

3. IMPERIO

GIORGIO AGAMBEN Y EL PRINCIPADO COMO RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN

FRANCISCO CUENA BOY (*)

1. Giorgio Agamben es un conocido teórico italiano de la política para el cual, “la novedad constitucional del Principado puede ser vista... como una incorporación directa del estado de excepción y de la anomia en la persona del soberano” ⁽¹⁾. La naturaleza jurídico-política del Principado es uno de los tópicos más frecuentados de nuestra disciplina y no se trata de repetir ahora, ni siquiera de forma resumida, las diferentes teorías desarrolladas al respecto por la doctrina ⁽²⁾. Basta con señalar que esas explicaciones, generalmente preocupadas por definir una cierta “constitucionalidad” para el régimen de Augusto, sea del tipo que sea, no suelen hacer ningún sitio al punto de vista de Agamben ni siquiera cuando intentan medir la fractura que se abre entre la *respublica* y lo que era de hecho un sistema político diferente. Y sin embargo, se trata de un punto de vista que no es tan inédito como pudiera pensarse; así, por ejemplo, hace más de cincuenta años Álvaro d’Ors sugería ya que la *pax Octaviana* produjo un “poder excepcional permanente” ⁽³⁾.

Naturalmente, la excepción se define como tal por relación a una regla, y por otro lado, también por definición, la “situación excepcional” es una que se presenta rara vez y que en sí misma no es o no debiera ser duradera. ¿Cuál es la regla por relación a la cual se podría caracterizar el Principado como excepción?; ¿cuál, a su vez, la situación excepcional — es decir, “transitoria” siempre

(*) Facultad de Derecho, Avda. de Los Castros s/n, 39005 Santander.

(1) G. AGAMBEN, *Estado de excepción (Homo sacer II, 1)*, Valencia, 2004, p. 102: el libro de Agamben ha sido objeto de una amplia reseña por P. CARVAJAL RAMÍREZ, en *Revista Chilena de Derecho* 33/1 (2006) pp. 197-205.

(2) Vid. la síntesis de F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* IV/1, Napoli, 1974, pp. 263 ss.; también F. FABBRINI, *L'impero di Augusto come ordinamento sovranazionale*, Milano, 1974, pp. 37-83; recientemente, X. PÉREZ LÓPEZ, *El poder del príncipe en Roma. La lex de imperio Vespasiani*, Valencia, 2006, pp. 143-174.

(3) A. D'ORS, “Cicerón. sobre el estado de excepción”. en *Cuadernos de la Fundación Pastor* 3 (1961) p. 24; el mismo juicio ya había sido anticipado por A. NISSEN, *Das Iustitium. Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1877, p. 140 (vid. AGAMBEN, o.c., p. 102).

que se le ponga remedio — a la que el Principado vino a dar su peculiar respuesta? Simplificando mucho la cuestión, la regla a la que nos referimos podría identificarse con la constitución republicana tradicional, y digo simplificando mucho porque la realidad y la consistencia de esta constitución se habían ido deteriorando de forma especialmente intensa, por no decir dramática, en las décadas anteriores a Augusto; sin necesidad de más concreción, para cualquiera puede ser evidente que el concepto de regla, en el sentido en que queremos utilizarlo, no le cuadra al estado de cosas que Augusto trató de enmendar y que él mismo y quienes le secundaron consideraban, precisamente, de gravísima corrupción de la *respublica*. ¿Será ésta entonces la situación excepcional por la que también nos hemos preguntado? No cabe, desde luego, imaginar otra diferente. No obstante, conviene distinguir con todo cuidado dos cosas que son en sí mismas diversas: la situación excepcional que altera, comprime o deforma la regla y el estado de excepción que, previsto o no por la propia regla, reacciona frente a esa situación y se propone superarla con miras a la restauración de la regla en su posible pureza. De donde se sigue que, siendo su objetivo la restitución de la regla, el estado de excepción no debería durar más allá de lo que exija la superación de la situación de emergencia y la reposición de la regla misma ⁽⁴⁾. Las acciones de Octavio anteriores a la célebre sesión senatorial de 16 de enero del 27 a.C., o por lo menos a la victoria definitiva sobre Marco Antonio en agosto del 30 a.C., caben cómodamente en el esquema que estamos trazando a condición de considerarlas incluidas dentro de la situación excepcional, o sea, haciendo parte de ella; en cambio, el intento de verlas como manifestación de un estado de excepción que pueda medirse en relación a la regla constitucional — o, para decirlo con más precisión, de uno que tuviera fácil encaje en ella —, resulta muy problemático aun contando con la *lex Titia de triumviris rei publicae constituendae* de 27 de noviembre del 43 a.C. ⁽⁵⁾ De este modo, la pregunta acerca del Principado como régimen de excepción se debe concentrar en el periodo sucesivo a la recordada sesión del senado, y es aquí donde aflora la primera paradoja de las varias que envuelve toda esta historia: la situación de emergencia encuentra salida en el triunfo total de una de las fuerzas en liza, pero sólo después de allanada la crisis cobra sentido aquella pregunta, lo cual, en contra de lo que pudiera pensarse, no se debe sólo a que

⁽⁴⁾ “Entre estos dos términos, la necesidad originaria y la perduración subsiguiente, está el problema político todo del estado de excepción”: D’ORS, *o.c.*, p. 12.

⁽⁵⁾ Vid. G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, pp. 434 s.; cfr. los análisis de S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana II*, Milano, 1993, pp. 229 ss., y L. LABRUNA, “Le forme della politica tra innovazione e ripristino del passato. Dalle idi di marzo ad Augusto principe”, en F. MILAZZO (a cura di), *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano*, Napoli, 1996, pp. 177 ss.

la victoria de Augusto no fuera al mismo tiempo y de forma exacta la victoria de la *respublica*. De hecho, si entendemos bien el pensamiento de Agamben, este último dato no debería ser el más importante para sostener la excepcionalidad del Principado, que si mantuvo dicho carácter, no fue principalmente por relación a la constitución republicana, definitivamente alterada e irrecuperable en su pureza ⁽⁶⁾, sino por llevarlo incorporado en su esencia en cuanto régimen nuevo y distinto de “constitucionalidad” cuando menos ambigua.

Ahora bien, el planteamiento del pensador italiano no escapa a la necesidad lógica de una regla desde la cual definir y caracterizar la excepción, y entonces, dado que la fallida *restitutio reipublicae* no prueba de modo suficiente que el Principado fuera en sí un régimen de excepción, ¿cuál es el parámetro que permite atribuirle esta naturaleza? Más que la comparación con ninguna constitución histórica determinada, esa medida parece ser una idea general de orden jurídico ante la cual, poniendo entre paréntesis otras interesantes reflexiones de orden filosófico ⁽⁷⁾, el estado de excepción puede explicarse en términos de situación anómica. Así pues, el Principado vendría a ser para Agamben un régimen caracterizado por una especie de anomia esencial o constitutiva ⁽⁸⁾; no, sin embargo, en el sentido de ausencia de orden, sino en el más sutil de que para la vigencia del ordenamiento jurídico se necesita una situación normal y el soberano es “quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal” ⁽⁹⁾. El autor pone esta teoría en explícita relación con la conocida

⁽⁶⁾ Esta conclusión es innegable, pero no irreconciliable con las fuentes que afirman la *restitutio reipublicae* (vid. DE MARTINO, *o.c.*, p. 270, nt. 18; FABBRINI, *o.c.*, pp. 63 s.), a las cuales, a su vez, les podría oponerse la siguiente observación de Max Weber: “cuando la elusión o la transgresión del sentido (como por término medio es entendido) de un orden se convierte en regla, entonces la validez de ese orden es muy limitada o ha dejado de subsistir en definitiva” (M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Madrid, 1993, p. 26); dos veces estuvo Augusto a punto de *reddere rem publicam* y en las dos se abstuvo por su propio bien y por el del estado: Suet., *Aug.* 28.1; al final si lo hizo (*Aug., Res gest.* 34.1), aunque con las particularidades a las que nos referiremos *infra*. pp.

⁽⁷⁾ Fundamentalmente acerca de la relación entre el estado de excepción y la soberanía: vid. G. AGAMBEN, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia, 1998, pp. 27 ss.

⁽⁸⁾ Para D’ORS, en cambio, la clave se encuentra en la perpetuación de un poder extraordinario o excepcional análogo, por un lado, a los que se habían dado en la *respublica* desde los tiempos de Sila y sustancialmente cercano, por otro, al modelo del *princeps* tutor de la república teorizado por Cicerón; S. TONDO, “Fattualità e normatività nello svolgimento del Principato”, en MILAZZO (a cura di), *o.c.*, p. 380, se hace eco de aquella concepción, fundada según su criterio, que presupone la necesidad objetiva de una perpetuación del *principatus* (para evitar la recaída en la anarquía) y postula el carácter a la vez soberano y extraordinario de la función que en él se insinúa.

⁽⁹⁾ “El soberano crea esa situación y la garantiza en su totalidad”: “el estado de excepción no conserva ni tampoco establece simplemente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él”: AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., pp. 28, 85 s.

definición del soberano debida a Carl Schmitt: “Souveran ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet” ⁽¹⁰⁾. Nótese algunas de las implicaciones de este *dictum*: soberano es el que decide sobre el estado de excepción, luego la soberanía, en última instancia, se condensa en la capacidad de decidir sobre el estado de excepción y éste, a su vez, define “el umbral o el concepto-límite” del orden jurídico, llegando incluso a adquirir — caso de convertirse en regla — la naturaleza de “paradigma constitutivo” del propio orden jurídico ⁽¹¹⁾.

2. El interés de Agamben en la experiencia político-constitucional romana es instrumental sin caer, en ningún caso, en la superficialidad. En realidad, la tesis de fondo del italiano, que avanza por la senda que abrieran en paralelo Carl Schmitt y Walter Benjamin, sostiene justamente la creación deliberada de un estado de excepción permanente (declarado o no de modo formal) en los Estados contemporáneos, sin exclusión de los democráticos, con la consecuencia de que el estado de excepción, generalizado hoy en día como técnica regular de gobierno, se erige en el paradigma de gobierno dominante en la política contemporánea ⁽¹²⁾. Se trata de un punto de vista tan estimulante como polémico; en relación con él, a la experiencia romana le cabe el papel de contraste o piedra de toque de la tesis recién mencionada, cuya densidad histórica debería crecer merced a los argumentos que proporciona el análisis de determinados aspectos del Principado ⁽¹³⁾.

¿Cuáles son esos aspectos? El primero consiste en la separación de la *vis obligandi* o de la aplicabilidad de la norma con respecto a su esencia formal, lo que Agamben expresa tipográficamente tachando la palabra ley del sintagma “fuerza de ley”. La prestación específica del estado de excepción, explica, no es tanto la confusión de los poderes legislativo y ejecutivo cuanto “el aislamiento de la ‘fuerza-de-ley’ en relación con la ley” ⁽¹⁴⁾. En principio, este fenómeno no sería distinto del que se refleja en la fórmula ulpiana *quod principi placuit legis habet vigorem* (D. 1.4.1 pr. = I. 1.2.6) ⁽¹⁵⁾, salvo la posibilidad real de

⁽¹⁰⁾ C. SCHMITT, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*³, Berlin, 1933, p. 12; *vid.* AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., p. 9; también D’ORS, *o.c.*, p. 14, recuerda la definición schmittiana, pero la versión que ofrece de ella (“[e]s soberano... aquel que puede decidir *en estado de excepción*”) no es del todo fiel al original.

⁽¹¹⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 14, 17.

⁽¹²⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., cap. 1: El estado de excepción como paradigma de gobierno, esp. pp. 23 ss., sobre la historia del estado de excepción: cfr. las observaciones paralelas en parte de D’ORS, *o.c.*, pp. 13 s.

⁽¹³⁾ “[E]s posible que este nexo entre el derecho romano y nuestra experiencia política sea precisamente lo que queda todavía por indagar”: AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., p. 119.

⁽¹⁴⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 59 s.

⁽¹⁵⁾ *Vid.* también G. 1.5 y D. 1.2.2.12.

asumir la operatividad del concepto “fuerza-de-ley-sin-ley”, en estos precisos términos, desde los mismos orígenes del Principado. De todos modos, si en cuanto a este punto puede haber alguna duda, cuestión a la que nos referiremos de inmediato, cabe pensar en la superación de todas ellas por la teoría neopitagórica del *basileus nomos empsychos*, o sea, por la concepción del soberano como ley viviente elaborada en los mismos años de afirmación del Principado ⁽¹⁶⁾. Claro que Agamben no pone una cosa en relación explícita con la otra, pese a lo evidente a priori de tal conexión, y por otro lado, tal vez por considerarlo superfluo, tampoco recurre a la cita textual de aquel otro enunciado de Ulpiano conforme al cual *princeps legibus solutus est* (D. 1.3.31) ⁽¹⁷⁾. Se trata, de todos modos, de fuentes y afirmaciones en las que se refleja una situación que está muy lejos de haberse presentado con nitidez absoluta desde comienzos del Principado: Augusto rechazó la *cura legum et morum summa potestate* que por tres veces le ofrecieron el senado y el pueblo, prefiriendo apoyarse en la potestad tribunicia para presentar sus numerosas propuestas ante los *concilia plebis* ⁽¹⁸⁾; y aunque después la legislación popular fuera agotándose con cada vez más rapidez, el respeto formal del procedimiento legislativo no permite dar por buena, en estos compases iniciales del régimen, la idea de una “fuerza de ley” escindida de la ley. La duda sigue proyectándose, por el contrario, sobre aquellas otras disposiciones, no *leges* en sentido técnico sino *constitutiones*, que ya los primeros emperadores parecen haber empezado a prodigar: aun suponiendo que la cosa se haya organizado precozmente de esta manera, el hecho de que el *princeps* recibiera del *populus* el poder normativo por medio de la *lex de imperio*, según tesis que Gallo defiende con impecable argumentación ⁽¹⁹⁾, no otorga el distintivo de *leges populi* a unas disposiciones que tienen de todos modos, en el caso que menos, “fuerza de ley” (“fuerza de ley”, si lo escribimos al modo de Agamben) y que, por lo demás, no tardarán mucho en alcanzar el predominio absoluto. Suponiendo asimismo que la *lex de imperio Vespasiani* informa fiel-

⁽¹⁶⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 102 ss.; para una orientación sobre esta doctrina en Diotógenes y el Pseudo-Arquitas, vid. B. BLUMENFIELD, *The Political Paul: Justice, Democracy and Kingship in a Hellenistic Framework*. London. 2004, pp. 270 ss.

⁽¹⁷⁾ Cfr. D. 32.23, I. 2.17.8. C. 6.23.3; la *solutio legibus* se refería siempre a leyes determinadas: la dispensa indiscriminada concedida a Augusto por el senado en el año 24 (Dio Cass. 53.28.2) pudo tener un valor exclusivamente moral, aunque es más probable que la noticia sea inexacta: vid. respectivamente TONDO, *Profilo II*, cit., pp. 251 s., y F. GALLO, “Per il riesame di una tesi fortunata sulla *solutio legibus*”, en *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino* 2, Napoli, 1984 = Id., *Opuscula selecta*, Padova, 1999, p. 320.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Aug., *Res gest.* 6, y sobre el texto, F. GUIZZI, *Il principato tra “res publica” e potere assoluto*, Napoli, 1974 (reimpr. 1989), p. 193, nt. 149.

⁽¹⁹⁾ F. GALLO, “Sul potere normativo imperiale”, en *SDHI* 48 (1982) = Id., *Opuscula*, cit., pp. 271 ss., *passim*.

mente acerca de los contenidos de la investidura imperial — y por tanto que no inaugura esta práctica ni representa tampoco un caso único relacionado con una coyuntura especial ⁽²⁰⁾ —, la sexta cláusula de dicha ley, que muchos llaman “cláusula discrecional” ⁽²¹⁾, contiene por pura implicación lógica una amplísima habilitación al emperador que le faculta para intervenir mediante disposiciones “con fuerza de ley” en cualquier sector del ordenamiento ⁽²²⁾. Que dicha habilitación consistiera en una etapa inicial de la *lex de imperio* en una delegación del poder del *populus*, para convertirse sólo desde finales del siglo I o todavía más tarde en una *translatio* por la que el pueblo se desposeía del “potere di legiferare” en beneficio del príncipe ⁽²³⁾, no es algo que impida reconocer la temprana aparición del fenómeno de la “fuerza-de-ley-sin-ley” notado por Agamben como uno de los rasgos característicos del estado de excepción; un fenómeno del que hay todavía una huella más manifiesta en la propia la *lex de imperio Vespasiani*, cuya cláusula octava ratifica lo actuado por el emperador antes de su investidura (*acta gesta decreta imperata*) “como si” hubiera sido hecho por mandato del pueblo o de la plebe ⁽²⁴⁾. En cuanto a la teoría del *basileus nomos empsychos*, la enorme amplitud de los términos de la cláusula sexta de la *lex de imperio* — que implica, insistimos, una habilitación para intervenir normativamente en los ámbitos que indica el texto ⁽²⁵⁾ —, sugiere, aun si falta el eslabón de una fuente explícita, notable cercanía ideológica con

⁽²⁰⁾ Una revisión del problema en PÉREZ LÓPEZ, *o.c.*, pp. 265 ss.; el autor es partidario del carácter único y coyuntural de la ley en cuestión; para la tesis contraria, *vid.* ahora J.-L. FERRARY, “La législation augustéenne et les dernières lois comitiales”, en ID. (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia, 2012, pp. 573 ss.; hay que recordar también los estudios de Mantovani, Lucrezi, Lanza y Pani. entre otros, recogidos en L. CAPOGROSSI COLOGNESI y E. TASSI SCANDONE (a cura di), *La lex de imperio Vespasiani e la Roma dei Flavii* (Atti del Convegno Roma, 20-22 novembre 2008), Roma, 2009.

⁽²¹⁾ *Utique quaecumque ex usu rei publicae maiestateque divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit. ei agere facere ius potestasque sit, ita uti divo Aug(usto). Tiberioque Iulio Caesari Aug(usto). Tiberioque Claudio Caesari Aug(usto) Germanico fuit.*

⁽²²⁾ *Vid.* GUIZZI, *o.c.*, pp. 162 s.; GALLO, “Sul potere normativo”, *cit.*, pp. 276 s.; TONDO, *Profilo II*, *cit.*, p. 304. PÉREZ LÓPEZ, *o.c.*, pp. 350 ss., ofrece una detallada revisión crítica de las posiciones doctrinales acerca de la relación de la cláusula n.º 6 con el poder normativo imperial.

⁽²³⁾ GALLO, “Sul potere normativo”, *cit.*, p. 289; TONDO, “Fattualità e normatività”, *cit.*, pp. 382 s.

⁽²⁴⁾ (...) *ea perinde iusta rata(que) sint, ac si populi plebisque iussu acta essent*; *cf.* D. 1.2.2.11: *igitur constituto principe datum est ei ius, ut quod constituisset, ratum esset*; PÉREZ LÓPEZ, *o.c.*, pp. 434 ss., rechaza toda relación específica de la cláusula octava con el poder normativo del *princeps*; según su opinión, esta cláusula es peculiar de la investidura de Vespasiano y se explica por el hiato de varios meses entre la aclamación militar de Vespasiano como emperador y su investidura oficial en el cargo: de todos modos, la ratificación de los llamados *decreta* “como si” hubieran sido emanados por mandato popular permite mantener lo dicho en el texto.

⁽²⁵⁾ *Vid. supra*, nt. 20.

la figura del *princeps* providente y legislador; en este sentido, los temas que aparecen en el retrato del buen emperador trazado por Séneca en los primeros párrafos del *De clementia* podrían ser vistos como una glosa moralizante acerca de aquellos espacios de actuación que la citada cláusula expone en lenguaje legal ⁽²⁶⁾.

3. En segundo lugar, Agamben se detiene en la institución romana del *iustitium*, que tiende a presentar como el arquetipo del estado de excepción moderno ⁽²⁷⁾. La idea se entiende bien si se acepta que el estado de excepción supone “un espacio vacío de derecho”, que no se confunde, empero, con el estado de naturaleza porque la anomia que representa presupone la existencia de determinaciones jurídicas por lo mismo que resulta de la suspensión total de las mismas ⁽²⁸⁾. En este sentido, si la “fuerza-de-ley-sin-ley” (el *imperium* fluctuante) puede ser vista como una de las ficciones mediante las cuales “el derecho trata de incluir en sí mismo la propia ausencia y apropiarse del estado de excepción” ⁽²⁹⁾, no de otra forma se debe contemplar también el *iustitium*. ¿Qué le interesa a Agamben de esta institución? Más allá de la confrontación selectiva con determinadas interpretaciones (las de Mommsen, Nissen y Middlel), su atención se fija especialmente en la etimología del término y en la relación del *iustitium* con el *sc. ultimum*. La etimología le permite describir el *iustitium* como un estado de suspensión global del derecho ⁽³⁰⁾, de tal modo que el poder ilimitado del que gozan de hecho los magistrados *iustitio indicto* no es fruto de la concesión de un *imperium* dictatorial sino, según él, de la suspensión de las leyes que los sujetan en condiciones normales ⁽³¹⁾. Pero lo cierto es que este significado del término, lejos de ser el único posible, ha sido puesto en cuestión recientemente por Garofalo; este autor niega que durante el *iustitium* se viviera “in uno spazio anomico”, subraya que seguía funcionando el senado y, con respecto a los magistrados, advierte que no se veían reducidos a la condición

⁽²⁶⁾ Vid. Sen., *de clem.* 1.2-4: la *respublica* se identifica con el emperador. éste es el alma y aquélla el cuerpo: *ibid.* 14.3 y 1.5.1.

⁽²⁷⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., p. 63: su “paradigma genealógico”: p. 72.

⁽²⁸⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 75 s.

⁽²⁹⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., p. 76.

⁽³⁰⁾ Agamben se apoya en dos fuentes ninguna de las cuales cita en su integridad: *Scholia in Lucani bellum civile* (ed. H. Usener, 1869) II.2.18: *iustitium quando ius stat nec causa agitur, sicut solstitium dicitur*; Gell., *noct. Att.* 20.1.43: *iustitium, id est iuris inter eos quasi interstitutionem quandam et cessationem, quibus diebus nihil cum his agi iure posset*.

⁽³¹⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., p. 71: de ahí, añade (p. 74), que los actos cometidos durante el *iustitium*, en cuanto se han producido en un vacío jurídico, queden “radicalmente sustraídos a toda determinación jurídica”.

de ciudadanos privados ⁽³²⁾, sino que simplemente limitaban su actividad a lo exigido por el pronto restablecimiento de la normalidad ⁽³³⁾. En definitiva, por más que afectara a un amplio espectro de actividades públicas y privadas, determinando la paralización de las mismas, el *iustitium* republicano no consistía en la suspensión total del orden jurídico, en un vacío de derecho que se tradujera en la situación de anomia absoluta pretendida por Agamben. En la misma línea, Kunkel rechaza terminantemente que el *iustitium*, aun siendo una de las medidas extraordinarias que se adoptaban ante un estado de necesidad, pueda ser visto en sí y por sí como un “Ausnahmezustand” que dejara en suspenso la constitución y los derechos de los ciudadanos ⁽³⁴⁾. Y Willems, para quien el *iustitium* se ordenaba sólo en situaciones de amenaza bélica y con el único fin de facilitar el enrolamiento y el servicio militar, subraya igualmente que la medida no consistía en la suspensión del derecho, sino en la de toda actividad pública o privada cuya continuidad no fuera exigida por la propia situación del Estado ⁽³⁵⁾. La naturaleza de situación anómica del *iustitium* tampoco se deduce con la claridad necesaria de la relación de esa medida con el *sc. ultimum*. Etimológico nuevamente, pero un tanto circular y efectista, el argumento de Agamben asume el valor de término técnico del adjetivo *ultimus* y subraya su derivación del adverbio *uls*, que significa (absolutamente) más allá: “¿respecto a qué — se pregunta — se sitúa el *senatusconsultum ultimum* en una dimensión tal de extremidad?” La respuesta, hartamente previsible, es: respecto al orden jurídico, “que en el *iustitium* es efectivamente suspendido” ⁽³⁶⁾. Cabe oponer sin embargo alguna objeción. En primer lugar, que la denominación *sc. ultimum* no se encuentra como tal en las fuentes sino que es invención de la doctrina moderna ⁽³⁷⁾, lo que levanta una duda razonable sobre el valor técnico que Agamben le quiere atribuir. En segundo lugar, que el *sc. ultimum* no tiene por

⁽³²⁾ Así es como interpreta AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., p. 73, las palabras de Liv. 9.17.12: *consules in privato abditi*.

⁽³³⁾ L. GAROFALO, “In tema di iustitium”, en *Index 37* (2009) = ID., *Piccoli scritti di diritto penale romano*. Milano, 2008, pp. 73 ss., *passim*.

⁽³⁴⁾ W. KUNKEL, *Staatsordnung und Staatspraxis der Römischen Republik*. München, 1995, pp. 225 s.

⁽³⁵⁾ “[P]ar exemple les réunions du Sénat”: P. WILLEMS, *Le sénat de la République romaine* 2. Louvain, 1885, pp. 243 ss.

⁽³⁶⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., p. 70.

⁽³⁷⁾ Lo subrayan A. GUARINO, “Senatus consultum ultimum”, en *Sein und Werden im Recht: Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin, 1970 = ID., *Pagine di diritto romano III*, Napoli, 1994, p. 357, y KUNKEL, *o.c.*, p. 231 y nt. 455, ambos en referencia a Caes., *de bello civ.* 1.5.3 y Liv. 3.4.9; más valor da a estos textos A. ORMANNI, s.v. “Necessità (dir. rom)”, en *ED 27*. Milano, 1977, pp. 841 s., que no deja de admitir, sin embargo, que el término *sc. ultimum* es “certo indotto dagli storici”.

qué desembocar en la declaración del *iustitium* y que éste no era por tanto, a priori, una consecuencia inevitable de aquél. Ciertamente el *iustitium* no se imponía sin contar directa o indirectamente con la voluntad del senado ⁽³⁸⁾, pero esto no quiere decir que los magistrados y promagistrados a los que se dirigía el *sc. ultimum* tuvieran que decretar forzosamente el *iustitium* como único modo de cumplir el encargo que recibían. La fórmula del *sc. ultimum* ⁽³⁹⁾ autorizaba a los destinatarios del mismo a adoptar y poner en práctica cualquier medida conducente a la defensa del Estado, pero no imponía la adopción de ninguna en particular ⁽⁴⁰⁾. Por último, si el efecto del *sc. ultimum* hubiera sido situar el poder de los magistrados absolutamente más allá del orden jurídico, como es consecuente con el pensamiento de Agamben ⁽⁴¹⁾, ¿qué necesidad habrían tenido sus destinatarios de decretar después el *iustitium*?

De todos modos, el discurso conducido en torno al *iustitium* republicano no deja de tener un cierto carácter funcional — o sea, diseñado para atender, “sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo” (*DRAE*)—, lo cual es debido a que, para la tesis de Agamben, el período histórico de aquella institución que reviste mayor interés no es la República sino el Principado; un tiempo nuevo, por cierto, en el cual no habrá ya más recurso al *sc. ultimum* ⁽⁴²⁾. Como es bien sabido, muy pronto se instaura en el Principado la costumbre de decretar el *iustitium* con ocasión de la muerte del emperador o de algún miembro de la familia imperial ⁽⁴³⁾, de tal modo que, andando el tiempo, la palabra

⁽³⁸⁾ WILLEMS, *o.c.*, pp. 245 s.; KUNKEL, *o.c.*, p. 227; GAROFALO, *o.c.*, pp. 71 s.

⁽³⁹⁾ Fuentes en GUARINO, *o.c.*, p. 358 nts. 11-16.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. WILLEMS, *o.c.*, p. 253: “Généralement, le Sénat caractérise la situation troublée par le terme *tumultus* et ordonne le *iustitium*”; GUARINO, *o.c.*, pp. 359 ss., advierte que el *sc. ultimum* no establece en concreto nada preciso ni impreciso; según él, no es más que un *consultum* como cualquier otro que exhorta a los magistrados a defender la *respublica* “nei limiti delle loro attribuzioni costituzionali”; en el mismo sentido, L. LABRUNA, “Nemici non più cittadini. Riflessioni sulla cd. rivoluzione romana e i rapporti governanti/governati nella crisi della *res publica*”, en *Cahiers des Études Anciennes* 26 (1991) = *Id.*, *Genera iuris institutorum morum. Studi di storia costituzionale romana*. Napoli, 1998, p. 75, que de todos modos señala (pp. 75 ss.) la degeneración de la figura desde el 88 a.C. al quedar conectada con la declaración de *hostis publicus*.

⁽⁴¹⁾ Cfr. en la misma línea D’ORS, *o.c.*, pp. 19 s.

⁽⁴²⁾ Según ORMANNI, *o.c.*, p. 845, por impedirlo la estructura misma del ordenamiento: para GUARINO, *o.c.*, p. 357, la llegada del Principado truncó el proceso genético del *sc. ultimum* como institución.

⁽⁴³⁾ Desde la muerte de Marcelo en el 23 a.C., según indicación de A. FRASCHETTI, *Roma e il principe*. Bari, 1990, p. 119 (cfr. p. 82 nt. 65), no del todo segura en cuanto a la declaración del *iustitium* y no sólo del *luctus publicus*: la conexión es ya mucho más clara cuando muere Augusto en el 14 d.C.: Suet., *Aug.* 99.1; Tac., *Ann.* 1.16.2, 1.50.1; cfr. J. GONZÁLEZ, *Tácito y las fuentes documentales: SS.CC. de honoribus Germanici decernendis (tabula Siarensis) y de*

acabará adquiriendo el significado principal, aunque no único ⁽⁴⁴⁾, de luto público ⁽⁴⁵⁾. Partiendo de este deslizamiento semántico, el interés de Agamben ahora es construir un vínculo íntimo entre la nueva figura del *princeps* y la representación del *iustitium* republicano como suspensión global del derecho generadora de un “espacio anómico”, a fin de añadir un rasgo más a su dibujo del Principado como régimen de excepción. Estudiando la relación del luto público con el *tumultus* y el *iustitium*, Frascchetti concluye que la homologación de estas figuras responde a una estrategia consistente en extender la situación de luto sobre la entera ciudad: los duelos de la familia imperial se asimilan a catástrofes ciudadanas y el luto de la *domus Augusta*, al proyectarse sobre la ciudad, hace que ésta se transforme en *familia funesta* ⁽⁴⁶⁾. Pues bien, utilizando como un pedestal las ideas de Frascchetti — cuya interpretación, sin embargo, no tiene nada que ver con la representación del Principado como régimen de excepción —, Agamben va mucho más lejos y llega a considerar el *iustitium*-luto público como “el intento del príncipe de apropiarse del estado de excepción al transformarlo en un asunto de familia”; en términos más precisos, haciendo uso del significado atribuido previamente al *iustitium* en general, la conexión de esta medida con el luto público habría supuesto integrar la suspensión del derecho en la ceremonia fúnebre: “es como si el soberano, que... se había convertido, por así decirlo, en un *iustitium* viviente, mostrara en el momento de la muerte su íntimo carácter anómico” ⁽⁴⁷⁾. Ahora bien, si este carácter se explica porque el soberano es un *nomos* viviente, de tal modo que “anomia y *nomos* coinciden sin reservas en su persona”, y si lo que sucede es que al morir el soberano se rompe “el nexo que le une a la ley”, ¿no se advierte cierta inconsecuencia en atribuir a la conexión *iustitium*-luto público la finalidad de ritualizar y controlar la anarquía que podría desatarse en aquella circunstancia? ⁽⁴⁸⁾; cuando el *nomos* viviente muere, ¿agoniza con él la ley toda, o hay que pensar que renace de algún modo, exenta nuevamente al romperse el nexo que la unía al soberano?; ¿qué ley, sin embargo, si ya el gobierno del príncipe había sido un *iustitium*

Cn. Pisone patre, Sevilla, 2002, pp. 155 s.; en contra de posibles antecedentes en la República. vid. WILLEMS, *o.c.*, p. 247 nt. 1.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. E. CUQ, s.v. “*Iustitium*”, en Ch. DAREMBERG et E. SAGLIO (dirs.), *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* III/1. Paris, 1900, p. 780.

⁽⁴⁵⁾ Apul., *Metam.* 4.33: *luctuque publico confestim congruens edicitur iustitium: Fulg. Planc. Opera*, recens. R. HELM, Lipsiae, 1898, p. 121, 7.9: *iustitium dicitur luctus publicus*; más fuentes en CUQ, *o.c.*, p. 780, nt. 29.

⁽⁴⁶⁾ FRASCCHETTI, *o.c.*, pp. 75 s., 110 s., 119 s.: sobre el concepto de *familia funesta*, vid. H. LINDSAY, “Death-pollution and funerals in the city of Rome”, en V.M. HOPE and E. MARSHALL (eds.), *Death and disease in Ancient City*, London and New York, 2000, pp. 152 ss.

⁽⁴⁷⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 101 s.

⁽⁴⁸⁾ ASÍ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., p. 103.

permanente?; ¿cómo se explica que desde un *iustitium* que está precisamente finalizando se prevea otro *iustitium* el cual, debido a su enlace con el *luctus publicus*, incorpora tantas prescripciones rituales, antiguas, muy estables y muy precisas? La circularidad del argumento de Agamben no sólo es evidente a la luz de estas preguntas, sino que no parece que se pueda romper meramente postulando la “indecidibilidad entre *nomos* y anomia en el cuerpo viviente del soberano”. Todavía hay otras objeciones, a saber, el hecho de que durante el Principado siguiera decretándose el *iustitium* por otras causas distintas del *funus publicum* ⁽⁴⁹⁾, y por tanto, al margen de la presunta ruptura del vínculo entre el *princeps* y la ley; y desde luego, el exagerado alcance que es necesario atribuir a aquella medida para que funcione el argumento en su conjunto ⁽⁵⁰⁾, que es por donde la tesis de Agamben se desinfla mayormente desde el punto de vista histórico e institucional.

4. El último aspecto del Principado por el que nuestro autor se interesa es la tendencia a reunir *auctoritas* y *potestas* en una sola persona, naturalmente la del *princeps* soberano ⁽⁵¹⁾. El primer paso consiste en establecer un concepto unitario de *auctoritas* partiendo de la fenomenología jurídica correspondiente, que a este fin es sucintamente analizada. En el derecho privado, la *auctoritas* es la característica del *auctor* (el tutor o el vendedor en una *mancipatio*) y *auctor* es *qui auget*, “el que aumenta, acrecienta o perfecciona el acto — o la situación jurídica — de otro”; la *auctoritas*, por otro lado, es inherente al sujeto que la tiene, si bien la fórmula *auctor fio* (y no *auctor sum*) parece indicar “el realizarse de una potencia impersonal en la persona del *auctor*” ⁽⁵²⁾. En todo paralelas son las observaciones que hace Agamben en el campo del derecho público, ya sea respecto de la fórmula *patres auctores fiunt*, usada “para expresar la función constitucional del Senado”, ya en cuanto al hecho de que el senado carece de acción propia y sólo puede actuar “en cooperación con el magistrado o para completar las decisiones de los comicios populares”; es importante asimismo el dato de que el “consejo” del senado (*consultum*) no tiene nunca un carácter vinculante absoluto ⁽⁵³⁾. Amasando todo lo anterior, el rasgo unitario de la *auctoritas*, su estructura común, resulta ser la dualidad, en el sentido de relación de dos elementos claramente diferentes cuya conjunción define el acto

⁽⁴⁹⁾ CUQ, *o.c.*, p. 780.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. GAROFALO, *o.c.*, p. 83.

⁽⁵¹⁾ Es de rigor recordar aquí el célebre pasaje de las *Res gestae*, 34.3: *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt.*

⁽⁵²⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 111 ss.

⁽⁵³⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., pp. 113 s.

jurídico perfecto. Y en lo tocante al derecho público, esos dos elementos radican respectivamente en el senado (la *auctoritas*) y en los magistrados o el pueblo (la *potestas* o el *imperium*)⁽⁵⁴⁾.

Antes de seguir adelante con la cuestión de la *auctoritas* y su relación con la *potestas*, señalemos con toda brevedad que Agamben — y esto es algo que ya le hemos visto hacer cuando razonaba acerca del *iustitium* — adopta implícitamente el momento republicano de instituciones y conceptos como paradigma del correcto funcionamiento de los mismos y, en consecuencia, también como regla por la cual debe medirse la excepcionalidad del Principado que él mismo postula. Conviene hacer esta advertencia porque más arriba habíamos supuesto que aquel carácter le era atribuido al régimen de Augusto al margen de toda referencia histórica concreta⁽⁵⁵⁾. Y aunque sigamos pensando que la idea de Agamben es ésta en el fondo, merece la pena resaltar su necesidad de acudir a contrastes históricos para aprehender y caracterizar la anomia que supone constitutiva o consubstancial al Principado.

Así pues, *auctoritas* y *potestas* radican en órganos diferentes en la República y se reúnen en la persona del *princeps* desde los mismos inicios del Principado. Es éste un cambio fundamental que nadie discute, pero su mera constatación no satisface las necesidades de Agamben por la muy buena razón de que el significado de la *auctoritas principis* ha sido entendido de modos diversos⁽⁵⁶⁾ y no todos ellos se adaptan con la misma facilidad a su teoría sobre el estado de excepción; de ahí la necesidad de optar por una determinada interpretación. La elegida se apoya fundamentalmente en una sugerencia de Magdelain según la cual, en la fórmula *optimi status auctor* con la que Augusto se define en el edicto del 13 de enero del 27 a.C. en que declara su intención de restablecer la constitución republicana⁽⁵⁷⁾, el término *auctor* podría tener el significado técnico de “garante en una *mancipatio*”; en palabras del propio Magdelain, tal término podría remitir “a la idea de transferencia de la *respublica*”, con lo que Augusto

⁽⁵⁴⁾ Cfr. Cic., *de leg.* 3.28: *cum potestas in populo, auctoritas in senatu sit.*

⁽⁵⁵⁾ *Vid. supra.* en el n.º 1 de este trabajo.

⁽⁵⁶⁾ Cfr. DE MARTINO, *o.c.*, pp. 278 ss.; P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*³, Torino, 1996, p. 189; ofrece una reseña de posiciones PÉREZ LÓPEZ, *o.c.*, pp. 166-174; *vid.* también C. LANZA, “Sovranità', poteri e lex de imperio Vespasiani”, en CAPOGROSSI COLOGNESI y TASSI SCANDONE, *o.c.*, pp. 168 ss., sobre el posible significado de la *auctoritas* como complemento de limitación, como dimensión sociológica o metajurídica y como instrumento técnico-jurídico. Aun con matices muy diferentes, son mayoría los autores (von Premerstein, Burdese, Parsi, Lucrezi, Guizzi, Tondo, el propio de Francisci e incluso Magdelain) que, más allá del significado original de la *auctoritas Augusti*, reconocen ya en el siglo I d.C. un proceso de institucionalización propiamente jurídica de la *auctoritas principis*.

⁽⁵⁷⁾ Suet., *Aug.* 28.2; para la datación del edicto, *vid. infra*, nt. 63; sobre Augusto *auctor*, cfr. también *Aug.*, *Res gest.* 8.5; *Ov.*, *Met.* 15.832-834.

vendría a ser “el *auctor* de los derechos entregados al pueblo y al Senado”⁽⁵⁸⁾. Previamente, sumando al caso del *iustitium* los del *interregnum* y la declaración de un ciudadano como *hostis publicus*, Agamben ha intentado cimentar la idea de que la suspensión del derecho era una función específica de la *auctoritas patrum*⁽⁵⁹⁾. Y fijándose en dos únicos pasajes de Tito Livio⁽⁶⁰⁾, pero sin que sus razones nos sean en definitiva transparentes, ha afirmado de ella que consiste en un poder que “no está vigente formalmente como derecho”. En todo caso, su asunción implícita es que estas características que atribuye a la *auctoritas* senatorial se encuentran igualmente en la *auctoritas* del príncipe.

No es fácil convenir en estas consideraciones. No es fácil, por ejemplo, aceptar el carácter formalmente extrajurídico de la *auctoritas patrum*, menos aún después de haber defendido una concepción unitaria de la *auctoritas*⁽⁶¹⁾: la del *mancipio dans* y la del tutor, ¿eran también extrajurídicas? Por otro lado, el título de *Augustus* no lo recibe Octavio sino en la sesión senatorial del 16 de enero del año 27 a.C.⁽⁶²⁾, o sea, tres días después, según el cómputo de Agamben⁽⁶³⁾, de haber manifestado su deseo de que se le recordara como *optimi status auctor*. Por si hubiera alguna duda, esto quiere decir que la *auctoritas* la tenía Octavio personalmente ya de antes y con independencia del reconocimiento del senado. Ahora bien, dado que el reconocimiento implícito en la concesión del título de *Augustus* no puede referirse sino a esa *auctoritas* previa y de carácter personal, resulta inevitable esta pregunta: ¿cambian en algo su naturaleza y su significado político-jurídico por efecto de la decisión senatorial?⁽⁶⁴⁾ Se trata de una pregunta importante a la que Agamben hubiera debido responder por dos razones principales: porque, dejándonos a oscuras

⁽⁵⁸⁾ A. MAGDELAIN, *Auctoritas principis*, Paris, 1947, p. 57 (en contra. GUIZZI, *o.c.*, p. 22 nt. 44); cfr. AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., pp. 119 s.

⁽⁵⁹⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., pp. 115 ss.

⁽⁶⁰⁾ Liv. 9.17.2 y 26.10.9.

⁽⁶¹⁾ Para L. FANIZZA, *Autorità e diritto. L'esempio di Augusto*, Roma, 2004, p. 98, nt. 145, no es correcto analizar la fenomenología jurídica de la *auctoritas* sin separar la relativa al derecho privado de la que se refiere al derecho público.

⁽⁶²⁾ Aug., *Res gest.* 34.1-2: *In consulatu sexto et septimo, postquam bella civilia exstinxeram, per consensum universorum potitus rerum omnium, rem publicam ex mea potestate in senatus populique Romani arbitrium transtuli. Quo pro merito meo senatus consulto Augustus appellatus sum*, etc.

⁽⁶³⁾ La datación del edicto citado en Suet., *Aug.* 28.2, es discutida: *vid.* sobre la cuestión K.M. GIRARDET, “Das Edikt des Imperator Caesar in Suetons Augustusvita 28.2. Politisches Programm und Publikationszeit”, en *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik* 131 (2000) pp. 231-243, *passim*; el autor lo sitúa a finales del verano del 29 a.C.

⁽⁶⁴⁾ Según MAGDELAIN, *o.c.*, p. 62, “Étant doné que le nom de *Augustus* reconnaît sa primauté, elle [scil. la *auctoritas*] n'est pas plus une simple *auctoritas* personnelle comme celle des hommes politiques ordinaires, elle est désormais une *auctoritas* officielle... En réalité, l'ori-

sobre esto, su visión acerca de la victoria de Octavio y los hechos de enero del año 27 transmite la impresión de que no tuvieron, en el fondo, ninguna repercusión sobre el estado de excepción; la impresión, quiero decir, de que el estado de excepción, incorporado directamente en la persona del soberano, se mantuvo en adelante sin solución de continuidad. Y porque, por detrás del otorgamiento del título de *Augustus*, se esconde el problema de la relación entre la *auctoritas* del senado y la *auctoritas principis* y aquí es donde reside, con toda probabilidad, una de las claves principales del nuevo sistema estatal del Principado ⁽⁶⁵⁾.

Apenas podemos ahondar en esta relación, que permite columbrar de todos modos la subsunción de la constitución republicana, aun deforme y superada por los acontecimientos, en una nueva síntesis constitucional: la propia del “ordenamiento ‘republicano’ del principado”, por decirlo al modo de Lucrezi ⁽⁶⁶⁾, autor que reconoce en la *auctoritas principis* su fundamento jurídico y no meramente moral o carismático. En cuanto a la incorporación del estado de excepción y de la anomia en la entraña misma del ordenamiento, es discutible que la novedad constitucional del Principado haya consistido en esto (así Agamben), ya que no faltan datos, y son de los más plausibles ⁽⁶⁷⁾, que permiten argüir justamente lo contrario. Esto es, a saber, permiten argumentar que lo que hizo en realidad la *auctoritas* de Augusto fue poner fin “a la fase de excepción... del

ginalité de l'*auctoritas* impériale résidait dans le caractère officiel que lui avait conféré le nom d'*Augustus*”.

⁽⁶⁵⁾ DE MARTINO, *o.c.*, pp. 273 s., considera incontestable la existencia de una dualidad de ordenamientos: “uno che fa capo al senato ed un altro que fa capo al principe”; específicamente sobre el valor de la *auctoritas* de Augusto en relación con el senado, *ibid.*, pp. 282 ss.; cfr. GUIZZI, *o.c.*, pp. 178 ss. Para F. LUCREZI, *Leges super principem. La 'monarchia costituzionale' di Vespasiano*, Napoli, 1982, p. 28, se trata de un modelo de estado cuyo fundamento reside en la *auctoritas principis*, un tipo de poder “ai margini della costituzione e contemporaneamente al centro di essa” (donde “costituzione” debe entenderse en el sentido de *respublica*): TONDO, *Profilo* II, cit., p. 261, piensa que Augusto insiste en su propia *auctoritas* “non solo come sostitutiva di quella del senato... ma addirittura come destinata a valere a fronte del senato stesso”.

⁽⁶⁶⁾ LUCREZI, *o.c.*, p. 33; cfr. A. GUARINO, “Gli aspetti costituzionali del Principato”, en *ANRW* 2/13 (1980) = ID., *Pagine di diritto romano* III, Napoli, 1996, p. 469: “Nei primi due secoli dopo Cristo la *respublica Romanorum* mantenne, ad onta di tutto, un suo valore costituzionale effettivo e il *princeps*... non riuscì... ad escluderla dalle strutture portanti del mondo romano”; CERAMI, *o.c.*, pp. 191 s.: “Augusto si proclama '*auctor*' del '*novus status rei publicae*' non perché egli sia l'artefice di una formale riforma costituzionale, ma perché egli ha reso possibile con la sua *auctoritas* la ricostituzione delle '*partes rei publicae*'”; Cerami subraya, de todas formas, que la *auctoritas* de Augusto consiste en una “fuerza-poder de carácter personal, y no ya en un orden normativo preestablecido” (*ibid.*, p. 188).

⁽⁶⁷⁾ Los ofrece el propio Augusto en las *Res gestae*: cfr. GUARINO, “Gli aspetti costituzionali”, cit., pp. 494 ss.

triunvirato”⁽⁶⁸⁾. Desde el 27 a.C., la *respublica* queda de nuevo, en la medida de lo posible, en manos del pueblo y el senado, éste es el sentido auténtico de la *restitutio* efectuada por Augusto⁽⁶⁹⁾. Nótese que Augusto dice haberla devuelto *ex mea potestate*, declaración que enlaza luego y es del todo coherente con la afirmación de que, en adelante, su *potestas* no fue superior a la de cualquiera de sus colegas en la magistratura. Si apartamos la acumulación de poderes y prerrogativas, lo que esto significa es la pretensión de “constitucionalidad” republicana de la posición de Augusto en el plano de la *potestas*⁽⁷⁰⁾. Queda, sí, el problema de la *auctoritas*, pero —razonando con la misma interpretación del concepto acogida por Agamben⁽⁷¹⁾— si el *princeps* se define garante (*auctor*) de los derechos que entrega o devuelve al pueblo y al senado, no cabe ignorar, en primer término, la significación jurídica de la posición que asume, y después, que el “objeto” que aquéllos reciben de sus manos no es sino (el poder sobre) la constitución republicana: mal habría utilizado Octavio el término *auctor*, y mal habría desempeñado su papel, implícito en el título de *Augustus* recibido del senado, si su acción hubiera consistido simplemente en imponer en todo y por todo su anómica personalidad. No fue esto lo que sucedió ni tampoco se produjo exactamente la restauración de la *respublica* y el retiro a la vida privada que alguna vez había pensado Octavio⁽⁷²⁾. Ahora bien, si guiándonos por Suetonio damos a esto el nombre de *reddere rem publicam*, se tiene la impresión de que en el curso del año 27 a.C. Octavio hubiera descartado definitivamente una salida de ese tipo y, en vez de ello, se hubiera decidido por una *translatio* que le dejaba, con pleno asenso del senado, en posición de *auctor* de

⁽⁶⁸⁾ FANIZZA, *o.c.*, p. 98 nt. 145. en expresa oposición a Agamben: GUARINO, “Gli aspetti costituzionali” cit., p. 494, ve en el relato de las *Res gestae* una clara distinción entre dos periodos: uno completamente excepcional durante el cual Augusto prevaleció con su poder personal por fuera y por encima de la *respublica*, y otro, iniciado entre el 28 y el 27 a.C. (cfr. *Res gest.* 34.1), en el que volvió a integrarse en ella, “in posizione eminente e spesso anomala rispetto alla tradizione, ma in ogni caso in posizione sempre subordinata alla sovranità del *senatus populusque Romanus*”.

⁽⁶⁹⁾ Aug., *Res gest.* 34.1: *rem publicam ex mea potestate in senatu populi que Romani arbitrium transtuli*; sobre la disyuntiva “república o monarquía”, que de cualquier modo no es la cuestión decisiva para Agamben, vid. DE MARTINO, *o.c.*, pp. 298 ss.

⁽⁷⁰⁾ Aug., *Res gest.* 34.3: *Post id tempus... potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt*. Pretensión de “constitucionalidad”, precisamos, y nada más: vid. sobre este particular las consideraciones de DE MARTINO, *o.c.*, pp. 285 ss.; concluye este autor que la interpretación preferible es aquella que reconoce en los colegas a los que alude el texto tanto los de las magistraturas tradicionales como los corre-gentes.

⁽⁷¹⁾ Vid. *supra*, en este mismo n.º 4.

⁽⁷²⁾ Cfr. *supra*, nt. 6.

la constitución republicana ⁽⁷³⁾. Claro que es novedad la acumulación de *auctoritas* y *potestas* en un solo sujeto, pero la *auctoritas* tal y como Agamben la dibuja — o sea, como instancia capacitada para suspender el orden jurídico desde fuera del derecho mismo — ya formaba parte del sistema constitucional de la *respublica* y él mismo se da cuenta de que su separación de la *potestas* descansaba sobre una ficción ⁽⁷⁴⁾.

5. Vamos concluyendo. Agamben razona más o menos de la forma siguiente: para la vigencia del ordenamiento jurídico se necesita una configuración normal de las condiciones de vida a las cuales se han de aplicar las normas; cuando la normalidad se encuentra gravemente perturbada, es imprescindible restaurar el orden (o mejor, *un* orden), ya que de otro modo el orden jurídico carece de sentido; soberano es quien crea una determinada situación normal y la garantiza en su totalidad, quien decide con carácter definitivo si la situación es, en efecto, normal. En realidad, la tesis del italiano es más radical y paradójica, ya que afirma que el medio del que se vale el soberano para crear y garantizar la normalidad que la vigencia del derecho necesita es el estado de excepción ⁽⁷⁵⁾. De este modo, cuando el orden jurídico recupera su vigencia, lo hace sólo en una situación establecida y garantizada por el soberano desde fuera del derecho, desde la anomia que le define y le caracteriza. En una situación, podríamos decir, “normal-excepcional”.

Por nuestra parte estamos convencidos, y esto es lo que hemos intentado sugerir, de que Augusto creó o recreó un estado de cosas que encaja en el paradigma de la normalidad ⁽⁷⁶⁾. No obstante, a partir de aquí nos parece excesiva la conclusión de que la situación normal que creó o restauró tuviera como base el estado de excepción sólo porque, siendo él ahora el soberano, pudo decidir en solitario que aquella situación era, en efecto, normal. Porque es improbable que lo decidiera en tan absoluta soledad, ya que — envuelto, sin duda, en calculada ambigüedad (pero esto puede ser también señal de los límites que no consideraba prudente rebasar) — tuvo que contar con el senado. Y porque nunca dejó de afirmar que había restaurado la *respublica* y la pervivencia de las instituciones republicanas no es, en este sentido, mera apariencia sino un hecho

⁽⁷³⁾ En el edicto citado por Suetonio (*Aug.* 28.2), Augusto declara su aspiración a ser recordado como *optimi status auctor*, una frase que evoca la referencia al *optimus status civitatis* de Cic., *de rep.* 1.21.34.

⁽⁷⁴⁾ AGAMBEN, *Estado de excepción*, cit., p. 125.

⁽⁷⁵⁾ AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., pp. 28 s.

⁽⁷⁶⁾ Podemos decirlo con las mismas palabras que emplea TONDO, *Profilo* II. cit., p. 251: “[l]a sistemazione del 27 a.C., in superamento del vecchio regime, aveva certo realizzato, o almeno avviato, una nuova normalità”.

formal. En todo caso, la teoría de Agamben sobre la estructura del estado de excepción y sobre la aporía de su relación con el derecho ⁽⁷⁷⁾ desemboca, en última instancia, en una recusación del poder soberano que toca por igual a la mayoría de sus encarnaciones históricas ⁽⁷⁸⁾. En este sentido, junto a las discrepancias que hemos puesto de manifiesto respecto a los tres aspectos examinados de la “fuerza de ley sin ley”, el *iustitium* y la concentración de *auctoritas* y *potestas*, queremos insistir con fuerza en que aquella teoría, siendo estimulante sin duda, no constituye una explicación específica de la naturaleza del Principado, y en que el ejemplo de Augusto y su régimen se convierte en piedra de toque de la misma sólo al precio de un cierto esquematismo interpretativo.

Comenzábamos este trabajo preguntándonos por la “regla” en comparación con la cual podría sostener Agamben el carácter excepcional del Principado. Y decíamos que esa “regla”, lejos de concretarse en una constitución histórica determinada — como hubiera podido ser la constitución republicana de Roma —, consiste más bien en una idea general de orden jurídico, convertida a su vez en una suerte de a priori teórico que el autor utiliza, en última instancia, como instrumento de análisis aplicable a toda realidad político-constitucional pero desde fuera de ella. Algunos ingredientes de esa idea general o paradigma de orden jurídico parecen ser la existencia de una “situación normal”, que el derecho necesita para su propia vigencia, y la separación cuando menos subjetiva de la *auctoritas* y la *potestas*. Pero Agamben deja claro desde el principio que aquella “situación normal” (y en consecuencia el derecho mismo que de ella depende) sólo se legitima y perdura merced a la decisión de un soberano anómico que controla el dispositivo del estado de excepción, lo que le coloca en posición de salvaguardar el orden jurídico suspendiendo en todo o en parte su vigencia

⁽⁷⁷⁾ AGAMBEN, *Homo sacer* cit., pp. 85 s.: “el estado de excepción no conserva ni tampoco establece simplemente el derecho, sino que lo conserva suspendiéndolo y lo establece excluyéndose de él... es precisamente el soberano el que mantiene la posibilidad de decidir sobre todos esos planos en la medida misma en que los confunde”.

⁽⁷⁸⁾ Cfr. AGAMBEN, *Estado de excepción* cit., pp. 124 s.: “El sistema jurídico de Occidente se presenta como una estructura dual, formada por dos elementos heterogéneos y, sin embargo, coordinados: uno normativo y jurídico en sentido estricto — que aquí podemos inscribir por comodidad bajo la rúbrica *potestas* — y otro anómico y metajurídico, que puede ser denominado *auctoritas*... El estado de excepción es el dispositivo que debe, en última instancia, articular y mantener reunidos los dos aspectos de la máquina jurídica, mediante la institución de un umbral de indecidibilidad entre anomía y *nomos*... Mientras los dos elementos permanecen correlacionados, pero distintos conceptual, temporal y subjetivamente — como en la Roma republicana en la contraposición entre Senado y pueblo y en la Europa medieval entre poder espiritual y poder temporal — su dialéctica — aunque fundada sobre una ficción — puede todavía funcionar de una u otra forma. Pero cuando ambos tienden a coincidir en una sola persona, cuando el estado de excepción, en el que se unen y se confunden, se convierte en regla, el sistema jurídico-político se transforma en una máquina letal”.

y aplicación. Si ésta es la verdadera tesis del italiano, difícilmente hubiera podido evitar el Principado la tacha de excepcionalidad, siendo superfluo por lo demás, para los fines de aquella tesis, cualquier intento ulterior de aprehender y expresar con mayor concreción la posición constitucional de Augusto ⁽⁷⁹⁾ y la naturaleza jurídico-política del régimen que se inicia con él. Nos parece que este resultado poco satisfactorio es consecuencia de aquel marco teórico, en sí mismo aporético, en que el razonamiento de Agamben se encierra desde el principio.

Ciertamente, la *auctoritas* cobra una importancia nueva y del todo especial en el Principado, y no sólo por su reunión con la *potestas* en un mismo sujeto. A la vez, sin embargo, esa *auctoritas* de la que habla Agamben y en la que identifica el elemento anómico del orden jurídico forma parte siempre de éste y no es por tanto un aspecto distintivo del régimen augústeo. Un razonamiento que busca en el Principado la confirmación de la aporía esencial del orden jurídico, pero que de entrada aplica al Principado el molde analítico de esa misma aporía, previamente definida al margen de él, no deja de ser, si se mira bien, un razonamiento circular. ¿Basta un razonamiento de este tipo para fundar un veredicto específico de anomia constitutiva y de estado de excepción permanente? Pensamos que no.

⁽⁷⁹⁾ En particular, si Augusto se sitúa fuera o dentro de la constitución o ambas cosas a la vez; *vid.* por ejemplo DE MARTINO, *o.c.*, p. 304: “un regime misto, nel quale prevalgono gli elementi di tipo monarchico, perchè in mezzo ed al di sopra delle istituzioni repubblicane si pone un organo nuovo, monarchico, il princeps”; GUIZZI, *o.c.*, p. 38: “Augusto da l’avvio a una costituzionalità nuova... Perché la costituzione repubblicana è finita non nelle forme, o negli organi, o nei nomi, bensì nello spirito... [il princeps] è un nuovo organo, che si pone al di sopra di ogni magistratura e persino al di sopra della costituzione”; GUARINO. “Gli aspetti costituzionali”, *cit.*, p. 497: “un principato puramente personale calato nella costante giuridica della *respublica Romanorum*”; LUCREZI, *o.c.*, p. 28: “ai margini della costituzione e contemporaneamente al centro di essa”; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli, 2007, p. 273: “il titolare di questa superiore *auctoritas* su tutta la *respublica* non ne è il ‘sovrano’: ma il ‘protettore’ ed il supremo garante, sì, il *princeps* di tutti, quasi di essi il *pater*”.