

**Carmelo Nigro**

*Università degli Studi di Salerno*

DOI: 1017450/17022

**Con ocasión de la publicación italiana de los ensayos:  
YAN THOMAS, *Il valore delle cose*, Quodlibet, Macerata, 2015;  
*Fictio Legis*, Quodlibet, Macerata, 2016.**

Toda tentativa de definir lo jurídico lleva al problema de las posibles relaciones entre derecho y hecho. En otras palabras, lo que llamamos ordenamiento jurídico ¿cómo se diferencia de la mera concreción de lo real? ¿Y cuál es la relación existente entre ámbito jurídico y extrajurídico? Este interrogante implica cuestiones tan amplias como actuales, atañendo tanto a la misma posibilidad de una definición teórica del derecho –frente a la multiplicación de sus formas en la contemporaneidad postmoderna– como al supuesto límite y papel de los operadores jurídicos frente a cuestiones de apremiante y dramática actualidad. En este ámbito de estudio, la obra de Yan Thomas –caracterizada por una refinada potencia teórica y respaldada por una sólida y atractiva reconstrucción histórica– no solo profundiza en el problema, sino también indica un posible camino hacia el hallazgo de instrumentos heurísticos inéditos y preciosos.

Siendo un historiador consciente de la concreción de la vida jurídica y social contemporánea –por mucho tiempo fue juez, además de profesor de la *École Française de Rome* y director de la *École des Hautes Études en Sciences Sociales*–, Thomas busca en la experiencia romanista las raíces que han caracterizado al largo, variable e inagotable fenómeno que llamamos derecho. El autor se mide con los textos con distinción filológica, sacando del inmenso y abundante patrimonio de las fuentes el sentido global de la experiencia jurídica romana. Lo que se destaca es un enfoque praxístico, “proceduralista, más que substancialista” (*Il valore delle cose*, p. 24).

En los dos ensayos que vamos a presentar, *Il valore delle cose* (*Le valeur des choses. Le droit romain hors la religion*, en “*Annales. Histoire, Sciences Sociales*”, año 57, n. 6, noviembre-diciembre de 2002) y *Fictio Legis* (*Fictio Legis. L’empire del la fiction romaine et ses limites médiévales*, en “*Droits. Revue française de théorie juridique*”,

n. 21, 1995) Thomas analiza el desarrollo de las categorías y de los instrumentos de la vida jurídica romana a través de un considerable número de casos. Su idea se entiende perfectamente y la declara más de una vez: el derecho nace y se desarrolla como técnica; es el *ars iuris* que debe solucionar los problemas prácticos de una vida social, la romana, que evoluciona continuamente a lo largo de centenares de años. De hecho, en este amplio espacio de tiempo, la idea y el empleo práctico de los juristas produjo las categorías y los conceptos que ellos mismos debían aplicar diariamente. Esta genética proceduralidad servirá para que las codificaciones siguientes –aunque muy importantes– no se transformen en una ontologización de lo existente, limitando la carga originaria del instrumento jurídico. Lo *institucionalizado* no debe esconder al *institucionalizante*: el orden sincrónico siempre es procedimiento y evolución diacrónica.

En “*Il valore delle cose*” –al que se añaden, en la edición italiana, dos interesantes ensayos del editor Michele Spanò y de Giorgio Agamben– Thomas profundiza en la separación entre plan jurídico y realidad de los hechos casi de forma incidental, a partir de la noción de *res* y de su íntima relación con los dos entredichos de lo sagrado y de lo común (*res nullius in bonis*).

Partiendo de la *summa divisio* de Cayo entre cosas de derecho divino y humano, el autor reconstruye la irrecuperable diferencia entre el patrimonio indisponible y aquel disponible, destacando que las cosas disponibles –estando sometidas a evaluación– eran para los romanos la parte “negativa” de aquellas indisponibles: “El derecho romano confirma la cercanía jurídica constante entre lo público y lo sagrado, términos que comúnmente se emplean para referirse a los lugares y a las cosas apartados del dominio individual” (p. 27). Tanto los lugares sagrados como los públicos debían considerarse *res nullius in bonis*, esto es, pertenecientes al patrimonio de nadie, inalienables e indisponibles incluso a las ciudades, por estar vinculadas con un específico destino público, al servicio de todo ciudadano. Así que los espacios considerados públicos o sagrados (campo de Marte, basílicas, templos, etc.), a los que se añadían los lugares sagrados y religiosos, estaban vinculados constitutivamente con el estatus de ciudadano, formaban un solo *entredicho* que los reconocía como uno de los límites extremos a la vida jurídica y económica de la comunidad. Sin embargo, “solo los bienes de los cimientos no estaban en venta” (p. 47): las riquezas y los tesoros que se hallaban en esos espacios debían considerarse bienes imposibles de evaluar y que no podían circular, aunque podrían ser “purificados”, es decir, se les podía desvincular e insertar en la esfera del librecambio.

Al otro lado se hallaban las *res nullius*, bienes que se podían adquirir libremente por no haber sido aún evaluados, pero de hecho existentes y fuera del espacio jurídico. Solo con la apropiación y la consiguiente evaluación los objetos adquirirían el estatus de *res*, entrando en la comunidad.

A estas alturas, las cosas y su valor se desplazan al centro de la escena: mientras el derecho evolucionaba, las *res* alcanzaron un nivel muy alto de abstracción y se identificaron con su valor pecuniario. Thomas destaca que no fue pura casualidad el hecho de que, desde hacía mucho tiempo, en el vocabulario romano la palabra *pecunia* indicaba no solo el valor monetario, sino también las cosas a las que este valor se refería: así que valor económico y cosa evaluada eran lo mismo; la *res* indicaba el bien por ser utilidad económicamente evaluable y evaluada en un proceso jurídico. Es más, *res* era incluso el mismo proceso dentro del cual el bien, objeto de la controversia o de la transferencia, adquiriría su estatus jurídico.

Esta abstracción fue el resultado de una constante labor procedural, el fruto de un conjunto casuístico de soluciones decisionales, pretorias, pontificales, etc. Se trató de un conjunto de categorías que los redactores de manuales didácticos codificarían y clasificarían sucesivamente, llegando a constituir un dispositivo de clases cargado de historia práctica y dogmática, y que definía las figuras eminentes que habían discutido, elaborado y solucionado la cuestión del valor por medio de las reglas de administración práctica. Estas tenían un doble significado: antes que todo, el de apropiación, y luego el de valor medible. Esto suponía una medida comercial, que era sobre todo la medida del proceso (p. 80).

Sin embargo, en *Fictio Legis* el autor retoma claramente el argumento, al proponer una lectura ficcional del derecho (romano), por ser construido sobre la base de la negación artificial y consciente de la realidad, y precisamente por eso es capaz de plasmarla y dirigirla.

En efecto, el rico formulario romano contaba con numerosas expresiones de tipo ficcional: “Si/ si non, ac si/ac si non, preinde ac si/preinde ac si non” (p. 27). Estas expresiones, lejos de ser fórmulas meramente estilísticas, adquirirían un papel central en la operatividad jurídica, revelando aquel poder –reconocido por el derecho romano tanto a los jurisconsultos como a la ley– de transformar el orden de las cosas.

Precisamente en la ficción, entendida como *certeza del falso* –que no se debe confundir con la presunción, basada en la *incertidumbre del verdadero*– como consciente y voluntaria manipulación del hecho, estaría la raíz misma del derecho: saber técnico-práctico capaz de instituir, a través de las palabras, una realidad del *como si*.

Tanto en su versión negativa como positiva, el instrumento ficcional mostraba todo el poder que el derecho tenía sobre lo real. En la ficción negativa, este poder emerge más claramente: la realidad estaba negada, neutralizada. Con un claro acto de voluntad, el hecho era ignorado y borrado, y la realidad alejada de la deliberación jurídica. Igual era la condición de la ficción positiva: esta “no es sino la complicación de la negativa” (p. 35), y desemboca finalmente en la creación voluntaria de una situación jurídica capaz de capear el hecho, de ignorar, por medio de las palabras, su inamovible presencia.

Lo más interesante es que este tipo de operaciones –durante la época romana– no estaba caracterizado por el límite de la *verdad natural*: la misma *naturaleza* no era otra cosa sino una “institución de primer nivel”, una construcción jurídica de base, sobre la cual construir los planes jurídicos siguientes, en una “matrioska de ficciones” (p. 32) propiamente ilimitada, por no tener nada que ver con el límite externo de una *verdad* ónticamente insuperable. La canonística medieval puso este límite; para adecuar la máquina sapiencial latina a la nueva situación, dominada por la presencia de la iglesia cristiana y de una verdad de origen divino, la canonística medieval proyectó un espacio natural, que estuviera lejos de la institucionalización y que no fuera modificable por los hombres. A partir de ese momento, la ficción se utilizaría como instrumento resolutorio, pero nunca para subvertir el orden de lo posible; un límite más allá del cual se hallaba el milagro, esto es, únicamente la voluntad divina.

La idea de un orden de las cosas inmodificable por parte de la técnica jurídica cruzará de varios modos toda la historia del derecho hasta la actualidad. El mismo Thomas descubre su papel muy actual en la vida jurídica y política de hoy día. Considérese, por ejemplo, *Il soggetto concreto e la sua persona. Saggio di storia giuridica retrospettiva* (publicado en Italia en el volumen de O. Cayla, Y. Thomas, *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perruche*, tr it. al cuidado de Laura Colombo, Giuffrè, Milano 2004), que es una contribución fundamental para el debate surgido alrededor de la sentencia Perruche, dictada por la Corte Suprema francesa en 2000.

La capacidad humana de transformar el orden de lo real seguiría estando afectada por aquella pesada carga que es la institución de un mundo de los *hechos* –o natural– por ser mundo del *no-institucionalizable*, resultado de la sustancial sustracción de algunos aspectos de la vida al instrumento jurídico y a la confrontación política que –Thomas está plenamente consciente de esto– caracteriza constantemente al derecho.

En este sentido, en los dos ensayos se puede captar la invitación a no perder de vista nunca la naturaleza histórica de la *verdad*, y a no confundir los dos ámbitos, el jurídico

y el materialmente factual: si el segundo es el misterioso mundo en el cual –misteriosamente– tenemos que vivir y buscar un sentido, el primero no puede ser su simple repetición o reproducción. Para entenderlo plenamente, el derecho debe ser considerado como un plan diferente, aunque otro tanto concreto en sus consecuencias: un plan instrumental, técnico, totalmente dependiente de las decisiones del hombre, para responder a los problemas a los que el hombre debe enfrentarse.

Traducción del italiano de M. Colucciello