nuevas<sup>75</sup>.

Si el soberano puede vincular, puede también desvincular y demostrar que está vinculado exclusivamente a sí mismo y no está vinculado con nadie ni con nada más, ni siquiera con las leyes pasadas, pues la formulación del poder soberano no es una cuestión sucedida accidentalmente en el pasado, sino un hecho sustancialmente anclado al presente, en el ahora, una noción que Bodino interpreta como la decisión

---

<sup>74</sup> HOBBS. *Leviathan*. XXVI. 6. Buenos Aires. Losada. 2004.

<sup>75</sup> HOBBS. *Leviathan*. XVIII. Buenos Aires. Losada. 2004.

El filósofo inglés nos lleva aún más allá al formular el enigmático lugar no-lugar, que corresponde al soberano, cuando afirma que “*el soberano de una república no está sometido a las leyes civiles*”<sup>76</sup>, es así como establece una legislación de la que él no depende, de la que se encuentra exento, o sea está fuera de ella, pero se ubica dentro de ella al no ser una figura i-legal, sino la misma figura que establece lo que es legal y lo que no; el soberano se encuentra al mismo tiempo dentro y fuera del régimen, de la normación de la ley.

Siguiendo esta herencia de pensamiento, el jurista alemán Carl Schmitt apunta que la soberanía es el poder supremo y originario de mandar y que el soberano es quien decide sobre el *estado de excepción*. Por estar en esta situación el soberano cae 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*<sup>77</sup>.

De este modo la autoridad demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho y por eso para Schmitt la formulación del derecho no puede fundarse en una supuesta normalidad, porque ésta no prueba nada, en cambio la excepción lo prueba todo y no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquella. Lo excepcional es lo que no se puede subsumir sino que escapa a toda determinación general, pero, al mismo tiempo, pone al descubierto en toda su pureza un elemento específicamente jurídico, la decisión.

La decisión sobre la excepción, para Schmitt, es decisión en sentido eminente y el soberano es quien decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué debe suceder para dominar la situación; en consecuencia, la facultad de derogar las leyes vigentes es el atributo más genuino de la soberanía.

---

<sup>76</sup> HOBBS. *Leviathan*. XXVI. 2. Buenos Aires. Losada. 2004.

<sup>77</sup> SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid. Trotta. 2009. P. 13-18.

El soberano, el Estado mismo, es quien decide la contienda, o sea, determina con carácter definitivo qué son el orden y la seguridad pública, cuando éstos se han violado. Es por esta razón que, bajo esta óptica, se hace necesario que la facultad de la decisión sea ilimitada para que permita crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos, aunque con esto se aniquile la idea de legitimidad que da origen a la misma decisión. En resumen, gracias a la significación autónoma que tiene la decisión, lo que importa en la realidad jurídica es quién decide<sup>78</sup>. De esta manera, el lugar que en la reflexión tomista pertenecía a la *Ratio*, queda eclipsada por la mera *Voluntas*.

Este es el punto nodal y problemático en el que la bipolaridad de la *Ratio legis* y la *Vis obligandi* (que en la reflexión antigua y medieval se pretendían equilibrar) quedan englobadas en la figura del soberano moderno y más específicamente en la figura del *estado de excepción*, no vista solamente como una concesión dada al poder ejecutivo para solucionar situaciones urgentes, sino como la portadora del peso de la ley que puede normar la vida de la sociedad y la del individuo.

El soberano se encuentra dentro y fuera de la ley en una relación que no es ni completamente opuesta ni contradictoria, sino que – como la define Giorgio Agamben- es de una inclusión excluyente; de este modo, el soberano, estando dentro puede insertar un afuera de la ley, por lo que Schmitt postula el papel del soberano como el que es un *Ausnahme*, un afuera que se inserta dentro de la ley. Esta cuestión resulta paradójal pues contrapone el adentro y el afuera de la ley vinculados en la figura del soberano.

Si para Tomás de Aquino el vínculo entre *Ratio legis* y *Vis obligandi* es la justicia, que se puede traducir como el *debitum* con el otro, para la soberanía de excepción el vínculo es la decisión del

---

<sup>78</sup> Ibid. P. 18 - 20.

soberano; si en la Edad Media la referencia del derecho estaba cifrada en la relación con los hombres que viven en sociedad, en una postura como la de Hobbes y Schmitt el derecho está mediado por la decisión del soberano sobre la ley y la protección de su rol como normador sin norma.

Por eso acudir al derecho medieval, especialmente a la teoría de la ley de Tomás de Aquino, es importante y valioso porque nos pone en evidencia la paradoja de la soberanía de excepción, la situación problemática y contradictoria que surge en la modernidad con la relación entre la ley y el soberano, especialmente con la decisión que le es propia de sancionar las leyes y de suspender el derecho vigente sin ser una figura ilegal, sino haciendo uso de esta suerte de potencia que le permite llevar al acto sus determinaciones no normadas y poniendo en entredicho la legislación que se encuentra en acto.

Si la excepción antigua y medieval es una *dispensatio casus particularis*, una aplicación que exceptuaba de cierto aspecto de la ley, en el mundo moderno la figura de la soberanía va más allá y no solo en términos teóricos, sino en la vida política de las sociedades porque no conserva ni establece el derecho sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él.

En este sentido, la excepción soberana incluye dentro del derecho algo que, en principio, está marginado y hace que la norma se aplique desaplicándose al introducir una normación que no está dentro de los límites de lo regularizado, algo excepcional que se hace regla, gracias a lo cual el derecho se traslada a un umbral de indescernibilidad que se ubica en los límites de lo que está dentro y fuera de él.

El *estado de excepción* se refiere a un umbral, o zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan. La suspensión de la norma no significa su abolición y la

zona de anomia que instaura no está exenta de relación con el orden jurídico, así se encuentra una dificultad para ubicar el locus que le corresponde tanto en la vida social como dentro del derecho mismo.

En este umbral hay una indistinción entre exterior e interior, exclusión e inclusión, una dicotomía y a la vez una relación entre el hecho y el derecho, no se puede definir propiamente como un hecho, porque solo se crea por la suspensión de la norma, pero tampoco es una situación de derecho porque está fuera de él, aunque abre la posibilidad de la vigencia de la ley, sino que es una regla que se constituye como tal solamente en la medida en que se suspende y da lugar a la excepción<sup>79</sup>.

El *estado de excepción* forma una zona ambigua e incierta de anomia donde los procedimientos de hecho, extra o intrajurídicos en sí mismos, se convierten en derecho y donde las normas jurídicas se indeterminan en mero hecho, un umbral en el que el hecho y el derecho parecen hacerse indecidibles. En esta indistinción se difuminan tanto el *factum* como el *ius* uno en otro.

La excepción no está totalmente fuera del derecho, sino que manifiesta más bien un contraste entre dos exigencias jurídicas porque no es la excepción lo que se sustrae a la regla, sino es la regla la que, suspendiéndose, da lugar a la excepción y, solo de este modo, se constituye como regla, manteniéndose en relación con aquella.

La excepción es la localización fundamental que no se limita a distinguir lo que está dentro y lo que está fuera, la situación normal y el caos, sino que establece entre ellos un umbral a partir del cual lo interior y lo exterior entran en esas complejas relaciones topológicas que hacen posible la validez del ordenamiento. Cuando el físico alemán Werner Heisenberg intentó explicar el comportamiento de los electrones se dio cuenta de que en algunas ocasiones se

---

<sup>79</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 30-36.

comportan como partículas y en otras como ondas, dando origen a su postulado del principio de indeterminación o incertidumbre; la soberanía de excepción fluctúa entre la regla y la excepción y parece asumir el principio de incertidumbre del derecho que no diferencia fácilmente entre el adentro y el afuera de la ley.

Esta suspensión del derecho, este espacio vacío de derecho busca vincularse a toda costa con el mismo orden jurídico, conectarse con él para mantener su relación con la anomia, creando una fascinante relación entre lo apolíneo y lo dionisiaco en un solo orden. Los actos que se cometen durante esta suerte de *Iustitium* moderno parecen situarse en un no-lugar absoluto que eclipsa la racionalidad de la ley y la ubica en un no-lugar que tiene fuerza de ley<sup>80</sup> y que crea un *imperium* fluctuante.

En la doctrina moderna del derecho –según Derrida<sup>81</sup> - subsisten la eficacia de la ley, como forma de todo acto legislativo válido, en tensión con la fuerza de la ley (o posición de la ley). La ley, soportada por la razón (la *Ratio legis*), le hace ser coherente, comprensible y eficaz, pero la *Vis obligandi* le otorga el carácter de violencia que se debe ejercer para ser ejecutada.

En este orden de ideas, el *estado de excepción* crea una ficción por la que el derecho trata de incluir dentro de sí mismo a la anomia, esto es la fuerza de ley, que consiste en la eficacia y la capacidad de obligar el cumplimiento de la misma. Como consecuencia de esta indistinción, la violencia misma tiende a imponerse en la vida social y en los individuos con el fin de hacer eficaz una medida, en principio necesaria para el bien.

---

<sup>80</sup> Fuerza de ley en cuanto que es algo que obliga en razón de la fuerza misma.

<sup>81</sup> DERRIDÁ, Jacques. 1989. *Force de loi. Le fondement mystique de l'autorité*. Citado por Agamben en *Estado de excepción*.

En su crítica a la violencia, Benjamin afirma que la violencia legítima funda y conserva el derecho<sup>82</sup>, pero este tipo de violencia soberana, por decirlo de alguna manera, lo suprime y lo deja en una indistinción entre anomia y derecho, la anticipación de una catástrofe, la catástrofe de no saber discernir entre lo que es regla o excepción. En este singular espacio anómico se aplica la norma mediante la suspensión temporal de su eficacia y la violencia actúa bajo un revestimiento jurídico que le hace legal, aunque no legítimo, haciendo de la violencia el vértice de la experiencia política. La misma distinción entre legalidad, como un modo de funcionamiento de la “burocracia calculable”, y legitimidad, como algo conforme al derecho, a la ley, se difumina en este mismo umbral.

La excepción soberana toma parte, por un lado, de la *Ratio legis* y, por otro, de la *Vis obligandi*, ubicándose fuera de estos dos ejes como una suerte de motor inmóvil que mueve el derecho sin moverse o mezclarse con la “contingencia jurídica” y a partir del cual adquiere su sentido lo que está incluido en el orden jurídico y lo que está excluido de él. De esta manera se comprende por qué la excepción queda incluida en el caso normal y es precisamente porque no forma parte de él. En efecto, la excepción es lo que no puede ser incluido en el todo al que pertenece y que no puede pertenecer al conjunto en el que está siempre incluida<sup>83</sup>.

En resumidas cuentas, la excepción plantea, para el problema de la soberanía, una cuestión de difícil comprensión porque, aunque es una medida que se ubica fuera del derecho, precisamente de ahí su nombre, se asegura un lugar dentro de él, suspendiéndolo y permaneciendo fuera, pero con la vigencia y la fuerza que norma la ley. *Es por eso que la excepción soberana es la presuposición de la referencia jurídica en la forma de su suspensión.*

---

<sup>82</sup> BENJAMIN, Walter. *Crítica de la violencia*. Biblioteca nueva. Madrid, 2010. P. 99.

<sup>83</sup> *Ibid.* P. 39.

Identificar esta ficción ayuda a separar lo que se ha pretendido unir y, de este modo, buscar un modo de acceder a una nueva condición que permita abrir un espacio para la auténtica acción humana y política que podría consistir en cortar el nexo, al parecer inquebrantable, entre violencia y derecho. Dicha condición no consiste en retornar a un estado originario sino a la praxis humana que las potencias del derecho y el mito han tratado de capturar en el *estado de excepción*<sup>84</sup>.

Aunque estas intuiciones acerca de la soberanía de excepción parecen tocar el terreno de lo abstracto y volverse etéreas, pertenecen al campo de lo práctico, al campo en donde se desenvuelve no solo el desarrollo jurídico, sino la misma acción humana y es ciertamente acuciante el hecho de que la soberanía de excepción ocupa cada vez más el primer plano en nuestro tiempo y tiende, en último término, a convertirse en regla<sup>85</sup>. Examinemos con un poco más de atención la naturaleza de la soberanía de excepción en su figura jurídica llamada *estado de excepción*.

---

<sup>84</sup> Idem. P. 128.

<sup>85</sup> Ibid. P. 33.

## 9. Estado de excepción

La muerte del rey Louis XVI prometía ser el inicio del final del absolutismo y pareciera que con la caída de la guillotina sobre su cuello se perfilaba la formación de un modelo político que fuera adoptado por las Repúblicas nacientes de Occidente. Así parecía anunciarlo el espíritu de la revolución expresado en autores como Montesquieu quien, en el capítulo sexto del *Espíritu de las Leyes*, proponía, con base en la experiencia del derecho inglés y norteamericano, la división del poder público para que se regulase todo intento tanto de hacer las leyes como de ejecutarlas; en últimas, se dibuja con estos intentos, el deseo y la necesidad de trazar las relaciones jurídicas entre el individuo y la colectividad, entre el individuo y el Estado, de acuerdo con las necesidades y las nuevas realidades surgidas en el mundo moderno.

Para dicho fin era necesario que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial estuviesen separados y no pudiesen, bajo ningún pretexto, quedar reunidos todos en una sola mano porque tan pronto como un hombre detenta todos estos poderes a la vez, tiene la tendencia de reinar como un déspota<sup>86</sup>. Dicha división trae como consecuencia la noción de un poder legislativo diferente y separado del que debe velar por la ejecución de las leyes. Es así como las nociones modernas de libertad e igualdad se empiezan a aplicar dentro de las esferas del derecho.

Esta división del poder público buscaba el equilibrio y la regulación del poder por el poder mismo en la Edad Moderna, en donde algunas de las notas principales que resonaban en la atmósfera general de las artes y la filosofía, por lo menos, era la del humanismo y el deseo de superar las tradiciones caducas del período anterior denominado por los modernos mismos

---

<sup>86</sup> GROETHUYSEN, Bernard. *Filosofía de la revolución francesa*. F.C.E. México. 1989. P. 221.

como Edad Media; parte de las instituciones pre-modernas era la de una monarquía que ostentaba en sus manos la administración de todo poder cifrado en quitar la vida o permitirla.

La pretensión moderna de retomar las instituciones y tradiciones de la antigüedad encuentra en la división tripartita del poder una manera de regular el abuso de la autoridad tanto en la toma de decisiones como en la ejecución de las leyes.

Sin embargo, el derecho dejó la posibilidad de circunscribir el poder de emitir las leyes y ejecutarlas en una sola rama, en casos de emergencia, es por eso que en su definición más formal el *estado de excepción* consiste en la extensión de los poderes propios del ejecutivo a la esfera legislativa por medio de la promulgación de decretos y disposiciones, como consecuencia de la delegación incluida en las leyes denominadas de plenos poderes. Es así que una rama del poder puede ostentar gran parte de las determinaciones políticas y sociales en lo que se entiende por “leyes de plenos poderes, que son aquellas leyes en virtud de las cuales se atribuye al ejecutivo una potestad reglamentaria, en particular la facultad de modificar y de abrogar por medio de decretos las leyes en vigor”<sup>87</sup>.

De esta manera, en el Derecho Constitucional moderno, las reglas de excepción confieren poderes extraordinarios al órgano ejecutivo para preservar el sistema constitucional en circunstancias verdaderamente anormales, derivadas de una agresión o de una grave situación de orden interno<sup>88</sup>.

En principio, el criterio que se utiliza para dar cabida a esta herramienta jurídica tiene que contar con las condiciones de *temporalidad* y *necesidad absoluta*; las leyes de excepción se dan ya

---

<sup>87</sup> TINGSTEN. *Les plein pouvoirs*. Citado por Agamben en *Estado de excepción*. Pretextos. Valencia. 2004. Pag. 21.

<sup>88</sup> CAMARGO, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia. (Análisis del Proyecto de ley del gobierno)*. Ediciones Jurídica Radar. Santafé de Bogotá, D.C. 1992. P. 14.

sea por la necesidad o por alguna situación que puede llevar a quebrantar la jerarquía entre la ley y el reglamento basado en la Constitución, y aunque su nombre mismo parece ser suficiente para explicar que se aplica en casos especiales de urgencia, es preocupante que – parafraseando a Agamben - la creación del *Estado de excepción* se ha convertido en una de las prácticas a las que más acuden los Estados contemporáneos, incluso aquellos que se llaman a sí mismos democráticos.

Pero la supuesta *temporalidad* que valida dicha medida se difumina por el uso constante y frecuente que los gobiernos han hecho de ella. Por esta razón, Agamben, siguiendo a algunos teóricos que tratan este tema, plantea que “aunque su uso temporal y controlado es compatible con las constituciones democráticas, su ejercicio regular y sistemático conduce necesariamente a la liquidación de la democracia” y se puede convertir en un paradigma de gobierno que defiende la abolición provisional de la distribución entre poderes legislativo, ejecutivo y judicial; y si se lleva hasta sus últimas consecuencias “todas estas instituciones corren el peligro de ser transformadas en sistemas totalitarios en cuanto se presenten las condiciones favorables” porque dicha alteración del estado implicará un gobierno más fuerte y esto significa un gobierno que tendrá más poder y unos ciudadanos con menos derechos; además no es descabellado pensar que los poderes de emergencia constitucional se conviertan en la regla y no en la excepción<sup>89</sup>.

En efecto, la excepción, en principio temporal, tiende poco a poco a pasar de ser una medida provisoria y extraordinaria a un modelo de política en donde se vive bajo el paradigma de la “normalidad de la excepción” y así el *estado de excepción* tiende a ser incluido en el orden jurídico y a presentarse como un auténtico estado de ley que configura dentro de sí la decisión aplicada

---

<sup>89</sup> AGAMBEN, Giorgio. Ibid. P. 18-22.

a la normalidad, puesta al margen, para dar primacía a lo que subjetivamente se entiende como lo necesario para el bien. Así vistas las cosas, no se puede definir como pura violencia delirante del Estado, pero tampoco como un poder político discrecional<sup>90</sup>.

La derogación de la normalidad desvanece la provisionalidad condicional de la excepción que ya no se entiende como un *momentum*, a la manera como entienden el derecho de Tomás de Aquino y Giorgio Agamben, sino como una herramienta constante del poder que pretende tener una suerte de “cheque en blanco” para validar sus determinaciones de orden político, social, económico o bélico.

El criterio de *necesidad* constituye el fundamento último y la fuente misma de la ley que fundamenta la validez de los decretos con fuerza de ley promulgados por el ejecutivo. De este modo, el postulado de fondo que subyace en esta postura es que la necesidad es la fuente primera y originaria de dicha ley; y aunque la necesidad que justifica al *estado de excepción* hace uso también de la proposición jurídica *neccitas non habet legem*, debemos distinguir el sentido que los modernos le han asignado porque hemos examinado que para el Aquinate, la necesidad no constituye la fuente de la ley y mucho menos la suspende, sino que la exime de la observancia de un caso particular y afirma la objetividad de la ley frente al todo social, así como la excepción confirma la regla.

Mientras que el sentido que le da la soberanía de excepción a la noción de necesidad en el mundo moderno, viene cargado de implicaciones subjetivas en los juicios y en las implicaciones que surgen a partir de ellos. Esta situación aporética enmarca a la necesidad en el campo de la decisión, con su respectivo carácter subjetivo, e indiferencia aún más las esferas de hecho y derecho y las esferas privada y pública propias de la condición humana.

---

<sup>90</sup> CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. P. 21. 47.

Esta confrontación de las nociones de la necesidad pone de manifiesto el conflicto que se desarrolla en el fundamento objetivo y subjetivo de la ley, pues por un lado encontramos a la decisión subjetiva con la capacidad de suspender el ordenamiento vigente para garantizar la existencia del texto legislativo y, por el otro, la pretensión de objetividad basado en la justicia, en el deber con el otro.

## 10. Consecuencias jurídicas

Esta fusión de la autoridad legislativa y ejecutiva expresa, en términos de Max Weber, una tendencia “anti-formal” que produce con su uso cada vez más frecuente, efectos en la vida social y política, que tienden a borrar el espacio de acción para el individuo, su participación en la toma de decisiones, la posibilidad de una acción en concierto y, en últimas, su libertad. Vale la pena caracterizar mejor a qué nos referimos con estos efectos.

En el *estado de excepción*, en donde la autoridad ejecutiva está pobremente regulada, se vulnera el principio de separación de poderes, que en un primer momento, pretende evitar el abuso en la toma de decisiones y la parcialización de un punto de vista que puede llegar a ser despótico por parte de los organismos que ostentan el poder. Esto quiere decir que la determinación de los asuntos políticos tiende a ser referida a una esfera cada vez más restringida de unas pocas personas que ordenan sobre una mayoría a la que se le asigna la tarea de obedecer.

La ley queda reducida, entonces, a un medio para ejercer el poder, maleable ante la voluntad determinante del soberano y capaz de justificar cualquier medio, el que sea necesario, para la consecución de los fines que se muestran como importantes y fundamentales a su óptica. Esta pérdida de las dimensiones en el uso de los medios, puede llegar a justificar la violencia y al terror como medios legítimos, para llegar a los fines establecidos por la voluntad soberana, esto quiere decir que el *estado de excepción* transforma a la violencia no solamente en un instrumento político legítimo, sino probablemente en el más privilegiado<sup>91</sup>. O sea, que el rasgo principal con

---

<sup>91</sup> Con respecto a esto vale la pena recordar las afirmaciones de Lenin frente al terror: “*la cuestión no consiste en abolir el terror [...] sino en hacerlo comprensible y elevarlo al status de la legislación legal, como una materia de principio, con claridad, sin hipocresía ni adornos*”. Citado por: SCHEUERMAN, W.E. *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt school and the Rule of Law*. The MIT press. Cambridge, Massachussets. 1997. 37.

el que se presenta el derecho es el de la agresión contras las libertades del individuo, más que con el de la creación de un espacio en donde pueda desenvolverse.

Comprender los asuntos políticos de esta manera, a partir de una soberanía de excepción materializada en el abuso de la figura jurídica del *estado de excepción*, perfila la comprensión de la política como un mero asunto de régimen y de decisión subjetiva del soberano, ya sobre los asuntos que parecen amenazar su existencia, ya sobre hechos administrativos, económicos y jurídicos; es decir, se entiende al derecho como una realidad dada, ajena a la intervención o transformación humana, se le mistifica como la forma en que se desenvuelve el fenómeno político *par excellence* y se le aísla de la participación que ya alegaba Tomás de Aquino, en su contexto, para el Ciudadano en el siglo XIII.

En el régimen de excepción prorrogado indefinidamente, se admiten únicamente posiciones de sujeción en las que el Estado entiende al Ciudadano como un destinatario de sus órdenes, como un súbdito obligado en general a la obediencia, y no como sujeto de derecho, como un sujeto responsable, garante del correcto uso de su libertad; como efecto, se desconoce la competencia del sujeto para “pedir cuentas” a la autoridad sobre el ejercicio legítimo de sus poderes e incluso para denegar la justificación de sus pretensiones y redefinirlas como arbitrarias<sup>92</sup>.

Por eso cabe preguntarse ¿En el *estado de excepción*, en dónde queda la seguridad mínima legal de los individuos?<sup>93</sup> ¿Cuál es el espacio de acción en donde pueden desenvolverse como sujetos políticos? ¿Hasta dónde les está permitido el actuar mismo? Porque, en el *estado de excepción*, el campo de acción se transparenta en la decisión que parece extenderse de manera casi que

---

<sup>92</sup> CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. P. 28- 53

<sup>93</sup> SCHEURMAN, W.E. *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt school and the Rule of Law*. The MIT press. Cambridge, Massachussets. 1997. P.16-48.

ilimitada en la voluntad del soberano, mientras que el rol de los demás se ve limitado por una suerte de incertidumbre legal que tiende a difuminar las reglas del derecho y de la justicia misma, reduciendo la relación entre Estado y Ciudadano a la del Soberano y Súbdito.

En última instancia, la cuestión de la acción, en el *estado de excepción*, se cristaliza en la cuestión de la libertad, en el reconocimiento del Ciudadano como sujeto de derecho, y con ello, el reconocimiento de una esfera de libertad, no de una libertad ilimitada, sino de aquella que hace responsable al Sujeto como gestor de una porción del Estado mismo<sup>94</sup>.

El *estado de excepción*, llamado estado de emergencia o de conmoción interior, se presenta, en las constituciones democráticas en general, como una manera de proponer una decisión expedita por parte del poder central para solucionar conflictos de urgente necesidad que “perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública”<sup>95</sup>. El recurso es razonable en tanto que se le de su justo lugar, esto es, en cuanto cumpla las condiciones de temporalidad y necesidad absoluta, pero esta medida que se muestra como práctica y de solución inmediata, tiende a asimilar la legalidad con la facticidad, es decir, abre la puerta a la posibilidad de pensaren que la cualidad máxima de la ley se cifra en su utilidad inmediata (y esto en cierta medida es cierto porque, en efecto, sería estúpido sancionar leyes inútiles) y, como consecuencia, calificar de inútil e inoperante a las demás leyes que rigen la normalidad de la vida civil, esa misma normalidad que para Schmitt nada prueba.

---

<sup>94</sup> CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. P. 30

<sup>95</sup> CAMARGO, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia. (Análisis del Proyecto de ley del gobierno)*. Ediciones Jurídicas Radar. Santafé de Bogotá, D.C. 1992. 44. “Los sistemas constitucionales de tipo liberal también introdujeron al Estado de derecho el principio de autoconservación, conocido como *legalidad democrática* en virtud del cual se permita la “dictadura constitucional” o “dictadura comisoría”, no sólo para hacer frente a un eventual ataque exterior o una invasión, sino también para conjurar los casos de “conmoción interior”, “perturbación del orden público”, “necesidad pública”, “seguridad del Estado”, y hasta “rebelión”, “sedición” y “catástrofe y otra calamidad general” . P. 10.

La cuestión va más allá cuando, se coteja, se difumina y hasta puede llegar a borrarse la tensión entre legalidad y legitimidad con la que existe entre legalidad y justicia; en esto consiste la paradoja de la legalidad

Por un lado, la legalidad se entiende como la necesidad de un acuerdo entre cada acto gubernamental o administrativo y las leyes del país en cuestión, es decir como una suerte de adecuación inmanente de los actos jurídicos con la ley vigente de un país y, por otro lado, la legitimidad es un llamado a la rectitud indisputable de las acciones y los fines, un llamado a una adecuación con principios que atraviesan, como vectores, las determinaciones de las leyes<sup>96</sup>.

Remitir dicha rectitud a la misma inmanencia de la ley, puede encerrarla en un laberinto creado por la mera utilidad que no remita más sino a la azarosa voluntad del poder de turno; más bien, el hilo de Ariadna que puede fundamentar la formulación de la ley en términos vectoriales, como me atrevo a llamarlos, está llamada a cimentarse en un principio mucho más amplio como la justicia, es decir en lo que es debido al individuo por ser persona, en ese *minimum*, en ese *bonum humanum* propuesto por el Aquinate para que la ley no reduzca al Sujeto a un instrumento o un medio del Estado para realizar determinados fines, sino como un Sujeto al que se le permita actuar en sociedad sin el desvanecimiento de su seguridad legal mínima.

Esa seguridad legal mínima, en opinión de Franz Neumann y Otto Kirschheimer, solamente se logra por medio de leyes claras y generales, formuladas coherentemente, que restrinjan y obliguen al Estado a realizar sus actividades propias y, de este modo, lo alejen de una acción inconsistente o arbitraria y contrarresten los peligros de un “escalofriante autoritarismo”. En este sentido, es necesario preservar algo de la demanda clásica por la ley formal, en orden a asegurar un alto grado de predictibilidad jurídica que permita lograr deliberaciones y acciones

---

<sup>96</sup> SCHEURMAN, W.E. *The Rule of Law under siege. Selected essays of Franz L. Neuman and Otto Kirschheimer*. University of California Press. 1996. 46-49.

políticas autónomas y libres de coacción, teniendo en cuenta que nunca se puede eliminar del universo político la posibilidad de una fuerza arbitraria incontrolada, que es lo que resulta de una soberanía definida en términos del agente político que monopoliza la “última decisión”, en todas las situaciones de peligro potencial del universo político, tan inevitablemente irracional y violento<sup>97</sup>.

Hannah Arendt sigue esta línea de pensamiento. Para ella, las leyes establecen barreras, delimitan y marcan límites que permiten crear un espacio diferenciado entre los hombres y hacen posible la puesta en marcha de la pluralidad; estas limitaciones de las leyes instituyen modos de comunicación entre los hombres que viven juntos y actúan de concierto.

Estas leyes, por su estabilidad, permiten evolucionar a los hombres en el interior de un espacio así delimitado y experimentar las conmociones que es capaz de aportar la historia y, especialmente en el campo político, el nacimiento de hombres nuevos. Para ella, la acción de las leyes, su estabilidad, radica en instaurar un complejo juego entre la preservación de un mundo común y la apertura a las potencialidades de un comienzo: “La estabilidad de las leyes, que erigen los límites y canales de comunicación entre hombres que viven juntos y actúan concertadamente, protege este nuevo comienzo y asegura al mismo tiempo su libertad: las leyes aseguran la potencialidad de algo enteramente nuevo y la pre-existencia de un mundo común”<sup>98</sup>.

Así las cosas, “las leyes cercan a cada nuevo comienzo y al mismo tiempo aseguran su libertad de movimiento, la potencialidad de algo enteramente nuevo e imprevisible; las fronteras de las leyes positivas son para la existencia política del hombre lo que la memoria es para la existencia

---

<sup>97</sup> SCHEUERMAN, W.E. *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt school and the Rule of Law*. The MIT press. Cambridge, Massachussets. 1997. P. 2-22.

<sup>98</sup> Hannah Arendt citada por Miguel Abensour en *Para una filosofía política crítica. Ensayos*. Anthropos. Universidad Autónoma Metropolitana. 2007. P. 227.

histórica: garantizan la preexistencia de un mundo común, la realidad de una continuidad que trasciende al espacio de la vida individual de cada generación, absorbe todos los nuevos orígenes y se nutre de ellos”<sup>99</sup>.

Recapitulando los efectos del *estado de excepción*, desde la óptica jurídica, se pueden sintetizar en la suspensión temporal de los principios relativos a la organización constitucional: esto es, la concentración de poderes “excepcionales” en manos del Ejecutivo, acompañada a menudo de la acentuación de los poderes de la policía. Una alteración del reparto de las competencias constitucionales que comporta una transición, más o menos acentuada, de sistemas de separación de poderes a sistemas de concentración de poderes, la suspensión temporal de los principios constitucionales que garantizan los derechos civiles, políticos y económicos de los ciudadanos<sup>100</sup>. Además se abre la posibilidad de que se desconozcan las garantías procesales para la investigación y juzgamiento de las personas, dando paso a una legislación en donde los controles a la gestión estatal se debilitan<sup>101</sup>.

Así, sin un alcance extensivo de modos de regulación social, la existencia cotidiana sería insoportable para la mayor parte de la humanidad; es necesario, por esto mismo, proveer un *mínimum* de libertad personal que garantice el espacio de acción auténticamente política.

Avancemos ahora en el recorrido de la indagación sobre el *estado de excepción* como primacía de la *Vis obligandi*, para explorar sus efectos en la esfera de lo público.

---

<sup>99</sup> ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004. P. 565.

<sup>100</sup> CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007. P. 15.

<sup>101</sup> FAJARDO, Carmen Ruth y JARAMILLO, Héctor Fabio. *Estado de sitio y política criminal*. Bogotá D.E. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1985. P. 284.

## 11. Consecuencias en la esfera de lo público

Ya se ha señalado que en el *estado de excepción* se expresa un movimiento que oscila entre lo intra-jurídico y lo extra-jurídico, entre la normalidad y el caso excepcional, entre la regla y su suspensión en una dinámica de ajenidad y pertenencia, de inclusión excluyente que conserva el derecho suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él, haciendo que el *estado de excepción* cuente con una presuposición de la referencia jurídica en la forma de su suspensión.

El umbral de indescernibilidad que resulta de esta original fusión entre la normalidad y la excepción pone sobre la mesa la cuestión del derecho en su forma *pleromática*, es decir, el derecho que goza de la plenitud de su operar en los poderes del soberano, y su forma *kenomática*, esto es, un vacío y una detención del derecho, que norma la vida social de los ciudadanos por medio de una fusión entre poder y anomia que legaliza la voluntad del soberano. Ante una realidad como esta, la vida del ciudadano tiende a quedar sin fundamento sólido para actuar porque las categorías morales y legales resultan huérfanas de solidez debido a ese dinamismo determinado en la indeterminación propia del *estado de excepción*. La normalidad de la ley y los principios que la fundamentan no crean un marco de seguridad legal en el que el sujeto pueda desenvolverse con libertad, sino que lo ubican en un contexto de constante incertidumbre y confusión legal.

La ley común ya no se basa entonces en un *consensus iuris*, sino en la voluntad del soberano o, traducido de otra manera, en la palabra de quien gobierna. Lo inquietante de la situación es que este hecho no solamente repercute en las reflexiones de las candorosas almas humanistas, sino que transforma profundamente la capacidad de acción de todo individuo; un ejemplo paradigmático de la pérdida de esta capacidad de acción lo presenta Hannah Arendt con la figura de Adolf Eichmann, de quien afirma que fue un ciudadano fiel cumplidor de la ley

común que se basaba en la palabra del Führer. No en vano Theodor Maunz, en su obra *Gestalt und Recht der Polizei*, afirmó en 1943: “Las órdenes del Führer son el centro indiscutible del presente sistema jurídico”<sup>102</sup>.

Agrega Arendt: “Lo más grave, en el caso Eichmann, era precisamente que hubo muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto que implicaba que este nuevo tipo de delincuente, que en realidad merece la calificación de *hostis generis humani*, comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad”<sup>103</sup>.

Nuestro ejemplo nos lleva a señalar un aspecto preocupante para la vida política de nuestros días gracias a que el funcionamiento del *estado de excepción*, convertido en regla, se desenvuelve del mismo modo que los sistemas totalitarios, en la medida en que no opera sin la guía de la ley ni es arbitrario porque obedece a un conjunto normativo de leyes, aparentemente verosímil por su carácter pragmático, mostrando que, lejos de ser “ilegal”, se remonta a las fuentes de la autoridad última y es más obediente a la fuerza de la necesidad.

El marco legal está hecho para estabilizar los movimientos fluctuantes de los hombres y cuenta con su intervención o aprobación, pero en un *estado de excepción* permanente se suspende el derecho con la promesa de realizar la misma ley, liberándola de toda acción y voluntad humanas y prometiendo la justicia al prometer hacer de la humanidad la encarnación de la

---

<sup>102</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un tratado sobre la banalidad del mal*. Lumen S.A. Barcelona 1999. Trad. Carlos Ribalta. P. 44. 205.

<sup>103</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un tratado sobre la banalidad del mal*. Lumen S.A. Barcelona 1999. Trad. Carlos Ribalta. P. 417.

ley<sup>104</sup>.. Los efectos creados por la ruptura de ese marco legal, como: la agresividad, la guerra, la corrupción y la traición, pueden llegar a encontrar su justificación cuando se les ve como consecuencias, males necesarios, de la puesta en marcha de una ley más representativa para la humanidad.

Si encontramos relación entre la manera como se desenvuelve un *estado de excepción* prolongado con el totalitarismo, se debe a que existe en la base de ambos un elemento que les da forma y del que hacen uso para legitimar sus determinaciones: la ideología. Ésta ordena la realidad en un procedimiento lógico que parte de una premisa axiomáticamente aceptada (como que la necesidad es el fundamento de la ley), de la que deduce todo y procede con la consecuente consistencia que ordena el terreno de la vida política.

La ideología se proyecta sobre la realidad e integra todas las cosas y los sucesos en el sentido unificador que ella vierte sobre el todo; de este modo prepondera la lógica que lo concluye todo a partir de una premisa que no se ha puesto en tela de juicio y de la que no se duda. La ideología piensa lo real como un proceso dado a partir de deducciones, sometiendo todo al procedimiento inmanente de su abarcante lógica y por esta razón, el predominio de la ideología se presenta como algo atractivo por su misma lógica y por la ilusión de salvación, bajo la ficción de una deducción veraz del sentido de todas cosas. La ideología se piensa como la encarnación de la verdad y del movimiento que necesariamente tiene que abolir la oposición, la diversidad de posturas y las situaciones que desbordan lo que se sale de su comprensión para demostrar su carácter infalible y poder así dar las claves del futuro y de la vida de la comunidad.

---

<sup>104</sup> ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004. P. 561-563.

De esta manera, queda al descubierto la transición que se da de la *Ratio legis* a la mera *Voluntas* y el eclipse que efectúa la *Vis obligandi* sobre la *Ratio legis* para expresar efectiva y radicalmente las determinaciones soberanas; la ocultación, ya no el equilibrio de la normatividad entendida como razón, da prioridad a la violencia, a la fuerza de ley que da cabida a la legitimación de la violencia y del terror.

Hoy es común asociar la palabra terror al uso de la violencia por parte de organizaciones que se oponen al poder establecido y al uso de medios de destrucción que expresan la inconformidad con la toma de decisiones de los gobernantes; este tipo de terror siembra la incertidumbre y el miedo, no solo en la clase gobernante, sino en toda la ciudadanía en general.

Sin embargo, este tipo de manifestación no se enmarca dentro del campo de la legalidad o de la normación jurídica y, por esto mismo, se sabe que se puede apelar a una instancia mayor de juicio, tanto legal como moral, que ponga en tela de juicio, que someta y sancione los comportamientos que se dirigen contra la integridad humana y la seguridad de la sociedad. El problema del terror con fuerza de ley, es que actúa dentro de los marcos establecidos por la ley suspendida y, por lo tanto, se muestra como algo legal, como la encarnación de la justicia en la forma de la *Vis obligandi*, como el ángel del juicio que anuncia con su trompeta el momento inexorable del juicio y de la palabra última que debe dar cabida a las exigencias del reino de la necesidad.

Este terror es la legalidad, si la ley es la ley basada en la fuerza de la necesidad, y se desencadena con el fin de suprimir cualquier actuación u oposición libres que se contrapongan a la eliminación de los obstáculos que se presentan ante la voluntad soberana. El terror ubica en el proscenio de la escena política tanto a las víctimas como a los victimarios, como meros personajes que ejecutan el drama ya inspirado de antemano por lo que la necesidad considera el

curso infalible de los hechos. Así, se elimina toda capacidad de juicio subjetivo para que surja lo que es lo *necesario* y *objetivo* ante la legalidad de la necesidad; el ciudadano pretende ser llevado, con esto, a la indistinción entre el hecho y la ficción, entre lo verdadero y lo falso.

Uno de los efectos más evidentes del terror, de la fuerza de ~~ley~~ que valida y da prioridad al uso de la *Vis obligandi* en la vida legal y política de una sociedad, es el miedo y la desconfianza, no solo hacia los mecanismos de poder, que parecen apuntar su maquinaria con toda inquina hacia los individuos, sino a los mismos individuos entre sí que empiezan a verse como posibles detractores, como posibles traicioneros o traicionados del sistema jurídico en curso. El miedo y la desconfianza que minan el campo en el que se desenvuelve la esfera de lo público, en cuanto que eliminan toda capacidad de asociación, al sembrar de cizaña la base de las relaciones humanas, y toda posibilidad de oposición o juicio hacia la legalidad revestida de violencia o, viceversa, la violencia disfrazada de legalidad.

## 12. Consecuencias bio-políticas

Hasta ahora hemos indicado lo que el *estado de excepción* puede llegar a ocasionar en la vida política de los ciudadanos en el ámbito de la esfera pública, es decir, en ese lugar en donde se desenvuelven los asuntos humanos y en donde se pone en juego la libertad del auténtico sujeto que exige y justifica la autoridad política y que supera el espacio de lo meramente individual porque la esfera de lo político es el espacio del aparecer, cifrado en la Acción y la Palabra. Sin embargo, aquí no se detienen las cosas, si avanzamos en nuestra reflexión y la llevamos al plano de la esfera de lo privado, resulta que también suceden transiciones importantes que no debemos dejar pasar sin un examen de la situación.

El uso constante del *estado de excepción* no solo genera trastornos en el funcionamiento de la esfera jurídica, en eso que llamamos la esfera pública del sujeto político, sino que tiende a penetrar en la esfera de lo privado y, en consecuencia, producir una fusión, que no es evidente, entre el derecho y la vida. Cuando abordamos esta cuestión desde esta óptica nos damos cuenta de que, aunque valiosa, fundamental, necesaria e importante, la reflexión desde el polo jurídico no parece suficiente para dar respuesta a la temática, sino que se hace necesaria una reflexión de tipo filosófico, por decirlo de alguna manera, que no esté impregnada de una mentalidad meramente aplicativa.

Es por eso que cabe preguntarse, ¿cómo opera la transición que moldea ya no solamente el espacio del aparecer en público y del actuar en concierto, sino que además también incluye dentro de sí la vida propia del sujeto, aquello que Benjamin llama la nuda vida? Para abordar este cuestionamiento conviene caracterizar, de la mano de Hannah Arendt, la naturaleza y las propiedades de la esfera pública y de la esfera privada para adentrarnos en nuestra reflexión y

tratar de establecer el punto nodal en donde se da la transición que permite la normación de la nuda vida.

En la esfera de lo privado se sucede la realidad biológica del individuo. Es allí donde se desenvuelve naturalmente el reino de la necesidad, entendido como la conservación, la supervivencia de la especie y el mantenimiento de la vida. Esta esfera está determinada por la mera necesidad, y, por esta misma razón, es pre-política; en este espacio los poderes son despóticos e indisputados, aunque las actividades relacionadas con la pura supervivencia permitan aparecer en público<sup>105</sup>.

Por otro lado, en la esfera de lo público se da el espacio de manifestación de la vida cualificada frente a la comunidad política, es por eso que su lugar de desenvolvimiento natural es la *polis* y las operaciones que la caracterizan son la Palabra, que vehicula el lenguaje y expresa las ideas del individuo frente a los demás y la Acción, la praxis, que consiste en el ejercicio de la libertad.

Por consiguiente, uno de los aspectos que más evidencia la diferencia entre una esfera y otra es el uso de la libertad, esa contraposición a la necesidad, a lo dado por la naturaleza, al desenvolvimiento de los procesos que ya no son resultado espontáneo de un dato biológico arrojado en un sujeto, sino al desarrollo de palabras y acciones que surgen del individuo como un asunto elaborado por el pensamiento y la libertad.

De cierta manera, la vida privada expresa lo que Agamben acierta en presentar como la *Zoé*, distinta de la vida vivida en público, *Bios*. Estos dos términos griegos describen a la vida, pero desde dos abordajes distintos. Por un lado, el término *Zoe* significa la vida a secas y, en contraposición con los seres inanimados, comprende a hombres, animales y dioses, como seres

---

<sup>105</sup> ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Paidós. Barcelona. 1993. P. 48.

vivientes; Aristóteles lo relaciona con la proliferación de la vida propia de la naturaleza, el engendrar de los animales y el crecer de las plantas. Esta vida que, a diferencia del movimiento mecánico, se caracteriza por la fuerza del propio movimiento intrínseco y espontáneo.

Por el otro, cuando se habla de *Bios* se hace referencia a la duración de la vida o al tiempo de la vida, pero especialmente se refiere al modo particular de vida del individuo, entendido como un estilo de vida, como una conducta típica que ha de situarse más allá de una época determinada y que coexiste con otras posibilidades de conducta típicas de la vida (Platón. Leyes II, 663 b). En Aristóteles se expresa de una manera especialmente clara la concepción específicamente ética que tenían los griegos de la vida, cuando distingue entre la forma de vida centrada en el disfrute, en la acción o en la política y la vida contemplativa de los filósofos<sup>106</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, se podría enmarcar a la vida como *Zoé* en el ámbito del *oikos*, en el terreno de lo privado, de lo natural, de lo que sucede en la esfera propia de la necesidad; mientras que la vida entendida como *Bios*, la forma particular y cualificada del individuo o del grupo, encuentra su desarrollo en el campo de la polis.

Es posible que, a partir de esta diferencia, Aristóteles describa la distinción entre la expresión de la voz como algo que manifiesta placer o dolor, expresado bajo el término de *phóné*, mientras que el lenguaje articulado, el *logos*, es el vehículo del pensamiento que va en búsqueda del criterio de lo bueno y de lo malo, de lo justo y lo injusto. El fonema *phóné* se encuentra, de este modo, enmarcado dentro de la esfera de lo necesario, entendido como Tomás de Aquino lo expresa en un segundo sentido, es decir como algo que hace falta para suplir una necesidad, una carencia o una insuficiencia, mientras que el término *logos* encuentra su lugar de acción en el terreno de la libertad, de la esfera pública.

---

<sup>106</sup> LOTHAR, COENEN, BEYREUTHER, BIETENHARD. *Diccionario teológico del Nuevo Testamento*. Ediciones Sígueme. Salamanca. 1994. P. 354-361.

Yendo un poco más allá, podemos entablar un vínculo entre la vida política, que se diferencia de la del resto de los vivientes porque se funda sobre una comunidad que discierne sobre el bien y el mal, sobre lo justo y lo injusto y no simplemente sobre lo placentero y doloroso. El modo de expresión de la política es entonces el *logos*. En consecuencia, la manera característica que manifiesta la vida del *oikos* debe ser la *phóné*, esa manera de expresión, por medio de la voz, del placer y el dolor que muestra los estímulos que deleitan o repelen al sujeto y que no van más allá de su experiencia inmediata.

Entonces encontramos dos dimensiones que en principio son claras y distintas la una de la otra y no parecen tener una relación directa más que la de la presuposición de la naturalización del sujeto como condición para su aparición en público y su consecuente participación política. No existe un vínculo sustancial evidente entre estas dos dimensiones, la privada y la pública. Entonces ¿de dónde nace el vínculo que va más allá del espacio público y penetra en lo que, por naturaleza, no es político en el sentido griego del término? ¿Puede ser este vínculo el origen de una tercera paradoja?

Me siento inclinado a pensar que una de las claves para entender esta transición la descifró Foucault al analizar el giro que sufrió la soberanía en la modernidad. Este giro se cifra en que el manejo del poder pasó de ser una técnica de disciplina del cuerpo, del hombre sujeto, a una técnica sobre el hombre especie y sus procesos biológicos.

En efecto, el poder pre-moderno se desenvolvía en la dinámica de *dejar vivir* y *hacer morir*. Esto es, en la facultad del soberano por permitir que los súbditos siguieran viviendo o condenarlos a su muerte, ya sea por condena directa o por enviarlos a que entreguen su vida en la guerra. Este uso del poder recae directamente sobre el cuerpo, sobre el organismo, por medio de los mecanismos disciplinarios que establecen las instituciones con el objetivo de normalizar a los

hombres bajo una regla que permita su control y manejo, consiste en la subjetivación del individuo para vincular la identidad y la consciencia a un poder de control exterior.

Por otro lado, el poder moderno va más allá y hace uso de la norma apuntando al control de la población, al control de sus procesos biológicos; este poder utiliza los mecanismos del control del Estado con el objetivo de normar la vida de la población, de normalizar la vida natural de los individuos, o sea recontrolar tanto su natalidad como sus niveles de mortandad, a mi modo de ver, para tener una clase obrera mucho más productiva y funcional durante los procesos productivos de la vida. A esto último Foucault lo llama el bio-poder y consiste en la transición hacia la vida por parte de la soberanía como un ejercicio del poder sobre el hombre en cuanto ser viviente.

El gozne que manifiesta la transición de la comprensión de la soberanía pre-moderna a una moderna, en cuanto a su uso de las técnicas de poder, se traduce en que el trabajo de la soberanía consistía en *dejar vivir y hacer morir*, pero en la modernidad asumió el rol de *hacer vivir y dejar morir*; es así que el poder que se encargaba de la disciplina del cuerpo, una disciplina individualizadora, pasó a preocuparse por el hombre vivo como ser viviente, como especie. “En efecto, la preocupación del poder por la proporción de nacimientos y defunciones, la tasa de reproducción y la fecundidad de una población, por medio de las mediciones estadísticas, hacen pensar en la transición del biopoder hacia un terreno que ya no compete el campo meramente público del hombre individuo, sino el campo privado del hombre especie”<sup>107</sup>.

El terreno de lo privado, el mundo de la necesidad, el resguardo de lo oculto a lo público y, por naturaleza, el mundo de lo pre-político, pasó a ser un terreno de cálculos, de planeación política, que en principio, no estaría destinado sino al campo del actuar en público y al reino de

---

<sup>107</sup> FOUCAULT, Michel. *Hay que defender la sociedad*. Clase del 17 de marzo de 1976. P. 206. 208.

la libertad. Este giro no deja de sorprendernos y es seguramente por esta razón por la que Foucault continúa diciendo, en esta línea, que uno de los fenómenos del siglo XIX *“fue y es lo que podríamos llamar la consideración de la vida por parte del poder; [...] un ejercicio del poder sobre el hombre en cuanto ser viviente, una especie de estatización de los biológico”*<sup>108</sup>.

Así, el Estado, por medio de esta técnica moderna de poder, ya no solo utiliza sus procedimientos con el objetivo de distribuir el espacio de los cuerpos individuales, su separación, alimento, puesta en serie y vigilancia, sino que además pone en evidencia su organización en el campo de la visibilidad, de lo público.

De esta manera surge el término de la bio-política, como una disciplina del poder que tiene que ver con la población como problema político, *como problema a la vez científico y político, como problema biológico y a la vez problema de poder*. Entonces la diferencia entre la soberanía pre-moderna y la bio-política consiste en que mientras que la observancia del cuerpo implica ver al hombre como organismo, sujeto a disciplina y a instituciones que aseguren la observancia de los mecanismos de esa misma disciplina, el bio-poder norma los procesos biológicos, los mecanismos regulizadores a partir del Estado<sup>109</sup>.

En la comprensión de la soberanía que hace uso de las técnicas del bio-poder se evidencia la referencia a un sustrato natural, a un principio sustancial, resistente y subyacente a cualquier abstracción, o construcción, de carácter institucional; es por eso que desde esta marcada transición de la técnica del poder, la base del actuar político ya no se traduce en los términos de lo público y mucho menos del ámbito de la libertad, sino en el de lo biológico y de lo necesario; y es indiscutible que una vida en sociedad construida directamente sobre el dato

---

<sup>108</sup> Ibid. P. 205.

<sup>109</sup> Ibid. P. 210. 218.

biológico está siempre expuesta al riesgo de subordinar violentamente la vida, en su aspecto tanto general como específico de hecho biológico, a la política<sup>110</sup>

Es por esta razón por la que la modernidad resulta ser el lugar de tránsito y de ese viraje que aborda a la política no como una construcción basada en las libertades de los sujetos y en su participación en la esfera de los asuntos humanos, en la esfera del lenguaje articulado en *logos*, en la esfera de lo público, sino como una construcción que subsume dentro de sí la planeación, el control y el manejo de la vida misma, vista como dato biológico. .

Durante un largo período, digamos pre-moderno, se planteaba la relación entre lo político y la vida de una manera indirecta, mediada por categorías que lo filtraban y lo hacían funcionar, pero a partir de la inclusión de la vida dentro de lo político, la defensa que pudo existir para traducir la política a la vida, se rompe y la vida entra directamente en los mecanismos y dispositivos del gobierno de los hombres; es por esto que, a partir de ese momento, la vida entra en el poder en toda su extensión, articulación y duración y, con esto, la relación entre vida y política, entre vida y derecho, se introduce en una dimensión que, por un lado, la determina y, por el otro, la excede<sup>111</sup>.

Es así como surge una tercera paradoja que vale la pena anotar aquí y es la de la indistinción originaria que surge a partir de la inclusión de la vida en la política y en el derecho. Ya hemos enfrentado una de las paradojas que presenta el *estado de excepción*, que no conserva ni establece el derecho sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él, sin embargo las cosas no se detienen ahí. Existe otro lugar en donde dos elementos, en principio distintos, se encuentran y se difuminan en el modo en como se determinan y diferencian a la vez.

---

<sup>110</sup> ESPOSITO, Roberto. *Bios, biopolítica y filosofía*. Amorrurtu editores. Buenos Aires- Madrid. P. 31. 45.

<sup>111</sup> ESPOSITO, Roberto. *Bios, biopolítica y filosofía*. Amorrurtu editores. Buenos Aires- Madrid. P. 23-73.

La paradoja que se sigue de esta incursión de la vida en la planeación de las técnicas de control del bio-poder se cifra en la caracterización que Agamben hace de ella y es que la modernidad presenta, como nota distintiva de su forma política, la exclusión inclusiva de la *Zoe* en la Polis porque, aunque ya habían estado relacionadas anteriormente de manera velada e indirecta, ahora la *Zoe* se convierte en el objeto inminente de los cálculos y previsiones del poder estatal.

En esto consiste justamente la paradoja, en esa inclusión de la esfera de lo netamente privado a la esfera pública, en el ingreso de la *Zoé* en la esfera de la polis y la consecuente politización del dato biológico, de lo necesario que tiene su lugar propio en lo oculto, en la nuda vida como tal; este hecho constituye el acontecimiento decisivo de la modernidad, que marca una transformación radical de las categorías político-filosóficas del pensamiento clásico<sup>112</sup>.

El lugar paradójico por excelencia de este hecho consiste en que el mundo oculto, de lo necesario, se vuelve el cálculo de la esfera política que, si bien necesita de lo biológico como presupuesto de su puesta en marcha, no constituye el lugar propio y original de su acción, que se fundamenta más bien en la esfera de la libertad, en la esfera de los asuntos públicos. Es por esta razón por la que podemos observar el abordaje de la política con serias implicaciones que manifiestan una relación no convencional de los modos concretos en que el poder penetra en el cuerpo mismo de los sujetos y en sus formas de vida.

De este modo, Agamben nos descubre una proposición impactante y es que las implicaciones de la nuda vida en la esfera política constituyen el núcleo originario –aunque oculto– del poder soberano, la naturaleza no es solo su origen y materia prima sino su única referencia regulativa. “La novedad de la bio-política moderna es, en rigor, que el dato biológico es, como tal, inmediatamente político y viceversa”. El carácter bio-político de la autoridad consiste en que la

---

<sup>112</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 13.

norma puede aplicarse al caso normal y puede ser suspendido sin anular integralmente el orden jurídico porque, en la forma de *Auctoritas* o de la decisión soberana, se refiere inmediatamente a la vida, surge de ella<sup>113</sup>.

Llegamos así al núcleo fundamental de la bio-política propiamente y es que ésta radica en el poder que ejerce el Estado frente a la vida, en la relación íntima que hace surgir entre política y vida y de la que resulta la politización total de todo, incluso de las realidades que se muestran como las más neutrales a nuestra apariencia<sup>114</sup>.

La aportación fundamental del moderno poder soberano viene a ser, entonces, la producción de la nuda vida como elemento político original y como umbral de articulación entre naturaleza y cultura, *zōé* y *bíos*. La soberanía se presenta como el alistamiento del estado de naturaleza en la sociedad o como un umbral de indiferencia entre violencia y ley, que hace esa fusión constante entre *Ratio legis* y *Vis obligandi*, y es propiamente esta indistinción la que constituye la violencia soberana específica. De aquí se desprende que el rol del soberano ya no se enmarca en la decisión sobre lo lícito y lo ilícito, sino sobre la implicación originaria de la vida en la esfera del derecho o “sobre la estructura normal de las relaciones de vida”.

Esto quiere decir que el uso de esa tensión entre *Ratio legis* y *Vis obligandi*, unidas en una inclusión excluyente por medio del *estado de excepción*, es la herramienta que permite a la soberanía, portadora del peso de la ley, la decisión sobre la nuda vida, la fusión del *Nomos* y la *Physis* en la constitución de lo político, la naturalización de lo político en lo biológico. “Es una

---

<sup>113</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 113.124.

<sup>114</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia: Pre-textos, 2003. P.15-16: “La presente investigación se refiere a ese punto oculto en que confluyen el modelo jurídico-institucional y el modelo bio-político del poder. Uno de los posibles resultados que arroja es, precisamente, que esos dos análisis no pueden separarse y que las implicaciones de la *nuda vida* en la esfera política constituyen el núcleo originario –aunque oculto- del poder soberano”.

porción de territorio que se sitúa fuera del orden jurídico normal, pero no por eso es simplemente un espacio exterior. Lo que en él se excluye, es, según el significado etimológico del término excepción, “sacado fuera”, incluido por medio de la propia exclusión”<sup>115</sup>.

En efecto, el soberano liga el *Nomos* que, en un principio obedece a lo convencional y fabricado por el consenso entre las personas (digamos que ligado más a la esfera pública) al estado de naturaleza, *Physis*, al estado de necesidad de la esfera privada en donde pesa más lo otorgado por la naturaleza sin mayor intervención del hombre en un proceso en el que la intervención del hombre casi que se limita a realizar lo señalado por el orden de las cosas que ya cuentan con leyes establecidas por el orden cósmico.

En esta línea de pensamiento, el derecho mismo busca inscribir dentro de sí a la nuda vida en el orden natural del derecho y del destino por medio de la exclusión inclusiva de la excepción; y es justamente por esta pretensión que la excepción, enmarcada en el decisionismo, es la estructura originaria en que el derecho se refiere a la vida y la incluye en él por medio de la propia suspensión.

La manera como opera la soberanía de excepción, que se ubica tanto fuera como dentro de la ley, hace que se incluya cualquier hecho en el orden jurídico por medio de su exclusión incluyente, particularmente a la vida como centro del cálculo de las medidas estatales; y esta trasgresión hace indistinguible el hecho del derecho porque hace que la vida se vea ligada al campo del derecho, a través de una inclusión que justamente se contrapone a la naturaleza de ambos elementos y por lo tanto crea eso que hemos llamado la exclusión inclusiva de la nuda vida dentro del ámbito jurídico.

---

<sup>115</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Pretextos*. Valencia. 2004. P. 112.

Semejante relación nos pone de presente que el *estado de excepción* y el estado de naturaleza se convierten en co-principios de una única realidad, de un lugar común en el que se relacionan excluyéndose, pero encerradas en una misma figura. Por esta razón, el *estado de excepción* ya no es una suspensión espacio-temporal, un *momentum* en el sentido tomista del término, sino una figura topológica compleja en que no sólo la excepción es la regla, sino en que también el estado de naturaleza y el derecho, el hecho y lo jurídico, produce la intromisión de los principios biológico-científicos en el orden político.

Es por eso que la bio-política trata siempre de redefinir el umbral que articula lo que está dentro y fuera de la vida; sin embargo, en esto estriba el carácter bio-político de la autoridad, en que la norma puede aplicarse al caso normal y puede ser suspendida sin anular integralmente el orden jurídico porque, en la forma de autoridad o de decisión soberana, se refiere inmediatamente a la vida, surge de ella. Semejante simbiosis entre violencia y derecho, entre norma y vida, impide ver que no hay ninguna articulación substancial entre ellas, sino una indiscernibilidad amenazante que instituye y establece, que desactiva y suprime tanto el derecho como la vida, tanto la anomia como las normas; es decir, es una fusión eficaz, pero ficticia, que hace coincidir en la máquina bio-política toda distinción entre vida y derecho, anomia y norma, *Auctoritas* y *Potestas*<sup>116</sup>.

El *estado de excepción* es, en este sentido, más que una forma legal que no puede tener forma legal, como una realidad de significado inmediatamente bio-político en el que el derecho incluye en sí al viviente por medio de su propia suspensión y esto porque en un *estado de*

---

<sup>116</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción. Pretextos*. Valencia. 2004. P. 114.

*excepción* la posibilidad de crear seres jurídicos innombrables e incalificables, desde el punto de vista legal y su consecuente efecto en la vida social y política, queda abierta<sup>117</sup>.

Hemos visto que la paradoja de la soberanía hace evidente que el soberano se encuentra dentro y fuera de la ley en una relación que no es excluyente del todo y que hace que su decisión sea determinante para la estructuración del sistema jurídico y sus respectivas consecuencias políticas; la asimilación de dos fenómenos como el *Bíos* y la *Zoé*, en un solo orden nos muestra a un Estado moderno que planea sus determinaciones incluyendo a la nuda vida dentro de la planeación y la estructuración de lo político; la paradoja de la ley, como *Ratio legis* y *Vis obligandi*, englobadas en la figura jurídico política del *estado de excepción*, hace que la cara de la obligación asuma la forma de la ley de manera violenta, una violencia legal, de algún modo calculada y jamás desvinculada del derecho. Es por eso que la violencia que se da en el *estado de excepción* no es una violencia que establece o conserva llanamente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él.

Es por esta razón que podemos identificar en el soberano el punto de indiferencia entre violencia y derecho, el umbral en que la violencia se hace derecho y el derecho violencia, una violencia que, en últimas, está calculada para ser proyectada sobre la nuda vida del sujeto. El soberano se constituye, pues, en la bisagra que nos permite vislumbrar que el derecho no disuelve o deshace la guerra, sino que la guerra emplea el derecho para las relaciones de fuerza que ella define<sup>118</sup>.

Existe, entonces, una relación dialéctica entre la violencia que establece el derecho y la que lo conserva, siendo la decisión soberana el medio que opera el paso de la una a la otra. La función

---

<sup>117</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Pretextos. Valencia. 2004.

<sup>118</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 40-51. 153-154.

de esta violencia en la creación jurídica consiste en atacar como criminalidad, por medio de la violencia, lo que es instaurado por el derecho mismo.

El nexo que vincula tanto a la decisión soberana, presentada principalmente con la cara de la *Vis obligandi* y cifrada en el *estado de excepción*, es principalmente la nuda vida y hace de ella el objeto central del conflicto político; es este el carácter bio-político del *estado de excepción*, esa inscripción primaria de la vida en el orden estatal, esa unión de la vida y la política que estaban divididas en su origen y que son vinculadas por una figura que ahora supera el ámbito de lo jurídico y aborda el terreno de la nuda vida, convirtiendo a los cuerpos en los individuos que forman el nuevo cuerpo político de Occidente.

Y detrás de este conjunto, de alguna forma anómico, se puede descubrir la figura del rey como soberano viviente que tiene en sí mismo la fuerza de la ley sin norma que actúa como inclusión de la vida en la ley. Debido a esto, se me hace inevitable traer a la memoria a la Alemania Nazi en cuyos campos de concentración no había otra ley que la palabra del Führer. En este sentido, la soberanía de excepción completaría el adagio de la antigüedad, *summa lex, summa iniuria*, con la macabra sentencia *nulla lex, atque summa iniuria*.

Desde esta perspectiva apunta lapidariamente Agamben que *el campo de concentración es el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en regla*<sup>119</sup> porque, aunque permanezca siempre fuera del orden jurídico normal, puesto que siempre estuvo al margen tanto del derecho penal como penitenciario, se constituye a sí mismo como la única ley a seguir y a la única a la que se debe estar dispuesto a obedecer; es la estructura en la que el *estado de excepción* se realiza normalmente. El *estado de excepción* es un espacio vacío, una zona de anomia en las

---

<sup>119</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 215.

determinaciones jurídicas que trae consigo la indistinción entre lo privado y lo público, la incursión de la nuda vida en un espacio político, esto es, la politización de la nuda vida.

Hannah Arendt ya nos ha ilustrado que este fenómeno resulta terriblemente inédito y nada inofensivo pues la ulterior consecuencia de este modo de establecer la legalidad, promovida por un gobierno que apela constantemente al *estado de excepción*, es que no opera sin la guía de la ley ni es arbitrario, sino que afirma que obedece estrictamente a aquellas leyes de la Naturaleza o de la Historia de las que supuestamente preceden todas las leyes positivas. Es decir, la ley positiva se difumina y, con esto, se legitima a la necesidad en cualquiera de sus formas, que determina la vida del sujeto; esto quiere decir que una soberanía de excepción, lejos de ser “ilegal”, se remonta a las fuentes de la autoridad última, que lejos de ser arbitraria, es más obediente a las fuerzas de la necesidad<sup>120</sup>.

Pero ¿cuál es esa fuente de autoridad última? Hemos dicho que la trasposición de la ley positiva se remite a la necesidad como una fuente mucho más certera de realización de la vida humana porque la enmarca en un trasfondo mucho más amplio y éste es el la Naturaleza y el de la Historia, que, en definitiva, se cristalizan en la ley del movimiento y ofrecen el cumplimiento del sentido de la vida humana en un orden que asegure la sumisión de la particularidad dentro de un esquema o proyecto que se dirija con drástica firmeza hacia la unidad, hacia un sentido que no depende de la fluctuante voluntad humana.

Por eso la criminalidad y la violencia que se siguen en un *estado de excepción* permanente no son el fruto de los particulares brotes de fanatismo frenético y espontáneo de un sujeto o de otro, sino de la disolución del *consensus iuris*, ese conjunto de leyes positivas que permiten estabilizar la constante dinámica del hombre, y de la puesta en escena de una promesa que pretende

---

<sup>120</sup> ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004. P. 561.

liberar a la ley de cualquier intervención voluntaria, potencialmente peligrosa, del hombre y se presenta como el torrente que ofrece hacer de la humanidad la misma encarnación de la ley; es así que el término “ley” sufre una embriagante metamorfosis que le hace pasar de ser el marco de estabilidad, dentro del que tienen lugar las acciones y los movimientos humanos, a una expresión del movimiento mismo, que arrastra tras de sí todo el caudal de la vida política y social.

Arendt nos señala, además, el extremo de las consecuencias que trae el abyecto reemplazo de las leyes positivas por el gobierno de la necesidad. Allí, el vacío de leyes positivas que regulen la vida jurídica de las sociedades es ocupado por el gobierno de la mera necesidad, ley de la Historia y la Naturaleza, cristalizadas en la ley del movimiento, que se constituye en juez implacable frente a las diversas manifestaciones voluntarias de los hombres y hace del terror la esencia del gobierno de un extremo *estado de excepción*. Dicho de otro modo, la ley del movimiento, que encuentra su fundamento en la necesidad, se desenvuelve de tal manera que arrastra consigo al individuo que se le presente como alguna suerte de oposición; la oposición es suprimida por el terror que, tanto interna como externamente, reemplaza el lugar de la acción.

En toda esta dinámica, es el terror el que se transforma en el engranaje en el que desenvuelve el desarrollo de la vida social, el juez del tribunal de las decisiones del soberano; tras este pasaje dramático, el terror se hace legal cuando la ley de excepción constituye a la necesidad en la fuerza que guía los procesos políticos del sujeto<sup>121</sup>.

Es por eso que la cuestión de los hechos y del derecho, en el *estado de excepción*, también se difumina porque lo que es legal o ilegal ya no tiene importancia allí y seguramente es por eso

---

<sup>121</sup> ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004. P. 562-564.

que Agamben afirma que el campo de concentración es, en este sentido, el paradigma biopolítico en donde el *homo sacer* se convierte en ciudadano y donde se subsume a la vida natural bajo la decisión natural.

Por eso considero importante reafirmar que una de las fuentes primeras que justifica esta herramienta jurídica consiste en tomar a la necesidad como fuente jurídica ordinaria y aceptar acríticamente el ejercicio de un derecho del Estado para la propia defensa o recuperación de un estado originario pleronomático, que goza de toda plenitud, un aspecto que Tomás de Aquino diferencia cuando afirma que el caso de “*necessitas non habet legem*” es algo que no puede ser tomado como norma porque justamente la excepción confirma la regla y que un Estado construido sobre la mera necesidad negaría la libertad de los individuos y, diríamos nosotros, la capacidad de actuar auténticamente sin estar sujetos a condicionamientos de tipo biologicista u organicista.

Resulta paradójico pensar que la politización de la nuda vida no se ha dado repentinamente, sino a partir de un proceso de transformación que ha inscrito previamente a la vida, a los derechos y a las libertades, en el orden estatal y que, a su vez, han dado fundamento al poder soberano sobre la vida misma.

Si bien en un período pre-moderno la soberanía no influía sobre la vida sino de una manera indirecta y velada, la pretensión del tercer estado de incluir la libertad y la vida en el orden político, buscando su independencia en un principio, hizo que posteriormente se ligaran esas dos realidades de naturaleza diferente en una asociación compleja e inédita.

Esto quiere decir que las declaraciones de derechos representan la figura originaria de la inscripción de la vida natural en el orden jurídico-político del Estado-Nación. Esa nuda vida que, en el antiguo régimen, era políticamente indiferente y pertenecía, en tanto que vida

creatural, a Dios, y en el mundo clásico se distinguía claramente –al menos en apariencia- en su condición de *zōé* de la vida política (*bíos*), pasa ahora al primer plano de la estructura del Estado y se convierte incluso en el fundamento terreno de su legitimidad y de su soberanía. Como si la nuda vida cayera presa de una trampa que le atrapó ofreciéndole el beneficio de asegurar la propia vida en términos de jurisprudencia y dejándola encerrada, pero excluida, en su politización.

En Agamben, la reivindicación de la nuda vida conduce, en las democracias burguesas, a la primacía de lo individual sobre lo colectivo, y, en los estados totalitarios, se convierte en el poder político decisivo y el lugar fundamental de las decisiones soberanas. Lo que está en juego aquí es la inclusión de la nuda vida en el contexto de la política y la determinación de la organización más eficiente que asegura el cuidado, el control y disfrute de esa nuda vida.

Como efecto de esta inclusión de la esfera privada en el ámbito de lo público se desplazan y amplían progresivamente las decisiones de la soberanía sobre la nuda vida borrando los límites de zonas diferenciadas en el campo social; la intromisión de los principio biológicos y científicos en el ámbito político, propios de la bio-política, de la posterior tanato-política y de la constitución del campo de concentración como absoluto e insuperado espacio bio-político de la modernidad, consiste en permitir que el soberano actúe en relación simbiótica con el jurista, el médico, el científico, el sacerdote, etc.

No obstante, la reflexión que se ha hecho, en parte de la mano de Tomás de Aquino, nos lleva a pensar que esta relación no parece constituir una articulación adecuada entre *Zoe* y *Bios*, voz y lenguaje, entre nuda vida y orden jurídico en donde la nuda vida ha quedado presa en la forma de excepción, o sea ha quedado incluida, por medio de la exclusión, en la esfera pública; podemos vislumbrar que la articulación substancial, que pretende plantear la bio-política en su

modo de operar, entre violencia y derecho, entre vida y norma no existe, como tampoco la fusión entre *Physis* y *Nomos* que ya hemos señalado.<sup>122</sup>

Desde el punto de vista medieval, es decir desde la óptica que mantiene una clara división entre la excepción y la norma y un equilibrio entre la *Ratio legis* y la *Vis obligandi*, la propuesta política traída ya al siglo XXI, se cifraría en la búsqueda de una política en la que la nuda vida no quede presa, en su forma de excepción, en el orden estatal y que, más bien, sea figura auténtica de los derechos del hombre, no como una forma de aprisionamiento velado al orden estatal, sino como una inclusión que contenga la defensa que se pretendía con la declaración primaria de los derechos del hombre y del ciudadano<sup>123</sup>.

En contraposición a este umbral de indiscernibilidad o zona de indiferencia en donde lo interno y lo externo no se excluyen sino que se establecen indeterminándose a sí mismos, nuestra propuesta se traduce en mostrar el derecho en su no-relación con la vida y la vida en su no-relación con el derecho; esto trae consigo el propósito de abrir entre uno y otra un espacio para la auténtica acción humana, que en un tiempo reclamaba para sí el nombre de política. Esto quiere decir que el espacio de la acción política no debe ser aprisionado por el derecho ni coartado en su libre fluir, son que debe permitir el desarrollo de los individuos, que son quienes están llamados a determinar su propio desarrollo jurídico, ético y político.

En este sentido, no puede existir la vida, primero, como dato biológico natural y la anomia como estado de naturaleza y, después, su implicación en el derecho mediante el *estado de excepción*. Esta implicación de la vida misma, en su forma de nuda vida, en el orden jurídico sin

---

<sup>122</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 126.

<sup>123</sup> AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006. P. 14-15.

ninguna barrera que la proteja es justamente el síntoma que señalamos como desastroso para el desarrollo del sujeto en la vida social. “*En contraste con esto, la posibilidad misma de distinguir vida y derecho, anomia y nomos, coincide con su articulación en la maquinaria bio-política; es por esta razón que mostrar el derecho en su no relación con la vida y la vida en su no relación con el derecho significa abrir entre uno y otra un espacio para esa acción humana*”<sup>124</sup>.

De las consideraciones precedentes se desprende, entonces, que es importante considerar a la auténtica acción política como la acción que corta el nexo entre violencia y derecho, la praxis humana que las potencias del derecho y del mito habían tratado de capturar en el *estado de excepción*; la acción humana es capaz de irrumpir en lo establecido, que es espontánea y permite crear algo nuevo, traer al mundo una realidad más cercana a la propia condición humana, más cercana a la realización de la propia autonomía del sujeto.

Como efecto de esta inclusión de la esfera privada en el ámbito de lo público se desplazan y amplían progresivamente las decisiones de la soberanía sobre la nuda vida borrando los límites de zonas diferenciadas en el campo social, hecho que permite, además de lo ya dicho, que el soberano actúe en relación simbiótica con el jurista, el médico, el científico, el sacerdote, etc.

En esto consiste la intromisión de los principios biológicos y científicos en el ámbito político propio de la bio-política, de la posterior política hecha con el objetivo de crear y planificar la muerte de una población específica, la tanato-política, y de la constitución del campo de concentración como absoluto e insuperado espacio bio-político de la modernidad.

Abolir las barreras de las leyes entre los hombres –como hace la tiranía– significa arrebatarse el libre albedrío y destruir la libertad como una realidad política viva<sup>125</sup>. Se hace, entonces,

---

<sup>124</sup> PATRICIO IGNACIO CARVAJAL. *Revista chilena de derecho*. vol. 33 N° 1, pp. 197 - 205

<sup>125</sup> ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004. P. 565.

necesario pensar a la vida y a la acción humana en un campo referencial que las ubique en su no relación con el derecho, un campo que permita la diferenciación entre *Bios* y *Zoé* y una auténtica realización del poder, que es la condición que permite a un grupo de personas pensar y actuar en términos de categorías medios-fines<sup>126</sup>.

---

<sup>126</sup> ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Alianza. 1969. P. 71.

### 13. El campo de la acción

El moderno *estado de excepción* permanente plantea fundamentalmente la creación de un espacio vacío, en el que una acción humana sin relación con el derecho, se ubica frente a una norma sin relación con la vida, pero ligada a ella<sup>127</sup>. Como consecuencia de lo anterior, la acción humana queda limitada en un campo que no permite su espontaneidad porque ni siquiera le da un lugar en el que pueda llegar a desplegarse.

Pero en la constitución de este campo referencial que relaciona a la vida con el derecho, y que la deja hipotecada en la fusión indiscernible entre *Physis* y *Nomos*, se hace necesario traer a la escena a la acción humana auténtica que está llamada a hacerse presente en un espacio vivo de libertad, que está constituido por el gobierno de una ley que no esté supeditada al decisionismo del soberano, que encierra dentro de su decisión tanto a la *Ratio legis* como a la *Vis obligandi*.

Bien caracteriza Arendt, en el último capítulo de *Los orígenes del totalitarismo*, a la acción humana como un nuevo comienzo, un nacimiento, algo que surge de modo inesperado para infundir nuevas convicciones diferentes a las ya dadas de antemano por un mundo establecido y entregado a los hombres.

La acción en sí misma es sorpresiva y siempre se ubica en una constante irrupción en lo fijo, la auténtica acción rompe la constante fija que reina en los procesos de elaboración, producción, manutención de la vida y mejoramiento de la técnica humana; ella devela el engañoso vínculo que hace el *estado de excepción* entre nuda vida y derecho, entre *Zoe* y *Bios*, al contraponer la irrupción de la verdadera libertad a la politización de la vida porque demuestra la tensión existente entre la vida misma y la pretensión del soberano de absorberla ya sea para encerrar a la nuda vida en el orden estatal o para entender a la política como un régimen organizado por

---

<sup>127</sup> PATRICIO IGNACIO CARVAJAL. *Revista chilena de derecho*. vol. 33 N° 1, pp. 197 - 205

el que decide y que, a su vez, garantiza la obediencia de los que no lo hacen, sino que solo obedecen.

El *estado de excepción*, al abstraer los principios de su *modus operandi* de la naturaleza y la historia misma, se piensa a sí mismo como el camino verdadero, de cierta forma con un matiz mesiánico, que los hombres deben seguir para realizar el sentido cósmico del universo y, como consecuencia, resulta este orden en el que se apresura a la nuda vida en el orden estatal, que encierra a la acción, espontánea y libre por su misma naturaleza, en el mundo de la necesidad; es decir, busca vincular la acción del hombre a una manera ya consolidada y fija, libre de la dependencia de la fragilidad de la acción misma.

En este sentido se puede hablar de otra paradoja por descubrir, y con ésta la última, la paradoja de la acción, que consiste en disolver la frontera entre la acción libre y la acción motivada o, si se quiere, informada por la necesidad.

El asunto es que uno de los efectos que trae el *estado de excepción* permanente para la acción se cifra en que éste abre un espacio anómico en donde se presenta la tendencia a igualar los actos libres a los actos determinados por la necesidad y, de esta manera, borrar el espacio de libertad que crea la inédita acción auténtica. Una acción que no esté limitada por el derecho, pero que presupone una situación de estabilidad jurídica que permita la puesta en marcha de la espontaneidad del individuo, la espontaneidad de la libertad.

Esta fusión, que opera veladamente en el *estado de excepción* prolongado y tomado como forma de gobierno constante, nos resulta macabra porque, a costa de la reducción de la propia determinación en la acción, la definición de los actos políticos se ve formada por la necesidad, por el régimen de la fuerza, de la *Vis obligandi*, que de alguna forma se encarna en el individuo,

en el ciudadano y por esta razón se muestra como ilegítima ya que en últimas lo que hace es destrozarse la capacidad de la verdadera acción del sujeto político.

El *estado de excepción*, con su tendencia a priorizar la *Vis obligandi* sobre la *Ratio legis*, a consentir posiciones de sujeción en las que el ciudadano se ve reducido a ser un mero depositario de órdenes estatales y su consecuente difuminación del legítimo derecho a pedir cuentas o de oponerse a las medidas del Estado, denota un tipo de autoridad que santo Tomás señalaría como despótica y no política ni real.

Una fusión que revela la *contradictio in terminis* entre el acto hecho por necesidad y el hecho por libertad ya que la paradoja que descubrimos consiste en que la acción de lo que hemos llamado la esfera pública tiene la connotación de que es libre, es política, mientras que los actos humanos se desarrollan en la esfera de lo privado, en el reino de lo despótico; justamente la mezcla de estos dos principios de acción opuestos borra la nitidez de la distinción primera sobre los actos.

Este régimen de la fuerza determina incluso el propio juicio, la conducta de los ciudadanos, la manera en como se toman las decisiones y la ejecución de las acciones, de las determinaciones estatales y, con todo esto, las mentes de los ciudadanos. O como mejor lo expresa Arendt cuando afirma que el propósito de la educación totalitaria nunca ha sido infundir convicciones, sino destruir la capacidad para formar alguna<sup>128</sup>.

El resultado de esta fusión conduce inexorablemente a la realización de actos vacíos que son la expresión de ideas nacidas al interior de un Estado basado en la decisión soberana en donde el derecho se confunde con la violencia. Los actos se convierten en la *Vis obligandi* operando en

---

<sup>128</sup> <sup>128</sup> ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004. P. 567.

los sujetos y tal hecho se traduce en la banalidad en la que caen los actos llevados a cabo por los sujetos, contrarios a una auténtica forma de actuar política.

El ímpetu con que abraza el *estado de excepción* a la acción para minimizarla se evidencia en el caso Eichmann, un hombre normal que perdió su capacidad de actuar por sí mismo y se vio abocado a obedecer lo que la ley misma le determinaba hacer y discernir como bueno o malo; lo terrible del asunto es que hubo muchos hombres como él que no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Justamente el efecto de perder la capacidad de acción es la causa de que se cometan delitos en circunstancias que casi le impiden a las personas saber o intuir que realiza actos de maldad<sup>129</sup>.

El rol del sujeto político, en el *estado de excepción*, se caracteriza por su tendencia a asumir un papel pasivo frente a las determinaciones del Estado, ajeno a una auténtica deliberación sobre sus propias leyes y a una actuación que manifieste algún protagonismo en la constitución de su espacio político.

Contrario a esto, nuestra intención se cifra en la búsqueda de un espacio en donde pueda nacer la acción libre, un espacio que no esté determinado por la decisión de uno solo, que no desvincule al soberano del cumplimiento de la ley, que no fusione los dos principios de la ley, *Ratio legis* y *Vis obligandi*, en una decisión que conduzca a la fuerza ley; que no entienda la vida política como una simple relación de sujeción en donde uno manda y los otros obedecen, que no aplaque y reduzca la libertad a una realidad vinculada directa y exclusivamente al mundo de la necesidad; que no fusione las diversas realidades de *physis* y *nomos* en un espacio en donde la vida quede hipotecada al derecho y sea afirmada en su nulidad. En últimas, estamos

---

<sup>129</sup> ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un tratado sobre la banalidad del mal*. Lumen S.A. Barcelona 1999. Trad. Carlos Ribalta. P. 417.

llamados a la reflexión y construcción de un espacio en donde se despliegue la libertad, que entienda al pueblo como un sujeto colectivo que delibera y actúa.

## 14. Conclusiones

· Encontramos un principio dual existente en la formulación tradicional de Occidente acerca de la ley, a saber: la *Ratio legis* y la *Vis obligandi*. La razón de la ley y su fuerza obligatoria que determinan, por un lado, la racionalidad del derecho y, por otro, la garantía de su cumplimiento, por el matiz obligatorio que encierra. Estos han sido los co-principios bajo los cuales se contempla la ley en una corriente racionalista en Occidente.

La tradición antigua y medieval buscaba mantener en su reflexión la prioridad del principio racional que supedita el elemento obligatorio y, Tomás de Aquino, basado en las compilaciones jurídicas existentes y el ejemplo de las instituciones romanas y hebreas, comprende que la separación de estos principios trae problemas para la ordenación social y política; nuestro autor nos permite observar que una primacía del elemento obligatorio sobre el racional controvierte la ordenación racional del derecho y construye sus postulados a partir de la necesidad y hace de ella la base de su futuro operar.

Una construcción jurídica basada en la necesidad, en la excepción de la regla, no en su mutación racional y consensuada, que tome a la necesidad no como una manera de juzgar un caso singular sino como fundamento del derecho, obliga en razón de la fuerza misma y parcializa la articulación que la ley está llamada a hacer entre razón, bien y justicia, entendida como el *Debitum minimum* que se debe a cada sujeto de la sociedad. Una construcción jurídica que está fundamentada en la *Vis obligandi* eclipsa la misma noción de ley y da protagonismo a la imposición de la violencia en la comunidad política sin el revestimiento jurídico necesario; esto es lo que se designa como fuerza de ley.

· La reflexión que evidencia una ruptura con la tradición racionalista durante la modernidad sobre la *Ratio legis* y la *Vis obligandi* nos muestra una transición de un polo a otro, esto es, la prelación de la fuerza sobre la razón para formular el derecho, de un plano que puede considerarse objetivo a uno de corte subjetivo. Guiado por el sentido práctico, que a su vez está estrechamente ligada a la necesidad, a los meros hechos, el filósofo inglés Thomas Hobbes, acentúa el papel del ímpetu del soberano, de su fuerza subjetiva, como el motor que expide los mandatos como una declaración, no ya de la razón, sino de la voluntad que está llamada a someter las demás voluntades del todo social. Su máxima: *non veritas, sed auctoritas facit legem* pone en el centro de toda ordenación jurídica al soberano, especialmente a la decisión que

éste tome frente al orden jurídico vigente. De acuerdo con esto, el soberano ya no se encuentra vinculado al derecho vigente, por eso puede vincular y desvincular de acuerdo con su decisión, porque no se encuentra adherido a nada, sino a su propia decisión. Él es la figura que establece lo que es lo legal y lo que no, él puede suspender o derogar la misma ley, sustrayéndose a ella, pues éste es su atributo más genuino.

En esto consiste la paradoja misma de la soberanía, en esa relación de inclusión excluyente; en efecto, el soberano se sustrae del derecho para normarlo, es decir, lo conserva y lo establece excluyéndose de él; de esta manera, el soberano difumina el hecho en el derecho, lo factual en lo normativo, la razón en la fuerza. Como efecto de este eclipse de la *Ratio legis* por la *Vis obligandi*, se hace presente en los mecanismo de poder una violencia que actúa bajo un revestimiento jurídico que la hace legal y que constituye a la violencia como el vértice de toda experiencia política.

· El *estado de excepción* es ese recurso jurídico que permite circunscribir el poder de emitir las leyes y ejecutarlas en una sola rama y tiene como condiciones la temporalidad y la necesidad absoluta; sin embargo, su uso cada vez más frecuente ha sido un lugar común en las democracias de Occidente y ese ejercicio regular y sistemático tiende a su misma liquidación. Al estar revestido de legalidad, no puede definirse como mera violencia delirante del poder, pero tampoco como un poder político discrecional.

Las consecuencias jurídicas de un *estado de excepción* permanente se cifran en la vulneración del principio de división de poderes, en la apertura de un espacio en el espectro político para la acción arbitraria, en una constante incertidumbre legal, en el desconocimiento de garantías procesales para la investigación y el procesamiento de las personas, en la restricción de los asuntos políticos a una facción cada vez más pequeña de personas y, como efecto, tiende a establecer una posición de sujeción del sujeto, pues lo reduce a un destinatario de las órdenes del Estado; en últimas, conduce a un gobierno con más poder y a un ciudadano con menos derechos. De esta manera se genera una ruptura de la estabilidad de las leyes que establecen barreras para la acción en concierto y se difumina la relación entre legalidad, el acuerdo entre cada acto gubernamental y las leyes del país, y la justicia, entendida como la rectitud indisputable y los fines de acuerdo al *debitum minimum* debido al sujeto.

En el *estado de excepción* permanente la ley común ya no se basa en el *consensus iuris*, sino que se reduce a la voluntad del soberano que, para validar su modo de operar, se remonta a las fuentes mismas de la autoridad última, es decir a la necesidad. Como consecuencia se abre la posibilidad de utilizar la ley como un medio para el uso de beneficios particulares y de convertir la violencia en un instrumento político legítimo o, posiblemente, el más privilegiado y, con esto, se ubica al terror en el proscenio de la escena política.

En el *estado de excepción* permanente, el derecho incluye dentro de sí al viviente por medio de su propia suspensión y gracias a esta inclusión se constituye en una herramienta biopolítica por parte del poder. Este es el acontecimiento decisivo de la modernidad gracias a que la vida se vuelve el cálculo de la esfera política y el dato biológico se torna en algo inmediatamente político. En estas circunstancias la decisión soberana, con toda la carga de la *Vis obligandi*, se refiere inmediatamente a la vida, creando una indistinción originaria que surge a partir de la inclusión de la vida en la esfera de la política y el derecho.

· Debido a que en el *estado de excepción* el sujeto es entendido como un mero depositario de las órdenes del Estado, se difumina la nitidez existente entre los actos libres y los hechos por la necesidad porque, en últimas, como señala Arendt, no busca infundir convicciones sino eliminar la capacidad para crear alguna. En este sentido, abordar la reflexión sobre el *estado de excepción* continuo y sus implicaciones para la vida del sujeto implica una reflexión sobre la búsqueda de un espacio que permita nacer a la acción libre y la creación de verdaderos sujetos políticos.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción*. Pre-textos. 2006.
- AGAMBEN, Giorgio. *Homos Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. España., Pre-textos. 2006.
- ARBUS. Revista Angelicum 34. 1957. *L'Esprit du droit romain et l'Esprit de Saint Thomas*.
- ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén. Un tratado sobre la banalidad del mal*. Lumen S.A. Barcelona 1999. Trad. Carlos Ribalta.
- ARENDT, Hannah. *La condición humana*. Paidós. Barcelona. 1993.
- ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Taurus. México. 2004.
- ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Alianza. Madrid. 1969.
- ARENDT, Hannah. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Ediciones Península. Barcelona. 2003.
- ARISTÓTELES. *Política*. Instituto Caro y Cuervo. Bogotá. 1989.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Editorial Porrúa. México. 1999
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Editorial Porrúa. México. 1999
- BENJAMIN, Walter. *Crítica de la violencia*. Biblioteca Nueva. Madrid, 2010.
- CAMARGO, Pedro Pablo. *Los estados de excepción en Colombia. (Análisis del Proyecto de ley del gobierno)*. Ediciones Jurídica Radar. Santafé de Bogotá, D.C. 1992.
- CHALMETA, Gabriel. *La justicia política en Tomás de Aquino*. Eunsa. Pamplona. 2002.
- CORNACCHIA, Luigi. *La moderna hostis indicatio entre norma y estado de excepción*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Filosofía del derecho*. Bosch. Barcelona. 1980
- Diccionario latino Vox.
- ESPOSITO, Roberto. *Bios, biopolítica y filosofía*. Amorrortu editores. Buenos Aires- Madrid. 2009.
- FAJARDO, Carmen Ruth y JARAMILLO, Héctor Fabio. *Estado de sitio y política criminal*. Bogotá D.E. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. 1985.

- FOUCAULT, Michel. *Hay que defender la sociedad*. Clase del 17 de marzo de 1976. Ediciones Akal, S.A. Madrid. 1997.
- GILSON, Étienne. *El tomismo*. Buenos Aires. Desclée de Brouwer. 1943.
- GROETHUYSEN, Bernard. *Filosofía de la revolución francesa*. F.C.E. México. 1989.
- HOBBS Thomas. *El ciudadano*. Trotta. Madrid. 1999.
- HOBBS. *Leviathan*. XVIII. Buenos Aires. Losada. 2004.
- JAEGER, W. *Paideia*. F.C.E. México. 1962.
- LOTHAR, COENEN, BEYREUTHER, BIETENHARD. *Diccionario teológico del Nuevo Testamento*. Ediciones Sígueme. Salamanca. 1994.
- MAUREIRA, Max. *La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna*. *Revista chilena de derecho*. vol. 33 N°1, pp. 197 – 205.
- KANT. Immanuel. *Sobre la paz perpetua*. Alianza. Madrid. 2009.
- KUNKEL, Wolfgang. *Historia del derecho romano*. Ariel. Barcelona. 1972.
- PIEPER, Josef. *Las virtudes fundamentales*. Ediciones Rialp. Madrid. 2003.
- PÍNDARO. *Olímpicas*. Gredos. Madrid. 1984.
- PLATÓN. *Leyes*. Gredos. S.A. Madrid. 2008.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Ediciones Guadarrama. Madrid. 1969.
- SAN AGUSTÍN. *Epistolae*. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.
- SAN AGUSTÍN. *De libre arbitrio*. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.
- SAN AGUSTÍN. *Contra Fausto*. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.
- SAN AGUSTÍN. *Ciudad de Dios*. Editorial Porrúa. México. 1969.
- SAN AGUSTÍN. *De moribus*. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.
- SAN AGUSTÍN. *Comentarios a los salmos*. Obras completas de San Agustín. La Editorial Católica. Madrid. 1983.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Comentario a la política de Aristóteles*. Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA. Pamplona. 2001.

SANTO TOMÁS DE AQUINO *Suma Teológica I-II*. La editorial Católica. Madrid. 1959.

SANTO TOMÁS DE AQUINO *Comentario a la ética a Nicómaco*. Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA. Pamplona. 2000.

SCHEURMAN, W.E. *Between the Norm and the Exception. The Frankfurt school and the Rule of Law*. The MIT press. Cambridge, Massachussets. 1997.

SCHEURMAN, W.E. *The Rule of Law under siege. Selected essays of Franz L. Neuman and Otto Kirschheimer*. University of California Press. 1996.

SCHMITT, Carl. *Teología política*. Madrid. Trotta. 2009.