



Edited by

Institute for Social, Political and Legal Studies
(Valencia, Spain)

Editorial Board

Aniceto Masferrer, University of Valencia, Chief Editor
Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia, Assistant Chief Editor
Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén, Secretary
Anna Taitslin, Australian National University – University of Canberra
Juan B. Cañizares, University San Pablo – Cardenal Herrera CEU
Matthew Mirow, Florida International University
Andrew Simpson, University of Aberdeen

Student Editorial Board

José Franco Chasán (Website Editor and Coordinator), Andrea Andreu Gutiérrez, Pau Cuquerella Miralles, Mar García Peirats, Lucía Gil Esteban, Nicolás Ingo Ivars Obermeier, Pablo Muñoz Martínez

International Advisory Board

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, Universidad of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; Wim Decock, *Max-Planck Institute for European Legal History*; Seán Patrick Donlan, University of Limerick; Matthew Dyson, University of Cambridge; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gutan, Lucian Blaga University of Sibiu; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, Northwestern University; Mia Korpiola, University of Helsinki; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

Citation

Marta Madero, "Una lectura de Yan Thomas", *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 11 (2014), pp. 4-41 (available at <http://www.glossae.eu>)

UNA LECTURA DE YAN THOMAS*

A READING OF YAN THOMAS

Marta Madero
Universidad Nacional de General Sarmiento

Resumen

La obra de Yan Thomas ha tenido un profundo impacto en las investigaciones recientes en el campo de la historia del derecho. Dos convicciones nodales estructuran su obra: en primer lugar, una profunda aversión a las lecturas doctrinales y un compromiso igualmente profundo con la casuística; en segundo lugar, la convicción de que la ficción, una técnica característica del derecho romano, constituye la clave para la comprensión de la tradición jurídica de Occidente. Este trabajo recorre su obra, atendiendo a sus principales líneas de pensamiento que destacan tanto la especificidad del derecho como la posibilidad de un diálogo renovado con las ciencias sociales.

Abstract

Yan Thomas' work has had a profound impact on recent research in the field of legal history. Two core beliefs drove his work: first, a deep aversion to doctrinal readings and an equally deep commitment to casuistry; second, his belief that fiction, a technique characteristic of Roman law, is the key to understanding the Western legal tradition. This article traces a path through Thomas' work, addressing his major lines of thought that highlight both the specificity of law, and the possibility of a renewed dialogue with the social sciences.

Palabras clave

Yan Thomas, derecho romano, *patria potestas*, ficción jurídica, sujeto jurídico, *persona*, majestad, confesión, origen, naturaleza, verdad, tiempo, cosas

Keywords

Yan Thomas, Roman Law, *patria potestas*, legal fiction, legal subject, *persona*, majesty, confession, origin, nature, truth, time, things

Sumario: 1. Filología jurídica y crítica del sujeto. 2. *Sanctio*. 3. La romanística y el Estado. 4. Majestad y confesión. 5. *Patria potestas*. 6. Orígenes. 7. Naturaleza y ficción. 8. Verdad, tiempo y ficción. 9. *Persona*. 10. Persona y sujeto. 11. Las cosas

Dos convicciones han articulado la obra, extraordinaria, inacabada, de Yan Thomas. Una aversión profunda por las lecturas doctrinales y un interés de igual intensidad por la casuística. La certeza de que la ficción, que caracteriza el pensamiento jurídico romano, es la clave de lectura de la tradición jurídica occidental. Casuística y ficción no son verdades cuyas premisas sean indemostrables. La obra de Yan Thomas, siempre atenta al texto, guiada por el gusto por lo concreto y reticente ante la recitación de los lugares comunes de la investigación, demostrará insistentemente, declinada en

* La elaboración de este texto, que he escrito estando en Buenos Aires, carente por lo tanto de una parte importante de la obra de Yan Thomas, ha sido posible gracias a la ayuda de una cantidad considerable de personas que han aceptado recorrer bibliotecas buscando los materiales que me era imposible encontrar. Expreso mi gratitud a Paolo Napoli, Jacques Chiffolleau, Romain Zanolli, y a varios alumnos del Doctorado europeo creado por Yan Thomas: Sebastián Provvidente, Silvia Falconieri, Stefania Gialdroni y sobretodo, Pierre Thévenin, que realizó un verdadero *parcours du combattant* en búsqueda de artículos difíciles de hallar. Agradezco a Emanuele Conte, a Miguel Méndez, y en particular a Valerio Marotta, sugerencias fundamentales, y a Vittorio Minardi, que no pudo ver la versión final, la lectura atenta de la versión preliminar.

decenas de casos específicos, de soluciones extremas instituidas siempre por fuera de la experiencia inmediata y de lo posible, que sus convicciones se fundan en un análisis minucioso de los textos disponibles. Que no se debe ir más allá de lo que se puede decir.

1. Filología jurídica y crítica del sujeto

Su primer texto data de 1974¹. En él, guiado por el comentario de la obra de A. Carcaterra², desarrolla lo que constituirá a lo largo de su vida una convicción esencial: la necesidad de una filología jurídica, de una perspectiva semántica del derecho, indisolublemente unida a una concepción del derecho romano pensado en perspectiva histórica. La práctica frecuente y no abandonada de la búsqueda de la “lógica eterna del espíritu jurídico”, esa abolición de la historia en nombre de la “axiología de los principios del derecho en los que la ideología liberal encuentra su metafísica”³, el vocabulario de la “infancia” y la “madurez”, de los “errores” y la “verdad”, daban por resueltos problemas nunca planteados y leían con “sentido común” un lenguaje que requería al contrario el análisis estricto de su estructura interna, de su propia semántica.

Yan Thomas conservará siempre su apego a una filología que, como diría Louis Gernet, “sólo es útil si abreva en la historia”⁴. Como él, pondrá de manifiesto esa “activa pereza del espíritu” que busca el alma eterna de la humanidad y, leyendo de manera estable venganza, voluntad, igualdad, ley, etc., traza especies “de una desesperante pobreza de contenido”⁵. La atención rigurosa a las palabras será siempre su primer argumento, su límite estricto.

En 1977 aparece “Acte, agent, société. Sur l’homme coupable dans la pensée juridique romaine”⁶. El texto lleva la impronta de la fascinación que inspiran en él las reflexiones luminosas de Jean Pierre Vernant sobre el concepto de voluntad⁷, en donde éste demuestra la ausencia, en el pensamiento griego, de una noción de agente que se perciba a sí mismo como centro de decisión, detente un poder que no depende íntegramente ni de la afectividad ni de la inteligencia y postule “un sujeto responsable y autónomo que se manifiesta en y por los actos que le son imputables”⁸. Vernant había hecho suyas las observaciones de Louis Gernet, “el delito existe fuera de él [el individuo], el delito es objetivo”. El agente, dice Vernant, “es investido por la acción”, “está incluido en ella”⁹. El análisis se inspiraba en los trabajos de E. Benveniste sobre la distinción entre nombres de agente y nombres de acción, en donde el genial lingüista distingue, como explica Yan Thomas, una zona de subjetividad en la que el agente “se

¹ Thomas, Y., “La langue du droit romain. Problème et méthodes”, *Archives de philosophie du droit* 19, 1974, pp. 103-125.

² Carcaterra, A., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, Bari, 1968 y *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972.

³ Thomas, “La langue du droit...”, p. 106.

⁴ Gernet, L., *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, (1917), Paris, 2001, p. 7.

⁵ *Ibid.*, p. 6.

⁶ Thomas, Y., “Acte, agent, société. Sur l’homme coupable dans la pensée juridique romaine”, *Archives de philosophie du droit* 22 (1977), pp. 63-83.

⁷ Vernant, J.P., “Ébauches de la volonté dans la tragédie grecque”, *Psychologie comparative et art*, Hommage à I. Meyerson, Paris, 1972, pp. 277-306, reeditado en J.P.Vernant y P. Vidal-Naquet, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, 1979, pp. 41-74.

⁸ *Ibid.*, p. 44.

⁹ *Ibid.*, p. 56.

identifica con su acción”, por oposición a una zona de objetividad en la que el agente “posee” el acto que se considera “realizado por fuera del sujeto”¹⁰.

A la luz de estas observaciones, Thomas señalará, en primer lugar, que en derecho romano un gran número de operaciones se presentan como objetos afectados por la acción: *res credita, negotium contractum, res iudicata, membrum ruptum, os fractum, tignum iunctum*. Las acciones romanas proceden por incorporación de la acción en la cosa, lo que constituye la *causa*. Una serie de “actos típicos se ven así hipostasiados por el derecho”¹¹, y a su vez, el “culpable” queda atado por el derecho, por la acción: *actione teneri* significa “estar sometido a una acción en justicia”¹². Thomas señala un contrasentido universalmente cometido sobre la definición justiniana de la obligación: “*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenda rei, secundum nostrae civitatis iura*” (*Institutas* 3.13pr). Los romanistas traducen “por la cual estamos obligados a la necesidad de pagar una cierta cosa”. Pero es imposible, dirá Thomas, hacer del ablativo *necessitate* una *necessitas* que se transforma en complemento indirecto de *astringere*, que no lo admite. La traducción debería por lo tanto ser “la obligación es un lazo de derecho por el cual estamos encadenados, en razón de la necesidad que hay, según nuestro derecho civil, de pagar algo”. Esta modificación, lejos de ser banal, muestra que el deudor no es más el centro de una necesidad hacia la que tiende toda su persona, sino el objeto doblemente pasivo de una serie de constreñimientos que pesan sobre él: la obligación que impone la deuda, y la fuerza de los *iura civitatis*, que fundan y justifican la obligación que se le inflige. Contrariamente al pensamiento jurídico moderno, que supone la libertad y el compromiso del sujeto, la visión del derecho romano es la de la pasividad y la dilución del sujeto¹³.

La relación no va por lo tanto del agente al acto sino viceversa y crea una relación externa, que excluye “la continuidad psicológica y moral sobre la que se funda, etimológicamente, la responsabilidad”. El sistema romano del delito presenta, históricamente, un desplazamiento de una concepción objetiva en la que el derecho ofrece respuestas uniformes a tipos de actos definidos, en el que lo que cuenta no son los actores, sino el acto objetivado, hacia un sistema, que se impone a partir de las reformas de la crisis de la república (II s. a. JC), en el que la *culpa* indica de a poco la presencia del agente; de a poco, en efecto, porque inicialmente no se presta a ser evaluada subjetivamente y no puede ser objeto de graduación, sino que se define globalmente por oposición al azar. El texto puede ser leído como una crítica a la omnipresencia del sujeto en el derecho romano que la pandectística había impuesto y que, con innegable osadía, Michel Villey había puesto en tela de juicio en los años 50¹⁴, osadía que aproxima a Yan Thomas por un tiempo a Villey, pero que no resiste al iusnaturalismo que después de destruir el pandectismo, lo refunda en una naturaleza que para Thomas impide igualmente pensar el derecho¹⁵.

¹⁰ Benveniste, É., *Noms d'action et noms d'agent en indo-européen*, Paris, 1948, citado por Thomas, “Acte, agent, société...”, nota 1, p. 66.

¹¹ *Ibid.*, p. 70.

¹² *Ibid.*, p. 71.

¹³ *Ibid.*, p. 72.

¹⁴ Villey, M., “L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains”, *Revue d'histoire du droit* 24-25 (1946-1947), p. 201 ss.; y “Le *jus in re* du droit romain au droit moderne”, *Publications de l'Institut du droit romain de l'Université de Paris VI* (1959), pp. 196 ss.

¹⁵ Thomas, Y., “Michel Villey, la romanistique et le droit romain”, *Droit, nature, histoire*, Aix-Marseille, 1985, pp. 31-51.

2. *Sanctio*

Junto a esta crítica del subjetivismo, Yan Thomas realiza, años más tarde, un análisis de otro rasgo esencial del derecho romano: el modo en que la ley formula el interdicto. Sobre la sanción y la noción de inviolabilidad escribe un primer texto, publicado en 1988¹⁶, y retoma el dossier, modificándolo sustancialmente, en 1993¹⁷. En Roma, el primer tipo de formulación de la ley es el mismo que se encuentra en el código de Hammurabi, la ley mosaica, el código de Gortina, las leyes francas, ripuarias o sálicas, que asocian en una única formulación el acto transgresivo y la pena que este acto merece. Así, en las XII Tablas: “*Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*”. “*Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*”. Se corresponden por lo tanto con la definición kelseniana que afirma que la sanción es necesariamente una parte constitutiva de la norma y no una norma de constreñimiento que asegura la validez de una norma de conducta distinta a ella¹⁸. Esta es la forma de la ley que se encuentra en los archivos pontificales y en el texto decenviral.

Por el contrario, las cláusulas más tardías de la analística y la epigrafía cambian su formulación y ponen en dos planos contrarios el acto prescripto y su contrario. No se dice ya: “si alguien comete tal acción, recibirá tal pena”, sino “se hará esto, no se hará esto; si se actúa contrariamente a lo que precede, se estará condenado a pagar...”. En este caso, dice Yan Thomas, la ley “no sanciona tanto un delito que habría calificado en tanto tal e inscrito en ella, como el hecho, hipotéticamente exterior a ella, de haber vulnerado su contenido, *adversus ea*, de haberse erigido contra ella, *adversus legem*”¹⁹. En el primer caso, la simetría entre norma y sanción inscribe al acto conforme y al acto contrario a la ley *en la ley*, en el segundo, se sitúan en dos planos contrarios el acto prescripto y su contrario²⁰. Esto amplía el espacio de protección de todo lo que vaya contra la ley, en la medida en que incluye no sólo un acto específico, sino todo acto positivo o negativo, directo o indirecto, que la ley misma no haya previsto castigar y que podría erigirse contra ella o eludirla fraudulentamente: “Es actuar contra la ley, hacer lo que la ley prohíbe, es actuar en fraude de la ley, eludir su espíritu respetando su letra” (D.1.3.29). Actuar contra la ley, *adversus eam*, no era, por el contrario, una fórmula del antiguo derecho romano.

Las leyes están en Roma bajo la vigilancia que todo ciudadano debía ejercer para que no se contraviniese en nada a la ley en su conjunto. Pero en torno a algunas leyes se erige una triple línea de prohibiciones: la prohibición de ir en contra de sus mandatos; el juramento que agrega la garantía sacral que deja al infractor librado a la venganza de los dioses; y finalmente la *sanctio*, cláusula final y última protección de la ley. Pero esto sólo se produce en el caso de las leyes que se denominan “menos que perfectas”, es decir, situadas entre la perfección y lo que queda inacabado. Puesto que en su máximo grado de eficacia las leyes romanas declaraban nulos los actos contrarios a ellas: los esclavos liberados en violación de la ley *Aelia Sentia* seguían siendo esclavos, el matrimonio prohibido entre una liberta y un senador no era un matrimonio, los Latinos

¹⁶ Thomas, Y., “*Sanctio: les défenses de la loi*”, *L’écrit du temps* 19 (1988), pp. 61-84.

¹⁷ Thomas, Y., “De la ‘sancion’ et de la ‘sainteté’ des lois à Rome. Remarques sur l’institution juridique de l’inviolabilité”, *Droits* 18 (1993), pp. 135-151

¹⁸ Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New York, 1945, I, p. 28 ss.

¹⁹ Thomas, “*Sanction...*”, p. 62.

²⁰ *Ibid.*, p. 65.

que habían adquirido fraudulentamente la ciudadanía romana contra la ley *Claudia* no eran ciudadanos romanos. Las leyes perfectas contienen la ficción de la inexistencia, califican negativamente la realidad que ha ido contra ellas, lo que ha sido es declarado no hecho (*pro infectis*). En el otro extremo, el grado cero. Las leyes que no tendrían ninguna capacidad de ordenar, son en verdad, afirma Yan Thomas, hipótesis doctrinales que completan un sistema en el que ubicar las leyes menos que perfectas, puesto que ir en contra de una ley privada de *sanctio* sería sólo *improbe factum*, una suerte de impudencia. A través del artificio de la sanción, la ley “menos que perfecta” “realizaba la perfección en la imperfección de la realidad de un mundo que la ley no investía plenamente”²¹.

Ahora bien, ¿qué significa *sanctio*? Verrius Flaccus, anticuario contemporáneo de Augusto, citaba la opinión tradicional según la cual *sanctum*, por oposición a *sacrum* y a *religiosum*, era aquello cuya violación estaba sancionada por una pena y recibía por lo tanto su *sanctio*. Pero todos sabían también que las cosas *sanctae* por excelencia en el mundo romano eran los muros de la ciudad, que portaban, como las leyes, el mismo interdicto de violación, a lo que deben agregarse los tratados (*foedera*) y los tribunos de la plebe, protegidos por una ley jurada (*lex sacrata*) que conlleva la muerte de quien atente a su persona. “Se denomina *sancta*, afirma Ulpiano, la cosa que no es ni sagrada ni profana sino que está confirmada por una sanción (...) Puesto que lo que se apoya en una sanción es santo, aun cuando no haya sido consagrado a un dios” (D.1.8.9.3). Las leyes santas no son perfectas, como las que anulan el acto que las infringe, sino precisamente las que, menos que perfectas, requieren una sanción que las proteja.

Sanctum, contrariamente a *sacrum* y a *religiosum*, no define un régimen de propiedad sino el tabú de la violación, cuyo prototipo son los primeros muros que delimitan Roma, y así, en el pasaje de los muros “santos” a las leyes “santas” está el acto de *sancire*, de dotar a una ley de su pena, de establecerla bajo la amenaza de una sanción. *Sancire* es, según H. Fugier, hacer que algo devenga *sak* es decir real: “hacer real” y por lo tanto “garantizar la realización”. Garantizar que lo real se realice - *sancire*- se aproxima a un proceso de creación: la ‘garantía’ no es otra cosa que el complemento necesario del acto por medio del cual algo es producido a la existencia²².

Pero la inviolabilidad no se formula sólo hacia lo que es exterior a la ley, sino también frente a la derogación que otra ley podía ejercer sobre una ley precedente. Esta *sanctio* declara que “nadie derogará esta ley ni suprimirá o modificará un artículo”. Sin embargo, como el trabajo legislativo no se detiene, se prevé también que una nueva ley pueda derogar una precedente negando palabra por palabra la formula con la cual la ley se hacía inderogable. Así, a la formulación según la cual, si se deroga esta ley “se condenará a una pena o una multa”, responde la cláusula “no se condenará (por la derogación) ni a una pena ni a una multa”, lo que se corresponde con una estructura típica: en Roma, un acto no puede ser deshecho sino por otro simétrico que constituya su negación. “Las leyes se erigen como bastiones autónomos en una suerte de guerra generalizada de las leyes entre ellas”²³.

Una tercera y última forma de inviolabilidad se formula en torno al derecho sacrosanto de los tratados y al estatuto que protege a los tribunos de la plebe. Las leyes

²¹ Thomas, “De la sanction...”, p. 140.

²² *Ibid.*, p. 144.

²³ *Ibid.*, p. 149.

deben expresar su voluntad de no contravenir a este derecho anterior y venerable, pero no se trata de una *sanctio*, sino de una *exceptio*, que sirve para paralizar la ley frente a principios externos. La ley excluye de sí misma todo lo que vaya contra estos ámbitos de sacrosantidad. “Si algo ha sido prescripto contrario al derecho sacrosanto, sobre eso, la ley se considera como no habiendo prescripto nada”.

A su vez, sobre lo que se abstiene de legislar, la ley no recurre al silencio, sino que lo hace de manera explícita: lo que no está prohibido por la ley, no está ausente, está por el contrario dicho y es imperativo: “Que esté prohibido (...), eso, la ley no lo prescribirá en nada” (*quominus...eius hac lege nihilum rogato*, fórmula con frecuencia abreviada en e.h.l.n.r.) “La ley se impone a sí misma no prohibir lo que no está vedado explícitamente por alguna de sus prohibiciones”²⁴.

El derecho romano no construye una jerarquía, un sistema de normas superiores, sino una serie de cláusulas de estilo internas, negativas. La sanción que se dirige al exterior de lo que va contra ella se completa con la sanción que permite negar la ley misma, con la excepción que niega en la ley lo que de derecho sacrosanto estaría negando y con la negación explícita de lo que no niega.

3. La romanística y el Estado

En sus años romanos, Yan Thomas divide su reflexión entre un tema que lo acompañará toda su vida, el poder del padre, y un análisis de la producción del siglo XIX, el *grand siècle* de la historia del derecho. En un texto sobre las relaciones de la romanística alemana con la noción de Estado²⁵ entendido “como instancia (...) como orden legal que funda el derecho de los sujetos; a fin de cuentas, como expresión de heteronomía”, en el que se expresa claramente uno de los rasgos acerados de su lectura -su aversión por los argumentos de naturaleza-, mostraba hasta qué punto la idea de la pandectística de un derecho romano homogéneo, de un texto ideal sin sujeto, sin intervención de una voluntad singular, como “desarrollo natural que fue raramente perturbado por un plan racional”²⁶, había marcado la historia jurídica del siglo XX. Los jurisconsultos romanos no tenían -decía Savigny- más individualidad que las cosas fungibles²⁷. Esta postura de la romanística no desmentía, es preciso decirlo, la narración que de sí mismo ofrecía el derecho romano, que aseguraba la eficacia de un discurso dogmático pensándose como “la obra de un sujeto colectivo que se identifica con la ciudad y del que ningún jurista singular es escindible”²⁸. El rechazo de los romanistas del siglo XIX a la revolución y al proceso codificador fundaba así la fascinación por un grupo de juristas -los jurisconsultos del Imperio- que en el momento mismo en que habrían podido imponer un código, se habían abstenido de un artificio que hubiese

²⁴ *Ibid.*, p. 150.

²⁵ Thomas, Y., “La romanistique allemande et l’État depuis les Pandectistes”, H. Bruhns, J.M. David y W. Nippel (eds.), *La fin de la République romaine. Un débat franco-allemand d’histoire et d’historiographie*, Roma-Paris, 1998, pp. 113-126.

²⁶ Kunkel, W., *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford, 1966, p. 77, citado por Thomas, “La romanistique allemande et l’État...”, p. 121.

²⁷ Von Savigny, F.K., *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, p. 30, citado en Thomas, Y., “La romanistique et la notion de jurisprudence”, *Droits* 4 (1985), p. 155.

²⁸ *Ibid.*, p. 154.

interrumpido “el desarrollo intrínseco del derecho”²⁹. Este aspecto de la romanística alemana del siglo XIX que había marcado profundamente el siglo XX y que traducía el dogma de la “representación” del espíritu de la comunidad popular en la obra de los juristas que dan al sentimiento del derecho una forma articulada, retomado con vigor aún hoy en día para un derecho medieval que emanaría de las cosas mismas, síntoma de un pensamiento profundamente conservador –aunque no siempre consciente de sí mismo– sería señalado por Yan Thomas a lo largo de toda su obra, signada por la aversión profunda al pensamiento antinómico de las “instituciones naturales”. El “conflicto entre la ciencia y la costumbre, entre el derecho romano y el derecho germánico era en realidad secundario frente a la unidad de convicciones y de estructuras mentales. Historia, Pueblo, evolución orgánica, representaban, tanto para los romanistas conservadores como para los germanistas nacionalistas, los mismos obstáculos ideológicos a la constitución de un derecho público específico”³⁰.

La historia de los obstáculos a la constitución de un derecho público había sido brillantemente analizada por Yan Thomas en un trabajo sobre Mommsen, centrado en el *Abriss des römischen Staatsrechts*³¹, obra sin precedentes que el genial romanista completaría sólo en su vejez, “causa final” de un trabajo prodigioso de preparación que combinaba filosofía, epigrafía, historia y derecho. Thomas mostraba la incompreensión de la había sido objeto la obra en el momento de su publicación. Mommsen había tomado distancia de la corriente anticuarista a la que estaba ligado inicialmente y que subvertiría por completo. Esta excluía el análisis de cualquier factor social o de cualquier otro orden que actuase sobre el derecho para transformarlo y se regía por una lógica de la contigüidad que reagrupaba, sin marco cronológico, instituciones en función de afinidades. Pero Mommsen se oponía también claramente a la corriente opuesta, la *Verfassungsgeschichte* (historia constitucional) que pertenecía al género histórico y cuyo representante más conspicuo era Niebuhr, con su *Historia romana* de 1811, que llega a la historia romana por pasión política como muchos de sus contemporáneos. Para Niebuhr, en un gesto totalmente opuesto al de Mommsen, la búsqueda de un derecho público estaba subordinada a un proyecto político retrospectivo, centrado en el rechazo a la revolución y en el ideal liberal de una constitución mixta capaz de realizar el compromiso entre nobleza y pueblo³².

La *Verfassungsgeschichte* aceptaba en verdad el trabajo de la escuela histórica del derecho que, en el espíritu de Savigny, permitía hacer la separación entre lo que podía entrar en el derecho actual y lo que debía ser abandonado a la especulación erudita. En ella la historia servía sólo para “decantar el derecho de todo lo que no le era esencial, de todo lo que llevaba la marca del tiempo”³³, y dejaba de lado el derecho familiar, el derecho público y las fuentes del derecho, “marco externo” del derecho privado, que constituía el derecho mismo. No había en esta perspectiva un *Staatsrecht* posible, sino una *Verfassungsgeschichte* a mitad camino entre la historia y la política. “Por una parte, la esfera del derecho privado solo se ocupaba del individuo, de la propiedad, de la autonomía de la voluntad y del contrato. Por otro, los principios de la

²⁹ Von Savigny, *Vom Beruf ...*, p. 33, citado por Thomas, “La romanistique allemande et l’État...”, p. 121.

³⁰ Thomas, Y., *Mommsen et l’Isolierung du droit (Rome, l’Allemagne et l’État)*, Paris, 1984, p. 28.

³¹ Publicado por K. Binding, Leipzig, 1893.

³² Thomas, *Mommsen...*, pp. 12-13.

³³ *Ibid.*, p. 16.

organización, las mediaciones políticas o éticas, no tienen ningún modo autónomo, en particular ningún modo jurídico de existencia [...] Ninguna concepción abstracta del Estado, fundada por ejemplo en la idea de contrato o de soberanía del pueblo, se opone a la sociedad civil de los sujetos de derecho”³⁴.

Sólo cuando se constituya el estado bismarckiano, los juristas recusarán esta marginalización del derecho público (romano para Mommsen, alemán para Gerber y Laband, general para Jellineck). En efecto, en los años 50 Mommsen comparte aún la convicción de sus contemporáneos: el derecho privado pertenece a la ciencia porque constituye un sistema; el derecho público se revela en la descripción anticuarista y en la historia, como el derecho sacral, el penal y el familiar. Sólo en los años 70 cambiará de opinión y este cambio en la teoría del estado se producirá en relación con la situación política alemana de los años 60. Bismarck gobernará contra la Cámara e impondrá la acción del Estado en contra del respeto de una constitución que no es para él más que el compromiso entre fuerzas políticas, mientras el Estado, centro autónomo de decisión, es el sujeto que gobierna independientemente de la constitución³⁵. Las *Grundzüge* de Gerber, de 1865, ofrecen una nueva teoría del Estado como detentor de la *Macht* y la *Herrschaft*, el *Staatsrecht* se constituye de ahora en más fuera de la historia y las ciencias sociales, sobre categorías exclusivamente jurídicas, y se construye el Estado como los pandectistas habían construido el derecho privado. En los mismos años en que escribe Gerber, Mommsen funda las bases de la ciencia del derecho público romano y los años 70 ven la preeminencia de un *Staatsrechtslehre* que abandona la dualidad entre interno (privado) y externo (todo lo que el pandectismo había dejado fuera). Sucede un orden único pero jerarquizado en el que derecho público y derecho privado se incluyen en un encadenamiento que emana de la misma fuente, cada prerrogativa individual se concibe como el resultado de una serie de reglas de habilitación que dependen en última instancia del Estado. El individuo pasa a ser un tributario de derechos mientras que el único sujeto eminente es el Estado³⁶.

Las correspondencias entre el método sistemático del pandectismo y el trabajo de Mommsen que se señalan insistentemente no requieren ningún análisis particular, dado que él mismo proclama esta filiación desde el inicio. Las instituciones políticas nacieron “de una manera histórica, por lo tanto irracional”, dirá Mommsen³⁷. Pero en realidad, entre historia y ciencia jurídica se produce una tensión permanente que atraviesa toda la obra “entre la elisión de una historia que solo llama la atención cuando es ejemplar, es decir, cuando está cargada de sentido normativo, y el esfuerzo por reconstruir, a través de sus vestiduras sucesivas, las ideas puras del derecho público”³⁸. Mommsen desplaza la cuestión de los orígenes del plano de las realidades sociales al de las representaciones jurídicas: la doble realeza de Rómulo y Titus Tatius no tiene nada que ver con el sinecismo, sino que anticipa la dualidad consular; la historia de la caída de los decemvros ilustra el principio republicano del término fijo de las magistraturas; la historia de los nueve tribunos de la plebe castigados y quemados vivos por el décimo de entre ellos muestra la ausencia de base constitucional del tribunado, su naturaleza puramente factual y revolucionaria³⁹. En la construcción de Mommsen se revelan

³⁴ *Ibid.*, p. 26.

³⁵ *Ibid.*, p. 31.

³⁶ *Ibid.*, p. 34.

³⁷ Mommsen, *Abriss...*, “Vorwort”, citado por Thomas, *Mommsen...*, p. 35.

³⁸ *Ibid.*, p. 36.

³⁹ *Ibid.*, p. 37.

también, como en el caso del pandectismo, exclusiones: el Senado, la plebe y sus tribunos se oponen y quedan por fuera de lo que constituye el sistema de su *Derecho público romano*: un *Rechtssubjekt* cuya voluntad se expresa a través del magistrado o del acuerdo de este con la asamblea. La interpretación de las fuentes, dice Thomas, es menos histórica que paradigmática. “Excluidos, pero no silenciados, el poder real, la fuerza de la revolución, el peso de la historia, fascinan a Mommsen precisamente porque el derecho no ha podido absorberlos, porque presentan ineluctables resistencias”⁴⁰.

Yan Thomas se irritaba ante las propuestas supuestamente innovadoras que ignoraban retornar a “viejas lunas”, a problemáticas cuya novedad sólo reposaba en la ignorancia y el olvido, ante la incompreensión de banales comentaristas que dejaban de lado la empresa gigantesca que el *Derecho público* de Mommsen suponía, el esfuerzo monumental y hoy casi impensable que permitió la transmisión de un patrimonio del que sus sucesores viven aún hoy. “Los contemporáneos de Mommsen y sus sucesores mantuvieron con su pensamiento un malentendido aún no disipado (...). La paradoja ha sido que el mejor historiador del siglo XIX fue atacado en el terreno de la historia por anticuarios y filólogos puros; que, más tarde, los juristas afirmaron que había ignorado la historia (...), que, en fin de cuentas, fue al maestro del CIL, al autor de la *Historia de la moneda romana*, al infatigable descubridor de *realia* que osaba acusar de distancia con respecto a los hechos: pero esta es la paradoja de Mommsen, o mejor dicho su genio particular”⁴¹. La obra de Yan Thomas se inspira en el equilibrio frágil de una obra genial. Como Mommsen, distingue sistemáticamente lo que pertenece al derecho y lo que pertenece al resto, se niega a amalgamar, y tiene una pasión de intelección que elude las lecturas doctrinales o programáticas.

El análisis de la romanística del siglo XIX que Yan Thomas propone, devela en sus representantes rasgos que tradicionalmente se atribuyen de preferencia a los germanistas, en particular, la fascinación por la “evolución orgánica” del derecho, la desconfianza ante la heteronomía radical del Estado. Constituye asimismo una contribución importante a la comprensión de la centralidad que tiene para la historia el pensamiento del siglo XIX, aún hoy en día, y en particular para la historia medieval, como ha demostrado en numerosos trabajos Emanuele Conte. El éxito de un libro como *L'ordine giuridico medievale* (1996), de Paolo Grossi, que exalta el naturalismo medieval, “las fuerzas rudas y primordiales de la *rerum natura*” y los lazos entre el derecho y la “vida del pueblo”⁴², demuestra hasta qué punto esta influencia perdura y está lejos de ser abandonada.

4. Majestad y confesión

En un texto presentado en 1984 en un encuentro sobre la confesión en la Antigüedad y la Edad Media y publicado dos años después,⁴³ Thomas analizaba la expresión “*confessus pro iudicato*” usada en época de los Severos por el jurisconsulto Paulo y mostraba que si esta designaba entonces la pulsión de una conciencia culpable

⁴⁰ *Ibid.*, p. 48.

⁴¹ *Ibid.*, p. 9.

⁴² Sobre el libro de P. Grossi, envío a Conte, E., “Droit médiéval. Un débat historiographique italien”, *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 57, 6 (2002), pp. 1593-1613.

⁴³ Thomas, Y., “*Confessus pro iudicato*. L’aveu civil et l’aveu pénal à Rome”, AA.VV. *L’Aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Roma-Paris, 1986, pp. 89-117.

que hacía inútil el juicio, la auto-condena de un sujeto empujado por la falta, esto era el resultado de una mutación que había tenido lugar entre fines de la República y triunfo del Principado.

Contrariamente a una lectura a la que habían cedido los romanistas, que leían en la expresión un sentido estable, una locuaz interioridad desbordada por la culpa, Yan Thomas mostraba que la confesión civil no implicaba ni conciencia, ni falta, ni verdad, sino sólo la ratificación verbal de las palabras pronunciadas por otro, el reconocimiento de una deuda evaluada en moneda. Antes de designar la conciencia de la falta, la *confessio* sería medio de defensa, retirada, concesión, súplica que transformaba al vencedor en protector del que se espera la gracia, pero la práctica cada vez más sistemática de la tortura en época imperial transformaría a su vez la violencia del fuero interno a la que cedían los *confessi* en verdad arrancada (“*eruerere veritatem*” es una expresión usual) por la implacable violencia infligida a un cuerpo devastado por el dolor. A la expresión libre de reconocimiento de la deuda civil, de la *confessio* republicana, se oponía de modo absoluto la *confessio* penal que un régimen -cuya arbitrariedad creciente era claramente percibida- había impuesto a acusados y testigos.

Retomando el tema años después⁴⁴, Yan Thomas inscribe de lleno la reflexión en una interrogación desplazada esta vez hacia la Majestad y su doble, el proceso inquisitorio, luego inquisitorial. El desplazamiento conoce etapas, entre las que se cuenta el proyecto de un libro, inconcluso, con Jacques Chiffolleau, sobre la Majestad en Occidente, cuya esencia sería la larga historia jurídica de “la referencia a lo sagrado para fundar la inexpiable de los crímenes de Estado”, y el texto escrito en memoria de André Magdelain sobre la tortura como parte esencial del proceso desde los emperadores julio-claudianos⁴⁵. El Principado es un régimen político de terror durante el cual la extensión creciente de la lesa majestad a los crímenes más diversos permite la generalización de los procedimientos de excepción que producen una nueva racionalidad jurídica en la que la verdad “se conquista unilateralmente y se arranca con el sufrimiento físico y el miedo”⁴⁶ y la delación extiende indefinidamente el círculo de los acusados. Sólo a este precio adviene la eficacia jurídica de la conciencia culpable en la que, como si se tratase de una pulsión interna, libre, casi ineluctable, “la subjetividad es sancionada por el derecho”⁴⁷.

El proyecto sobre la Majestad debe ser leído en un diálogo con textos que Jacques Chiffolleau publica en 1986 y 1990: “Sur la pratique et la conjonction de l’aveu judiciaire en France du XIIIe au XVe siècle”⁴⁸ y “Dire l’indicible. Remarques sur la catégorie de *nefandum* du XIIe au XVe siècle”⁴⁹. Thomas realiza un análisis riguroso de

⁴⁴ Thomas, Y., “L’aveu, de la parole au corps. (Rome, Ve siècle av. J.C.-IVe siècle apr. J.C.)”, R. Dulong (dir.), *L’Aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, 2001, pp. 17-56.

⁴⁵ Thomas, Y., “Les procédures de la majesté. La torture et l’enquête depuis les julio-claudiens”, *Mélanges de droit romain et d’histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris, 1998, pp. 477-499.

⁴⁶ Thomas, “L’aveu, de la parole au corps...”, p.34.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 55.

⁴⁸ Contribución al coloquio en el que Thomas publica “*Confessus pro iudicato...*”: Chiffolleau, J., “Sur la pratique et la conjonction de l’aveu judiciaire en France du XIIIe au XVe siècle”, AA.VV. *L’Aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Roma-Paris, 1986, pp. 341-380.

⁴⁹ Chiffolleau, J., “Dire l’indicible. Remarques sur la catégorie de *nefandum* du XIIe au XVe siècle”, *Annales. ESC* 45, 2 (1990), pp. 289-324. El texto será retomado y modificado en “Avouer l’anvouable: l’aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge”, Dulong (ed.), *L’aveu...*, pp. 37-97.

la *maiestas* en el que demuestra que el sentido romano se aleja íntegramente del de los publicistas de la monarquía francesa, y en particular de Jean Bodin. Si para Bodin la *maiestas* es el equivalente del concepto de soberanía, Yan Thomas muestra que contrariamente a la *maiestas*, que se forma sobre el comparativo *maior* y se piensa como susceptible, siempre, de gradación –*augere maiestatem, minuere maiestatem*, sintagma con el que se formula el crimen de Majestad-, la soberanía se asienta sobre la esencia “no cuantificable del Estado”⁵⁰. La *maiestas* de un ser es, estrictamente hablando, su estatuto de *maior*, lo que implica que hay otros seres *minores* que ella, mientras que la soberanía no está afectada cuantitativamente, porque es la formulación misma de la unidad y la autonomía estatal.

En los *Fastos* de Ovidio, la Majestad emerge del Caos “como institución de la distancia política”⁵¹. “Era cualquier honor parejo [...] hasta que Honor y Reverencia, hermosa en su plácido rostro, colocaron sus cuerpos sobre legales lechos. De aquí brotó Majestad”⁵². Luego la tierra da a luz a los Gigantes. Atacan la morada de Júpiter, que los derrota; defendida por los dioses, Majestad subsiste y garantiza una jerarquía de poder que va de Júpiter, a los padres, las madres, las vírgenes, los magistrados, los reyes detentadores del *imperium*. Pero su legitimación jupiteriana es tardía. En sus orígenes, la *maiestas* no tiene ningún referente religioso. Su ámbito es el del derecho. Antes incluso de encarnar la *maiestas* del pueblo romano, se manifiesta en la institución de la *magistratus*, la magistratura consular. Como ha sido demostrado por André Magdelain⁵³, la ideología de la soberanía popular es tardía, la *maiestas* consular hereda el *imperium* de la monarquía y sólo reconoce una *maiestas maior* popular en 300 a.C., cuando en verdad, y contrariamente al mito de la libertad republicana que postula un anacronismo, se instituye la *provocatio ad populum*, susceptible de detener la decapitación que el cónsul ordena. A partir del 250 a.C. emerge la noción de una Majestad destinada a expandirse indefinidamente, y hacia la mitad del siglo II a.C. la dominación se extiende al mundo; pero la acusación de *minuere maiestatem* sólo se verifica en el 100 a.C. De allí en más la Majestad adquirirá su segunda característica esencial: la de ser formulada en base a las prohibiciones que la protegen, contraria, nuevamente, a la acción positiva y ofensiva de la soberanía moderna. Accede entonces, y sobre todo con la instalación del Principado, a una inviolabilidad que ocupa una zona virtualmente indefinida, que legitima la delación, la tortura, la *inquisitio* de oficio que se extiende a los crímenes de derecho común, una historia que estará indisolublemente unida a la de la práctica judicial.

Es esta historia la que resurge en el siglo XII, cuando la Majestad se recupera en su formulación negativa: la lesa-majestad, que funda el procedimiento extraordinario, tomado de la tradición romana, y desarrollado en el ámbito del derecho canónico. Y esta lesa-majestad de los crímenes contra el Estado se elabora, como lo demuestran los trabajos de Jacques Chiffolleau y sus discípulos⁵⁴, en torno a la herejía, a la sodomía, a todo lo que atenta a una *natura* que en el lenguaje jurídico se definirá, como la Majestad, negativamente: los crímenes contra natura⁵⁵ que vulneran la Majestad divina.

⁵⁰ Thomas, Y., “L’institution de la majesté”, *Revue de synthèse*, IVe série, 3-4 (1991), p. 336.

⁵¹ *Ibid.*, p. 332.

⁵² Ovidio, *Fastos*, 5.

⁵³ Magdelain, A., “De la coercition capital du magistrat supérieur au tribunal du peuple”, *Labeo* 33 (1987), pp. 139-166.

⁵⁴ Significativos en particular los de Julien Théry.

⁵⁵ Chiffolleau, J., “*Contra-naturam*. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale”, *Micrologus* 4 (1996), pp. 265-312.

A partir del siglo XII se construye una extensión sin límites, como la había construido el Principado, de los posibles crímenes contra el Estado, contra la Majestad de Dios, que autorizan la difusión ingente del procedimiento extraordinario, de la tortura, de la delación infinita que se abre con la aceptación de la *fama*⁵⁶, de la opinión pública como prueba judicial.

El análisis jurídico del proceso se opone a la abundancia de una producción que considera que nada tiene que aportar la doctrina al estudio de la práctica; a ciertos análisis que acentúan de modo exclusivo los elementos negociados y las dinámicas sociales puestas en juego; a la insistencia, por último, en lo infra o meta jurídico, que orienta la reflexión hacia los rituales y los gestos, las pasiones y las éticas que dejan de lado la gramática documental. La temática procesal ha sido íntegramente renovada por los análisis de Yan Thomas, las normas y las prácticas judiciales deben entenderse desde una perspectiva interna y consciente de los dispositivos específicos que las producen. La alta tecnicidad del lenguaje jurídico obliga a reformular la experiencia, califica los hechos e impone condiciones de “veridicción” ajenas a la sensibilidad inmediata, porque el lenguaje jurídico “no fue jamás concebido como la formulación anhelante de las percepciones frescas del mundo”⁵⁷.

5. *Patria potestas*

A partir de los años 80, siendo miembro de l'École Française de Rome, Yan Thomas dedica una serie de textos fundamentales al tema de la *patria potestas*, variaciones, en cierto modo, sobre lo que designará como “la organización jurídica de la vida”. En un artículo que desplegaba una extraordinaria erudición, establece el sentido definitivo y ya indiscutible de *parricidium* como muerte del padre (no se sabe si del genitor o del *paterfamilias*), mientras que la opinión común seguía la afirmación de anticuario de Verrius Flaccus que leía el *parricidium* como homicidio voluntario de un hombre libre⁵⁸, y demuestra, además, que este crimen no se inscribe en el campo semántico del parentesco, sino en el del poder, que se designa bajo la modalidad de *Pater*, como se llama *pater patriae* a un consular que había salvado al Estado y, por excelencia, al Príncipe. La *potestas* no se dice *paterna*, lo que habría designado tal o cual padre, sino *patria*, según un modo de sufijación que refiere a la *función*: al Padre. “El poder de todo sujeto de derecho se define, en derecho romano, como el poder del oficio de Padre”⁵⁹.

Pondrá asimismo de manifiesto, que el poder del padre como *vitae necisque potestas* es una relación jurídica que solo concierne al hijo y se expresa con la muerte. Es decir, no existe en derecho una jurisdicción doméstica que reúna la *vitae necisque potestas* como derecho general de muerte sobre los hijos, las hijas, la esposa y los

⁵⁶ Théry, J., “*Fama*: l’opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l’inquisitoire (XIIe-XIVe siècle)”, B. Lemesle (dir.), *La preuve en justice de l’Antiquité à nos jours*, Rennes, 2003, pp. 119-147 (traducción al castellano en E. Dell’Elicine, P. Miceli y A. Morin (eds.), *De iure. Nuevas lecturas sobre derecho medieval*, Buenos Aires, 2009).

⁵⁷ Cito a Baxandall, M., *Les humanistes à la découverte de la composition en peinture 1340-1450*, Paris, 1989, p. 68, a propósito del latín neoclásico de los humanistas.

⁵⁸ Thomas, Y., “*Parricidium*”, *Mélanges de l’École Française de Rome* 93 (1981), pp. 643-715.

⁵⁹ Thomas, Y., “À propos du parricide. L’interdit politique et l’institution du sujet”, *L’inactuel* 3 (1995), p. 187.

esclavos⁶⁰. El poder sobre los esclavos depende del *ius gentium* y no del espacio civil, el castigo de las hijas y las esposas se inscribe en los *mores* y constituye la sanción penal de un delito, pero el poder sobre el hijo es un poder permanente, un derecho en estado puro. Nada tiene que ver este principio absoluto con la historia social y es un error imaginar una sociedad que suaviza sus hábitos feroces cuando, retrospectivamente, condena en 323 un poder de muerte sobre los hijos que era permitido *olim*. Mas aún, Yan Thomas demuestra que, filológicamente, el sentido de *vita* en la expresión nada tiene que ver con el *tollere liberos* con el que el *pater* erigía en hijo al recién nacido y rechazaba la posibilidad de la exposición, ni era tampoco un lugar común filosófico. El *que* no es disyuntivo y se debe partir de la muerte, de *nex* –cuyo sentido es la muerte sin efusión de sangre (la privación de alimentos, la horca, el estrangulamiento, la vivicombustión) que gobierna la expresión: el poder de matar conlleva el de dejar en vida. Es en este poder que reside su *animus patrius*, que Yan Thomas traduce como “su esencia de padre”, “su principio paterno”, manifestación por excelencia de un poder en estado puro, verdadera prerrogativa de derecho público que supone la situación extrema en la que el *pater* reconoce la disciplina esencial que lo liga a la ciudad y da muerte a un hijo que se ha transformado en ciudadano rebelde o magistrado sedicioso, fundando así el derecho de otros padres a imitarlo.

En 1995⁶¹ retoma un tema, la obsesión del parricidio, que había inicialmente planteado en 1983 en un texto publicado en italiano⁶², pero a propósito del que ofrece una nueva lectura. Los romanos hablan constantemente del parricidio. El miedo de los padres es un hecho constatable. El tema ofrece una “abundancia inverosímil”: Cicerón interviene en cuatro casos a lo largo de su carrera, habiendo sido él mismo acusado de haber atentado a la vida de su padre y de su tío paterno. Durante los primeros decenios del Principado, Suetonio afirma que uno de los placeres de Claudio era presenciar el suplicio de los parricidas. Las guerras civiles estaban en general marcadas por un aumento enorme de parricidios y bajo el Imperio, el parricidio judicial, es decir, la acusación del padre ante una corte criminal, era abiertamente alentado por Tiberio, imponiendo la delación al servicio del emperador y en defensa de la Majestad.

No obstante, al mismo tiempo, el parricidio era el *scelus incredibile*, aquel en el que era imposible creer. La expresión constituye un “lugar” retórico que narra el caso de los hermanos Caelii, a quienes se había encontrado durmiendo en la habitación adyacente a la del padre degollado: una actitud de tal serenidad y abandono sólo podía ser un indicador de su inocencia (Cicerón, *Pro Roscio Amerino* 23.64). En las escuelas de retórica se enseñaba también el tema del matricidio de Orestes, ejemplo mismo de la conciencia atormentada por las Furias que mostraba que la demencia era a la vez, la causa y la consecuencia de un crimen tal.

El tema tradicional, de inspiración platónica, del peligro de las leyes, que narra que el reinado de la ley fue introducido por el primer legislador en un mundo en el que monarcas omniscientes y sabios eran pastores de una sociedad transparente que

⁶⁰ Thomas, Y., “*Vitae necisque potestas*. Le père, la cite, la mort”, Y. Thomas (ed.), *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma-Paris, 1984, pp. 499-548.

⁶¹ Thomas, “À propos du parricide... ”.

⁶² Thomas, Y., “Paura dei padri, violenza dei figli. Immagini retoriche e norme di diritto”, E. Pellizer y N. Zorzetti (eds.), *La Paura dei padri nella società antica e medievale*, Roma-Bari, 1983, pp. 115-140.

respetaba los mandatos de la naturaleza, sólo encuentra lugar en Roma a propósito del parricidio. Es el único que fue el resultado de una increíble imprudencia legal. “Iluminados sobre el mal por la ley” el parricidio sólo conoce como origen la ley que lo condena: “es desde adentro de la ley que el desorden había hecho su primera irrupción en el mundo”⁶³.

No existe, en efecto, un primer parricidio al que la ley responda. Los romanos sabían la fecha del primer asesinato, de la primera traición, de la primera violación, del primer incesto, pero la del primer parricidio era incierta. Tres fechas aparecen, mencionadas por Plutarco, Tito Livio y Orosio: 200, 133 y 100, fechas que la analítica muestra ligadas a la aparición de prodigios. Nacimiento de hermafroditas que fueron ritualmente ahogados en el Tíber y que asimilan el parricida a un *monstrum*. Pero estos relatos no son presentados como una historia primordial, originaria.

Para Yan Thomas, el horror del parricidio se explica en la medida en que rompe con el modo propiamente romano de emergencia del sujeto. La heteronomía se alcanza en derecho civil sólo con la muerte del padre, lo que supone que no existe un sujeto autónomo que no haya sido antes *alieni iuris*, que no haya estado bajo el poder de otro. El parricidio es un crimen de “leso-poder”, un atentado al derecho civil en su conjunto y en tanto tal perturba el orden de la sucesión legítima en la medida en que el hijo se apropia violentamente de una *potestas* que sólo podía recibir de la natural muerte del padre, una forma de autoinstitución que rompe con el modo en que el derecho piensa la institución del sujeto.

Sus trabajos sobre la patria potestad van a insertarse en esos años en dos temáticas particularmente fecundas en el ámbito de la historia, y en particular de aquella que se define como antropología histórica: el parentesco y la historia de las mujeres primero, y luego de género. A esta historia de las mujeres, Thomas hará una contribución fundamental en un texto ampliamente difundido: “La división de los sexos en el derecho romano”⁶⁴. Partirá, como es habitual en él, del caso extremo: el del hermafrodita, que el derecho no definirá como un *tertium genus*, el *uterque sexus* que la medicina antigua contempla y que la religión condena como prodigio a ser ahogado en el Tíber; a efectos jurídicos, *debe ser* hombre o mujer. Se decidirá entonces en función del sexo que predomine cuando se excitan sus órganos sexuales. Hay por lo tanto hermafroditas mujeres, que no pueden asistir a la apertura de un testamento, que en Roma es un oficio viril, pero sobre todo que, siendo mujeres, no pueden tener “herederos suyos” (*heres suus*), es decir, descendencia legítima.

Las mujeres transmiten su estatuto ciudadano a un hijo que hayan tenido fuera del matrimonio y entran al igual que los hombres en la sucesión de los bienes del *pater* bajo cuya potestad se encuentran cuando este muere. No obstante, la mujer es “comienzo y fin de su propia familia” (D.50.16.195.2), un segmento, privado de sucesión legítima. La mujer es madre por parto y en eso posee una autonomía de la que el hombre carece, puesto que él sólo será padre si el hijo que nace ha sido engendrado en un momento en que estaba unido a una mujer en *iustae nuptiae*. La ausencia de sucesión femenina no es una cuestión de parentesco, sino de poder. La mujer carece de *patria potestas* en un contexto en el que “la institución del derecho paterno cubre el

⁶³ Thomas, “À propos du parricide...”, p. 169.

⁶⁴ Thomas, Y., “La divisione dei sessi nel diritto romano”, P. Schmitt-Pantel (ed.), *Storia delle donne*, Bari, 1990 (edición española, Taurus, Madrid, 1991).

parentesco, duplica la filiación al punto de incorporársela por completo o de dejarla subsistir a veces fuera de ella, vacía de contenido jurídico”⁶⁵. El parentesco natural pertenece al espacio en que la relación de parentesco no está subsumida bajo ningún lazo de poder y se rige por lo que la naturaleza permite: un lazo de vida marcado por el nacimiento y la muerte.

En el ámbito del parentesco, la traducción que Thomas realiza del *Liber de gradibus* del jurista Paulo, de los primeros decenios del siglo III, dentro de uno de los volúmenes que Pierre Legendre consagra entonces al principio genealógico en Occidente, ofrece un aparato crítico de importancia capital⁶⁶. En el centro del derecho civil está la sucesión, el traspaso del patrimonio de los muertos a los vivos; el matrimonio no es más que un mecanismo al servicio de la filiación y el tratado describe las normas de la sucesión según las posiciones respectivas de los parientes herederos del difunto pensadas en *gradus* (unidad de medida de distancia). Es la distancia relativa en términos de posición genealógica con respecto a un *ego* que ocupa el lugar del muerto la que define el sistema de sucesión del derecho civil. Este texto, escrito a comienzos del siglo III, es retomado en la compilación de derecho bizantino del siglo VI, pero se trata de una estructura que se constituye ya en la segunda mitad del siglo I a.C.

Las notas al texto son fragmentos extraordinariamente precisos sobre el parentesco romano en el que cabe destacar varios elementos: no se aplica la noción de “grado” a los afines –contrariamente a lo que hará el derecho canónico–; la noción de incesto es ignorada en el tratado; la noción de “grado” no trata las prohibiciones matrimoniales a las que se aplica por el contrario la noción de “clases de parientes” – será nuevamente el derecho canónico el que imponga la noción de grado en el contexto del vocabulario del incesto contando además, no ya al modo romano que asciende y desciende los intervalos a partir de *ego*, sino en términos de generaciones–; la palabra *persona* significa una categoría de parentesco definida por la posición con respecto a *ego* y por el sexo, en el que todas las combinaciones entre los seis grados son nombradas creando así el parentesco –definido por la sucesión– como espacio saturado.

Dos temas que Yan Thomas menciona en estos textos serán retomados en trabajos sucesivos y constituyen una parte importante de un texto inconcluso, el libro cuyo título había oscilado entre el derecho del padre y su muerte: el *venter*, palabra que designa al hijo por nacer en caso de divorcio y, sobre todo, de muerte del padre; el *heres suus*⁶⁷, cuyo sentido Thomas esclarece a través, precisamente, de la casuística del hijo póstumo.

La palabra *venter*⁶⁸, designa, sólo en contexto jurídico, al hijo que la mujer lleva en el vientre cuando ha dejado de ser, por divorcio o muerte, la *uxor* de un ciudadano, y la designa a ella. “La mujer encinta es enviada en posesión en nombre del vientre”

⁶⁵ p. 124 de la versión española.

⁶⁶ Thomas, Y., “Le droit romain. Le traité des computs du jurisconsulte Paul”, P. Legendre, *Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, textos traducidos y presentados por A. Schütz, M. Smith y Y. Thomas, Paris, 1988, pp. 28-119.

⁶⁷ El primer texto dedicado a la problemática del *heres suus* data de 1987, Thomas, Y., “Du sien au soi: *pro suo, suus heres*”, *L'écrit du temps* 15 (1987), pp. 157-172, pero desgraciadamente no he podido consultarlo.

⁶⁸ Thomas, Y., “Le ventre. Corps maternel, droit paternel”, *Le Genre humain* 14 (1986), pp. 211-236 (versión en castellano en Yan Thomas, *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Buenos Aires, 1999, pp. 125-150).

(*mittere ventrem*). A la madre en ciernes se le confiere la posesión de los bienes de su vientre. En efecto, los derechos sucesorios de un hijo póstumo que no haya sido tenido en cuenta por el testamento de forma explícita, para integrarlo o desheredarlo, rompe el testamento del padre, suspendiendo todas sus disposiciones y retornando a la sucesión legítima que le reserva una parte igual a la de los hijos e hijas ya nacidos. “Los que están en el útero –dirá Juliano– son considerados, en prácticamente todas las ramas del derecho civil, como dotados de existencia natural. En efecto, las sucesiones legítimas son restablecidas en su beneficio. Si la mujer embarazada es capturada por los enemigos, el que nacerá tiene ya derecho al retorno (*postliminium*)” (D.1.5.26).

El *nasciturus* es considerado como ya nacido porque existe una *spes nascendi*. La tentación de una hipótesis naturalista es sin duda considerable, pero Yan Thomas demuestra que se trata exclusivamente de la esperanza que concierne a un derecho de sucesión: no existe *spes nascendi* para los esclavos, en quienes el hijo no nacido “no puede ser considerado como habiendo sido un ser humano” (D.35.2.9). La esperanza de un nacimiento es una vocación de hombres libres⁶⁹.

El hijo que el vientre contiene se sitúa en la categoría de *heres suus*, lo que suspende en cierto modo la muerte del padre al momento de su nacimiento. *In utero*, la potestad paterna se expresa con los alimentos que nutren al vientre, tomados de los bienes paternos, y considerados como aquello que lo mantiene en vida sin alimentar a la madre, que debe nutrirse de sus propios bienes, como si el derecho crease un doble circuito y el hijo por nacer pudiese morir si sólo fuese alimentado por los bienes maternos. “La matriz, la mujer, el hijo póstumo: de ese complejo orgánico el derecho extrae un sujeto virtual: sujeto de derecho (...) y en consecuencia incorporal”⁷⁰.

“Herederero suyo” es una expresión elusiva cuyo sentido Yan Thomas esclarece. En primer lugar, el sentido de *heres suus* no debe ser leído como un calificativo de *heres*, sino como un adjetivo sustantivado cuyo atributo es *heres*. En efecto, para remitir a alguien que no es el sujeto, se utiliza el posesivo no reflexivo *ejus*, mientras que “el reflexivo señala una relación de sí a sí mismo” siguiendo un procedimiento que en derecho romano indica la heteronomía, la independencia como dominio de sí sobre sí mismo: *suae potestatis, suo nomine, sui iuris*. “El *suus* es por lo tanto el heredero que, alternativamente, pertenece al muerto y se pertenece”⁷¹. Lo que ilumina la ficción según la cual existe una identidad entre el padre y el hijo, “el hijo y el padre son una misma persona” (C.6.26.11), cuyo significado, fuera de toda interpretación metafísico-sentimental implica que, a la muerte del padre, el hijo no parece recibir la sucesión, sino adquirir la libre administración de los bienes que esa identidad le confería en suspenso.

La casuística del *heres suus* muestra que más allá de las proyecciones genealógicas idealizadas que formulan el parentesco hasta el sexto grado, la jurisprudencia se detiene en el bisnieto (o la bisnieta), tomando en cuenta sólo tres generaciones a partir de *ego*, es decir, la distancia en la que es pensable que un descendiente haya sido concebido en vida del ascendiente. En época de Adriano, Juliano escribe: “Según el uso común, se llama parientes a los nietos de aquellos tras cuya muerte fueron concebidos; pero se trata de un uso impropio, de un abuso de lenguaje”

⁶⁹ Thomas, Y., “L’enfant à naître et le héritier sien. Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain”, *Annales. Histoire. Sciences Sociales* 62, 1 (2007), pp. 29-69.

⁷⁰ Thomas, Y., *La mort du père*, manuscrito, capítulo III, “Le ventre de la mère”.

⁷¹ Thomas, “Le droit romain. Le traité des computs...”, p. 89.

(D.38.16.8). El poder como mecanismo permanente y expresión necesaria de la filiación en Roma, no se manifiesta nunca tan claramente como en el caso del póstumo, que requiere la ficción de una existencia jurídica prenatal en la que el poder del padre se prolonga más allá de la muerte para crear un tiempo común a ambos. “Aquel que no está bajo la potestad del que va a morir no puede ser llamado heredero suyo” (D.28.1.12). El heredero suyo es “el que ha estado bajo el poder del padre hasta el momento de la muerte de este último” (D.38.15.1.1). “El momento en el que el poder paterno se apodera del heredero como *suus* es el de la muerte misma”⁷². En esta última versión de un tema que estuvo presente siempre en las investigaciones de Yan Thomas, la *patria potestad* ha dejado de ser un hilo continuo, aquello que se transmite de mano en mano y no sufre ninguna solución de continuidad: “Se produce lo contrario. La *potestas* resurge, nueva, cuando desaparece el que la detenta”⁷³.

6. Orígenes

“Los Romanos parecen no querer reconocer ningún origen a su derecho”⁷⁴. Más aún, los muros de la ciudad se erigen “una vez que ha sido descubierto el derecho humano y divino” (Cicerón, *Pro Sestio* 91). Si bien la tradición de las leyes reales reparte algunos gestos fundacionales concibiendo una obra legislativa con el modelo de los nomotetas griegos, ninguno de esos reyes sabinos o etruscos adquiere un peso suficiente que lo designe como primer legislador. El relato más completo sobre el encadenamiento de las normas legendarias está dado en el siglo II de nuestra era por el *Enchiridion* de Pomponio y el más antiguo cuerpo de *ius* se presenta como un cuerpo designado bajo el nombre, pero no bajo la autoría, de quien las compila: el *ius Papirianum*. En el *Enchiridion* Pomponio aclara que Papirio no agregó nada personal, sino que ordenó un conjunto sin orden que lo preexistía. Papirio es para las fuentes jurídicas un contemporáneo de Tarquino el Soberbio que ha compilado las *leges regiae*, para la analística, uno de los primeros grandes pontífices de la República que habría recogido la sola legislación de Numa, pero es, en todo caso, un mediador.

Esta tradición de borradura del sujeto llega al punto de fundar un relato de Plutarco según el cual en 181 a.C. un arado había puesto al descubierto un ataúd que contenía los libros de Numa. Libros de filosofía pitagórica según Cassius Hemina, o libros pontificales en donde se narraban los orígenes (*causae*) de las instituciones sagradas. El Senado ordena que sean quemados para evitar que puedan ser conocidos por el pueblo. Contrariamente al libro de Papirio, en donde se recogía lo que se había transmitido de los escritos de Numa, los escritos mismos de Numa estaban “demasiado cercanos a sus propios orígenes, confundándose casi con ellos” y provocaban por lo tanto un terror sagrado en el Senado que los condena al fuego.

El derecho romano se piensa a sí mismo como un crecimiento orgánico, ligado a la creación de un espacio cerrado: *condere* es a la vez, dice Verrius Flaccus “encerrar en el interior de un lugar” para conservar más fácilmente, pero también “consignar por escrito”, “hacer”, “componer”, “disponer”⁷⁵. El *ius inconditum* está sometido a los caprichos del legislador, dirá Cicerón, (*De oratore* 1,197), lo que significa que la

⁷² *Ibid.*

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Thomas, Y., “Idées romaines sur l’origine et la transmission du droit”, *Rechtshistorisches Journal* 5 (1986), pp. 253-273, p. 253.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 269.

expresión no refiere esencialmente a la división entre oral y escrito, sino, esencialmente, a lo que separa el acto individual, “reducido a propio instante”, de la norma establecida, “objetivada por el saber sin edad que la funda”⁷⁶.

Origen en efecto absoluto en tanto no debe someterse a los mandatos de tiempo y lugar a los que por el contrario se somete el relato del mito fundacional, que Thomas analiza en un texto que se abre con un relato⁷⁷. Cuando iniciaba el año político, los magistrados subían al Capitolio y luego iban a Lavinium, a treinta kilómetros al sur de Roma, para sacrificar a los *dii penates populi Romani*, puesto que era allí que residían. Según el mito, Lavinium había sido fundada por Eneas y allí habría instalado los símbolos de los dioses penates salvados de Troya: Lavinium era así el lugar donde “la estirpe encuentra un territorio”⁷⁸. Roma y sus dignatarios se desplazaban entonces al lugar de su origen anterior a su fundación, a los orígenes de los orígenes de la ciudad de Roma, fuera de ella, allí donde residían los *sacra primordia*. Esto requiere responder a la pregunta de por qué los Romanos no eligieron pensar como contemporáneo de la ciudad el santuario de sus dioses. Según la vulgata analística, Alba había nacido de Lavinium y Roma de Alba. Pero un mito acreditado por la analística pontifical contaba que en el momento de la fundación de Alba los dioses penates trasladados de Lavinium habían vuelto a su lugar de origen no solo una primera, sino una segunda vez, luego de haber sido nuevamente transportados a Alba. No habrá un tercer intento, y esto, veremos, es central en la interpretación de Yan Thomas.

Es a través del derecho que Yan Thomas pensará esta aparente inconsistencia. Esta construcción del origen se entiende en el contexto de una idea propiamente romana de la fundación. Si se piensa en la identidad que procede de la filiación se advierte que “cada uno es sí mismo a través del otro al que reemplaza”⁷⁹. La categoría de *heres suus* combina la heteronomía con la autonomía, el heredero es “suyo” del muerto, y deviene a la vez *sui iuris* en el momento del último aliento del *pater*: es el “suyo” de otro en el momento mismo en que pasa a ser “sí mismo”. Así, y en relación con la fundación de la estirpe romana, se produce una celebración del origen que es a la vez una auto celebración.

La ley de las XII Tablas dice que “si el padre ha vendido su hijo tres veces, que el hijo sea libre del padre”. Ahora bien, en el derecho y en las prácticas sociales, un tiempo muerto de tres generaciones interrumpe la línea directa. Así por ejemplo, un patricio de ascendencia consular era considerado un “hombre nuevo” porque durante tres generaciones su familia no había recibido el honor de la magistratura. Asimismo, los descendientes de un senador no podían casarse con libertos o ejercer el oficio de gladiador hasta que tres generaciones los separasen de ese ancestro. Es esto lo que hace inteligible el fragmento decenviral: el padre hace atravesar al hijo tres generaciones más allá de las cuales pierde la memoria de su ascendencia. El lugar de filiación queda desanudado por las tres ventas. El relato mítico del fallido traslado (que elude el tercer traslado que lo habría hecho definitivo y eficaz) de las estatuas de los dioses penates, acto jurídico inacabado, puede leerse según esta regla, sólo que en una perspectiva inversa, puesto que es la ciudad hija la que intenta incorporarse una ascendencia al

⁷⁶ *Ibid.*, p. 271.

⁷⁷ Thomas, Y., “L’institution de l’origine. *Sacra principiorum populi romani*”, M. Detienne (ed.), *Tracés de fondation*, Louvain-Paris, 1990, pp. 143-170.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 170.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 157.

incorporar los penates. “Lo que evitó la no realización del acto, en definitiva, es la abolición de la distancia necesaria con la ancestralidad, el desplazamiento que le habría hecho perder su lugar”⁸⁰. Pero Lavinium no es más que un lugar simbólico. Las excavaciones no han revelado ninguna inscripción funeraria, lo que no ha producido el necesario asombro, porque una ciudad sin muertos no puede ser más que una ciudad sin vivos. Lavinium, dirá Yan Thomas, es una ficción política que no tiene otra existencia más que sacral y esta ilusión de ciudad, esta entidad política íntegramente aparente, contiene los orígenes de Roma.

Un último sentido de “origen” será objeto de una serie de textos publicados entre 1994 y 1996. La *origo* en sentido jurídico, designa un lugar que califica de modo indisponible la relación de los ciudadanos con su origen, pero no se trata nunca de la ciudad en la que han nacido, sino de aquella en la cual ha nacido el primero de sus ancestros –aunque la formulación sea absurda puesto que ni las constituciones imperiales ni la doctrina jurídica plantean la pregunta del grado de ascendencia requerido para determinar la *origo*. “Nacer” se combina en general con el lugar de donde uno viene, con un ablativo, y no con un locativo, que indica el lugar en donde se ha nacido. Se trata por lo tanto de una institución a la vez genealógica y política en la que el derecho público retoma una construcción de derecho civil: el orden legítimo sucesorio. La indisponibilidad de la *origo* domina incluso las ficciones que la adopción acepta, puesto que los adoptados siguen perteneciendo a la tribu de su primer padre sin jamás pasar a la del adoptante. La *origo* es una, indisponible, imborrable, una ficción que ninguna otra puede invalidar, salvo en un caso límite que, en verdad, ratifica su indisponibilidad, el del liberto de varios patronos que poseyesen diversos “orígenes”, puesto que no era posible reducir a uno los diversos lazos de la copropiedad servil, el liberto, por lo tanto, “*omnium patronorum originem sequitur*” (Ulpiano D.50.1.7).

La *origo* es el lugar en donde una ascendencia se inmoviliza, pero es indispensable recordar que nada tiene que ver esto con aquello en lo que los juristas del siglo XIX lo transformaron: el *ius sanguinis*, en la que “una mística de la sangre que conduce a la ideología biológica que domina hoy el derecho de filiación”⁸¹, se superpone a una construcción genealógica y ficcional. Esta construcción de la *origo* estará entre aquellas que la lectura medieval modifica radicalmente, puesto que la glosa elabora en la mitad del siglo XIII un verdadero derecho del suelo, limitando la ascendencia cívica e interpretando el concepto de “origen propio” como una ciudadanía que no se transmite ya por filiación sino por el nacimiento en un territorio (glosa a C.10.39.4)⁸². La interpretación medieval reducía así el peso de la lógica genealógica en el que se fundaba la *origo* romana y reportaba sobre el sujeto mismo su propia *origo*, es decir, realizaba un orden político fundado sobre el suelo, un nuevo tipo de lazo jurídico con el Estado.

Pero si esta *origo* romana tiene un tono arcaizante, lo que en verdad realiza, es decir, su impacto práctico, es el de mantener cerrado el acceso a la ciudadanía romana en el período que va entre la Guerra Social, luego de la cual se ha estipulado a qué ciudades se les ha concedido el derecho a la *civitas romana*, y el Edicto de Caracalla,

⁸⁰ *Ibid.*, p. 162.

⁸¹ Thomas, Y., “Citoyens et résidents dans les cités de l’Empire romain. Essai sur le droit d’origine”, L. Mayali (ed.), *Identité et droit de l’autre*, Studies in Comparative Legal History, Berkeley, 1994, p. 54.

⁸² *Ibid.*, p. 55.

que concederá la ciudadanía romana a todos los ciudadanos del Imperio. Puesto que la concesión de ciudadanía no es manejada en libertad por las ciudades mismas, que no pueden conceder la *adlectio* creando nuevos ciudadanos romanos, la *origo* inmoviliza entre el I s. a.C. y el 212 de nuestra era el acceso a la ciudadanía romana de modo definitivo, es decir, lo liga a una concesión de ciudadanía controlada por Roma, dado que César la concede a la Galia cisalpina y los emperadores la otorgarán a otras ciudades de Galia, Hispania, África, más raramente a ciudades del Oriente griego, fundando un sistema de doble enunciación y de doble pertenencia, la *origo* que ha dado la ciudad de sus ancestros y la *communis patria* (Roma), a la que pertenecen todos los ciudadanos de estas ciudades⁸³.

La indisponibilidad de la *origo* se acompaña de una segunda categoría fundamental, la de *incola*, que designa la residencia, el *domicilium*, concepto más técnico y abstracto que el de *domus*, que indica, jurídicamente, la residencia principal de hecho⁸⁴. El *domicilium* implica en cierto modo la movilidad, un desplazamiento. Es el lugar en donde se fija una *sedes*, electiva, allí donde están sus negocios (*sedes sibi constituere, sedes rerum suarum*), en una ciudad que no es “originariamente” la propia. La *sedes*, que define el estatuto de *incola*, de residente, denota a la vez permanencia y transitoriedad, “un lugar que se abandona, hacia el cual se va (...) una inmovilización provisoria, una simple pausa entre dos desplazamientos”⁸⁵. El derecho romano no contiene la categoría, que en la práctica es sin duda la más corriente, de “ciudadano-residente”; hace por el contrario de estas dos categorías nociones “puras”, una, marcada por la fijación definitiva, la otra, permanentemente disponible, ligada a la *voluntas*, a la *destinatio animi*, que permite que el hijo de familia no emancipado, que no posee ninguna autonomía patrimonial, pueda sin embargo elegir domicilio en otra ciudad que aquella en la que reside el padre, del mismo modo que el liberto puede hacerlo respecto del domicilio de su patrón; sólo la mujer casada está obligada a seguir el domicilio del marido.

Origen absoluto porque inaprensible del derecho, ficción política que sitúa el origen del origen de la fundación de Roma en un lugar virtual, pero que constituye, como la *origo* de la pertenencia ciudadana, el lugar en el que un linaje se inmoviliza en un lugar, el origen, como la naturaleza, es siempre un efecto de institución, lo que la obra entera de Yan Thomas muestra con la más absoluta precisión.

7. Naturaleza y ficción

En 1991 Yan Thomas consagra un texto a la institucionalidad de la naturaleza⁸⁶. Parte de las obras didácticas recogidas por el *Digesto* para llegar a la casuística en la que se ponen de manifiesto las operaciones concretas en las que la naturaleza es producida como institución. En las obras didácticas, que describen el derecho en una serie de círculos, el derecho natural ocupa la extensión mayor, pero lo que este círculo contiene no se subordina a él: en el *ius gentium*, derecho humano introducido después de la

⁸³ El texto definitivo sobre el tema es Thomas, Y., *Origine et commune patrie. Étude de droit public romain (89 av.JC-212 ap.JC)*, Roma-Paris, 1996.

⁸⁴ Thomas, Y., “Le droit d’origine à Rome. Contribution à l’étude de la citoyenneté”, *Revue critique de droit international privé* 84, II (1995), p. 267 ss.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 272.

⁸⁶ Thomas, Y., “*Imago naturae*. Note sur l’institutionnalité de la nature à Rome”, AA.VV., *Théologie et droit dans la formation de l’État moderne*, Roma-Paris, 1991, pp. 201-227.

naturaleza pero no según ella, aparece un inventario de instituciones (guerras y por lo tanto esclavitud y liberación de esclavos, pueblos, reinos, dominios privados, límites de tierras, edificios, intercambios, contratos consensuales, obligaciones) que se definen en ruptura con el derecho natural, incluso contra él. Los juristas remodelan así el dispositivo que les había sido transmitido por la tradición estoica y ciceroniana en el que la naturaleza ocupa una posición eminente, y dan a la naturaleza el estatuto, por cierto original, de institución. La secuencia ciceroniana “*vera lex, recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna*” (*De Republica* 3.22.33), se fragmenta y pierde su coherencia orgánica en los textos jurídicos y las invocaciones a la naturaleza, afirma Thomas, sólo valen cuando se trata de un obstáculo físico: dos niños no pueden salir a la vez del vientre; el padre no puede ser menor que el hijo; no se puede prometer la entrega de un centauro.

El incesto, por ejemplo, no es una interdicción natural, sino que se sitúa “en lo que las leyes prohíben” y cuando los juristas fundan un orden moral lo hacen en la legalidad. “Lejos de fundar las normas, la naturaleza, según los juristas de los siglos II y III, sólo prepara el terreno para extenderlas fuera de la ley. Lejos de ayudar a pensar las prohibiciones, se la pone al servicio de su extensión”⁸⁷. Así, si bien el incesto está prohibido por el derecho y no por la naturaleza, cuando tiene lugar entre esclavos, que no tienen ningún parentesco legítimo reconocido, se recurre a una naturaleza que permite instituir, por fuera del campo propio de las prohibiciones matrimoniales, un substrato al interdicto político, recurriendo al hecho de que la naturaleza da a los esclavos los padres que la ley les niega. Esto constituye un rasgo particular de la ética romana, que no reconoce como fuente más que la ley y los *mores* de la ciudad y postula la fuerte contradicción entre un concepto monumental que “supone un compromiso metafísico” y la tónica estrecha que le reserva el derecho.

En la edad natural todo era común a todos, estos bienes subsisten en derecho en el área limitada de lo que es “común a todos según el derecho natural”: el aire, el mar y sus costas. En el otro extremo de este espacio limitado pero intangible, está el derecho que confiere la primera captura de las cosas que no son de nadie (*res nullius*), las únicas a las que no se accede por un título derivado (compra, herencia, donación, legado, dote, abandono), sino que son designadas como *pro suo*: categoría que contiene el *vestigium* a partir del cual los jurisprudentes remontan en el tiempo para concebir la posesión inicial, el instante del primer acto. Pero esta forma de apropiación es la más esquiva, la menos estable, porque el animal herido o avistado puede escapar al captor y se dice entonces que la naturaleza retoma sus derechos, como cuando derrumba una casa construida en las orillas del mar.

La esclavitud es, según los romanos, una institución contra natura, pero se inscribe en el *ius gentium*. Así, el liberto poseía, según un texto de Papiniano, la *imago ingenuitatis*, en la que la naturaleza del nacimiento para quien había nacido esclavo era imitada, simulada. Pero la ficción podía ir más lejos. El emperador podía acordar la *ingenuitas* y no sólo su imagen, lo que borraba por completo el lazo anterior con el propietario, suponiendo que se restituía al liberto en los derechos de un nacimiento que, en el origen, era de todos los hombres: liberar significa entonces borrar un nacimiento accidental en beneficio de un nacimiento esencial pero, a su vez, la libertad natural se utiliza como artificio para producir la libertad institucional.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 208.

El último ejemplo analizado por Thomas se corresponde con una de sus preocupaciones mayores: el parentesco y la filiación. La adopción, dirán las *Institutas* de Justiniano, imita la naturaleza y por lo tanto el adoptante no puede adoptar a alguien mayor que él. Pero este límite natural es el único que el derecho romano impone a prácticas de adopción que pueden romper toda otra forma de filiación “natural”. Puesto que la adopción romana rompe con tres reglas que la antropología define como necesariamente presentes en el orden universal al que obedece la reproducción humana. Si este orden requiere dos sexos y su unión necesaria, la adopción romana sólo requiere uno, puesto que sólo es necesario que un hombre sea ciudadano, y plenamente capaz, para adoptar. Si el orden de la sucesión de nacimientos clasifica los individuos en mayores y menores, la adopción romana puede hacer del menor un mayor. Finalmente, si la procreación implica una sucesión de generaciones cuyo orden no puede ser invertido, la adopción romana permite que el adoptante haga de un nieto un hijo, transformándolo así en hermano de su propio padre y situándolo por lo tanto en la misma generación⁸⁸. Si la adopción imita a la naturaleza, se toma con ella libertades inusitadas porque imitar la naturaleza es imitar un poder.

En un artículo deslumbrante sobre la ficción romana Yan Thomas ponía de manifiesto un rasgo que caracteriza su obra y designa su radical importancia: el rechazo a sustituir una interpretación ideológica por otra que se cree más adaptada o más precisa. No se trata para él de leer la ficción como el síntoma de un conservadurismo del derecho romano que intenta preservar la norma agregando giros que extiendan su validez sin tocar construcciones que se suponen venerables, ni de sustituir esta lectura por otra que permitiese dar cuenta del mismo fenómeno, sino de entender las modalidades de un procedimiento cuyas formas deben analizarse antes de declarar sin más que se está frente a un particular espíritu jurídico⁸⁹.

La ficción jurídica requiere la certeza de lo falso, invierte radicalmente las relaciones entre norma y verdad y no debe confundirse con la presunción, que propone la impertinencia de una duda que, fuera de las normas, subsiste. Thomas consideraba a la ficción como una de las operaciones más singulares y específicas de la tradición romana, aquella que permitía validar el testamento del ciudadano romano capturado como esclavo -que hubiese sido anulado por la *capitis deminutio*- “como si hubiese muerto en estado de ciudadanía”, considerar el *venter*, el niño por nacer, como ya nacido a efectos sucesorios (fuera de toda perspectiva ética, ajena a la operación jurídica romana), dar como existentes condiciones imposibles en derecho o de hecho, crear la ficción de la validación republicana de los poderes del Emperador, del cautiverio inexistente con la institución del *postliminium*, o de la verdad de la cosa juzgada como ficción. Y expresaba una postura científica que hace, junto a una erudición extraordinaria, a la validez plena, viva y urgente de su obra: “Si consideramos por ejemplo las dificultades actuales para concebir en derecho la igualdad por fuera de la naturaleza, la persona fuera del cuerpo y lo humano independientemente de la materia orgánica, o bien la tendencia a subordinar lo arbitraria y libremente construido a lo sociológica y biológicamente constatable, sin otra alternativa que el recurso a las ‘evidencias’ de la Naturaleza, cuando no a las de la Ética o la Religión, en donde se refugia una reflexión jurídica escindida de su base, que no es otra en Occidente que el

⁸⁸ Thomas, Y., “Le sujet de droit, la personne et la nature”, *Le Débat* 100 (1998), p. 106.

⁸⁹ Thomas, Y., “*Fictio legis*. L’empire de la fiction romaine et ses limites médiévales”, *Droits* 21 (1995), p. 19.

derecho romano, es impactante constatar la singularidad del pensamiento jurídico romano que la ficción revela”⁹⁰.

La ficción constituye en cierto modo lo indisponible del derecho. Ninguna metafísica ordena realmente lo “sublime jurídico”⁹¹ que parece enunciar Ulpiano cuando define la jurisprudencia como “*divinarum atque humanarum rerum notitia*” (D.1.1.10.2, I.1.1.1.), puesto que las “cosas divinas y humanas” son instituciones producidas artificialmente. Las *Antigüedades* de Varrón, escritas entorno al 50 de nuestra era, parecen desmentir la necesidad humana, de la que habla Maurice Godelier en su definición de lo sagrado⁹²: “Es como si la *sociedad* humana no pudiese existir sin hacer desaparecer de la conciencia *la presencia activa* del hombre *en el origen* de sí mismo”⁹³. Varrón piensa a los hombres antes que a los dioses porque “las ciudades habían sido fundadas antes” y luego el culto. El advenimiento final de los dioses, destinatarios de los sacrificios, escandalizaba a san Agustín, porque postulaba que las “cosas divinas” eran el resultado de la producción humana, de la misma esencia, por lo tanto, que la pintura o la arquitectura⁹⁴. Para los romanos, las cosas divinas y humanas no eran sino el conjunto del derecho positivo.

Yan Thomas consagra textos que continúan su análisis de la ficción en los glosadores y comentadores medievales⁹⁵. Los juristas del siglo XIV considerarán la ficción romana como una verdadera alquimia a través de la cual los hombres se forjaban dioses (consagración) e hijos (adopción), cambiaban la vida en muerte (muerte civil) y la muerte en vida (restitución), las personas en cosas (disminución estatutaria) y las cosas en personas (personificación). En efecto, ¿cómo adaptar la ficción romana a un universo en donde la naturaleza era indisponible? Los juristas medievales realizarán una primera operación de clasificación de las ficciones según las categorías del ser del *Organon* aristotélico. Así por ejemplo habrá una ficción sobre la substancia en considerar nacido al niño por nacer, de relación cuando se instituía como hijo a quien no lo era, de tiempo cuando se trataba de la retroactividad, de lugar en la contumacia. Pero no se contentarán con clasificar las ficciones, sino que intentarán marcar límites a los artificios que el derecho romano, al contrario, autorizaba.

Una primera interpretación afirmará que el derecho no puede fingir a propósito de los hechos. Así, se podía conceder la legitimidad a un bastardo o conferir un nacimiento libre a un esclavo, pero no era posible alterar el orden de los nacimientos y hacer de un menor un mayor. Pero en el siglo XIV la fórmula se invertirá, Cino de Pistoia, Bartolo y Baldo afirmarán al contrario que para modificar el derecho no se requerirá un artificio sino más derecho: la ficción sólo es necesaria para modificar los hechos, “la realidad resiste y para forzarla solo se la puede subvertir con la modalidad de lo irreal”⁹⁶.

No obstante, el derecho medieval impondrá límites a la capacidad de la ficción. No tolerará los montajes sucesivos de ficciones; hará intangible el límite entre lo

⁹⁰ *Ibid.*, p. 35.

⁹¹ Thomas, “L’institution de la Majesté”, pp. 344-345.

⁹² Godelier, M., *L’énigme du don*, Paris, 1996, pp. 239-243, “Qu’est-ce que le sacré?”

⁹³ *Ibid.*, p. 240.

⁹⁴ Agustín, *Civitas dei*, libro 6, cap.4, citado por Thomas, “L’institution de la Majesté”, p. 345.

⁹⁵ Thomas, Y., “Les artifices de la vérité en droit commun médiéval”, *L’Homme* 175-176 (2005), pp. 113-130.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 118.

corporal y lo incorporal en la medida en que si lo incorporal designaba en el derecho romano a las construcciones jurídicas mismas -a las obligaciones, las servidumbres, las sucesiones, la usucapión, el usufructo, la tutela, el parentesco-, la tradición medieval cristiana hacía de lo incorporal algo cargado de sustancia, la sede de lo invisible en tanto presencia, sobrenaturaleza que investirá las instituciones mismas confiriéndoles una realidad que impide ciertas operaciones de artificio. Pondrá asimismo límites a las operaciones ficcionales sobre la vida y la muerte. Así por ejemplo, si era posible, gracias a la institución del *postliminium* -que permitía al cautivo dado ficcionalmente por muerto con el fin de que la sucesión pudiese realizarse, evitando la ruptura que implicaba la esclavitud-, restituir a un hombre en los derechos que eran los suyos anulando la ficción de muerte, no era posible aceptar como hijo de este hombre a quien hubiese sido engendrado en cautiverio, porque esto implicaría que se aceptaba que un muerto tenía la capacidad de engendrar. En líneas generales, la “verdad” y la “naturaleza” podían hacer obstáculo al poder de la ficción: “*veritas fictioni praevallet*”. Pero los límites que la interpretación medieval impondrá no son sino parciales, porque cuando un obstáculo no puede ser dejado de lado el derecho no cesa de tomar lo falso por lo verdadero, lo que conducirá a la *veritas falsa* del derecho de la que habla Alciato.

8. Verdad, tiempo y ficción

La verdad del derecho constituirá en efecto un régimen enteramente original, fundado en una serie de operaciones instituidas que culminan en una ficción de verdad que la sentencia impone más allá de toda exterioridad. Esta práctica de la verdad que se elabora en el espacio judicial y está claramente formulada por los *ordines* de la tradición romano-canónica desde el siglo XII, ha sido erróneamente atribuida a una modernidad – para no decir a una posmodernidad- a la que nada debe. La forma de la verdad del derecho será objeto de un texto particularmente esclarecedor, aparecido en el contexto de los debates suscitados por el proceso de Maurice Papon⁹⁷, secretario general de prefectura del gobierno de Vichy entre 1942 y 1944, en donde Yan Thomas analizaba aquello que hacía irreductible, respectivamente, el rol de juez y el de historiador⁹⁸.

La verdad histórica y la verdad jurídica responden a dos regímenes completamente diferentes. No sólo por la razón más banal e inmediata de que el juez debe evaluar y decidir, debe pronunciar una sentencia que no constata sino que declara la verdad, e impone el concepto de cosa juzgada como verdad construida por una sentencia que sólo la apelación puede invalidar, fuera de toda realidad exterior, sino por el modo mismo en que los “hechos” son tratados en una y otra disciplina. Los “hechos” que el derecho trata no tienen ninguna consistencia propia si antes no han recibido su significación por medio de la calificación. Mientras que para los historiadores los hechos se imponen por sí mismos, para los juristas están subordinados a una significación normativa anterior. El derecho realiza dos operaciones ajenas a la historia: debe construir primero, en el caso del proceso Papon, la categoría de “crimen contra la humanidad”, luego decidir si los actos que se imputan al acusado pueden ser considerados como de lesa humanidad y castigados como tal. “El hecho histórico se

⁹⁷ El asunto había estallado en 1981, denunciado por *Le Canard enchâîné*, cuando Papon era ministro de presupuesto del gobierno de Raymond Barre y luego de haber ocupado cargos públicos durante toda su vida. En 1998, tras 18 años de juicios, fue condenado por crímenes contra la humanidad y condenado a 10 años de cárcel, que sólo cumplió parcialmente luego de huir y ser recapturado.

⁹⁸ Thomas, Y., “La vérité, le temps, le juge et l’historien”, *Le Débat* 102 (1998), pp. 17-36.

transforma, en derecho, en hecho constitutivo de la violación de una norma”⁹⁹. En este plano, la confusión de roles había sido frecuente en los procesos de los últimos decenios: el caso de Bernard Lewis es un ejemplo que ofrece a la vez el error del historiador que se adjudica el rol de juez cuando afirma que las masacres de armenios a manos de los turcos no merecen el calificativo, jurídico, de genocidio, y el de los jueces que arrastran la responsabilidad civil por falta al terreno del método histórico y condenan a Lewis por la elección de sus fuentes.

El segundo elemento que distingue la verdad histórica de la verdad judicial se apoya asimismo en el poder de la ficción y refiere, en el caso preciso de crímenes de lesa humanidad, a la categoría de imprescriptibilidad. Con el extremo rigor que lo caracterizaba, Yan Thomas enseñaba a tomar distancia frente a enunciados en los que se manifestaba la más absoluta mezcla de géneros, como aquella en la que Alain Finkielkraut comentaba en *Le Monde* (4/10/1997) el régimen de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad establecido por la ley Gayssot de 1964, introducida en el Código Penal de 1994 y devenida hoy casi universal. La imprescriptibilidad, decía Finkielkraut, era una oportunidad ofrecida a las generaciones de posguerra de habitar un tiempo que no era el suyo, alzándose por encima de su poco heroico presente. “Se puede pensar lo que uno quiera sobre una ley –afirmaba Thomas-. A condición de evitar confundir los sentimientos que suscita, el aspecto psicologizante de las cosas, con el régimen que ella crea: el análisis exige entonces algo más que comentarios generales sobre las pasiones contemporáneas”¹⁰⁰.

El suyo sería en efecto de una extrema precisión técnica. La imprescriptibilidad no se opone al tiempo natural, lo contrario de lo imprescriptible no es el pasado, sino el tiempo prescrito. “Los adversarios del régimen de temporalidad propio de los crímenes de lesa humanidad no le pueden oponer el tiempo mismo, un tiempo que se aprehendería por fuera de la ley, sino solo otra ley sobre el tiempo”¹⁰¹. A la imprescriptibilidad se opone la prescripción decenal o veinteñal. “No estamos en presencia de una oposición entre naturalidad del tiempo real y artificialidad del tiempo construido. La controversia concierne dos construcciones institucionales de la memoria: una que la prohíbe, otra que la exige”¹⁰². Las operaciones jurídicas sobre el tiempo, anulación, retroactividad, prescripción, imprescriptibilidad, no son operaciones susceptibles de abolir un evento, de transportarlo en otro tiempo, de borrarlo para el futuro o de mantenerlo en el presente. La realidad no cambia. El derecho crea una cuasi-realidad paralela, ficciones que hacen “*como si* hubiese sido olvidado algo que sin duda se recuerda, *como si* hubiese sido desplazado algo que evidentemente no lo ha sido (...) *como si* no hubiese sido olvidado algo que nadie recuerda”¹⁰³.

Pero la imprescriptibilidad tampoco implica una duración indeterminada. Limita en efecto el tiempo de la posible imputación a la duración de la vida de los culpables. En el plano legal, es como si todos fuésemos necesariamente contemporáneos de un crimen imprescriptible mientras vivan aún los culpables susceptibles de ser juzgados. Contemporaneidad que hace del historiador un testigo, mejor informado que otros en lo que refiere al “contexto”, indispensable para la calificación de un crimen en el que los

⁹⁹ Thomas, “La vérité...”, p. 22.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 26.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 27.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*, p. 28.

actos del imputado implican necesariamente un encadenamiento que pasa por decisiones sucesivas, procesos colectivos que constituyen la materia misma de la historia. No un perito, dirá Yan Thomas, porque la noción de perito es demasiado limitada para el rol que puede jugar el historiador. Al perito se delegan cuestiones recortadas y específicas: balística, genética, resistencia de materiales, medicina legal, psiquiatría, etc. Su función ofrece sin duda la ventaja de evitar el obstáculo sacramental y la forma oral, que el testimonio exige y que constituye su materia, pero tiene en su contra la estrechez de su espacio de competencia, que no le permite ofrecer un “contexto”, indispensable a la adaptación entre acto y calificación, que por el contrario estará exclusivamente en manos del juez. Así, “integrar el contexto en un acto para calificarlo y para imputarlo pertenece al juez-historiador que informa a los historiadores-testigos privilegiados de un tiempo que es el suyo. Extraña y sin embargo verdadera división de tareas cuando la naturaleza del crimen incluye en cada autor, coautor o cómplice, la historia que lo rodea y que se le incorpora”¹⁰⁴.

El texto se apoyará finalmente en una tercera ficción: la de la persona moral, a la que consagrará, directa o indirectamente, textos fundamentales. El modo en que se construyen los crímenes contra la humanidad son el resultado de “la aporía occidental del Estado absoluto pero inocente”¹⁰⁵, heredero de la construcción medieval de la persona moral de las comunidades políticas que en tanto ficcionales y colectivas no se consideraban susceptibles de ser imputadas en el plano penal. ¿Una ciudad podía ser excomulgada, podía pecar? La respuesta era negativa, porque incluía en tanto ficción a todos los habitantes de ese *nomen iuris* pasados, presentes y por venir, indefinidamente. La falta penal será así “radical y definitivamente erradicada del terreno político”¹⁰⁶. Sólo los individuos son imputables. Los Estados, la República, el Gobierno, el Régimen, son inocentes. Quienes consideraban los actos de Papon como “crimen de oficina”, siguiendo en eso las tesis de Hannah Arendt sobre la banalidad del mal, preparaban la inocencia de Papon y de todos los que como él habían ocupado cargos públicos en la ejecución de un crimen de lesa humanidad, ya que no hay responsabilidad colectiva porque sólo los individuos son responsables y, si se siguiesen estas afirmaciones exculpatorias, no habría responsabilidad individual porque no se puede hacer pagar a los individuos por los Estados.

Yan Thomas llamaba con frecuencia al análisis de la categoría de *persona* en la tradición jurídica occidental afirmando que todo estaba por hacer. No era cierto, sus textos han construido ya sólidas bases para una reflexión que sin duda requiere el esfuerzo de otros, que no trabajarán sin embargo en soledad.

9. *Persona*

En un texto, como era habitual en él, apretado y magistral, publicado en 1993¹⁰⁷, planteaba un doble problema que los historiadores de la Antigüedad tendían a manejar sin interrogarse sobre la pertinencia de las categorías: la idea de “cuerpo político” y su relación con el concepto jurídico de *persona* y la noción de representación. Ambas, afirma Thomas, pertenecen en efecto al vocabulario medieval y moderno, pero son

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 35-36.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 36.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 32.

¹⁰⁷ Thomas, Y., “L’institution civile de la cité”, *Le Débat* 74 (1993), pp. 23-45.

impertinentes para la historia de la Antigüedad greco-romana. La demostración no puede hacerse en pocas palabras.

Para entender estos dos conceptos, Yan Thomas parte de la posición que ocupa la ciudad en las relaciones de derecho privado en el mundo romano, puesto que no es infrecuente ver en actos privados, alusiones a las ventas, divisiones, constituciones de garantía, hechos por una ciudad o con ella. A partir del siglo II, se procede por equiparación ficticia a considerar a las ciudades como “particulares”, lo que no significa, y esto es central, que se las considere como personas, lo que sí será luego de la elaboración de la Edad Media y la Modernidad. No es desde el punto de vista del orden político interno que las ciudades fueron pensadas como mónadas jurídicas, sino sólo frente a otros contratantes. “Toda concepción personificadora de la ciudad que ignore el sentido externo de esta unidad (...), saldría del dominio de las instituciones para entrar en el de las metáforas”¹⁰⁸.

¿Qué sucede, se pregunta la casuística, si todos los ciudadanos menos uno desaparecen? ¿Cómo tratar esta universalidad (*universitas*) reducida a la unidad? Las acciones en justicia se realizarán con el sobreviviente, pero no porque se trate de una acumulación de la propiedad privada por acrecentamiento de la cuota del último de los co-indivisos, como ha sido leído por la exégesis moderna, sino porque, como dice Ulpiano, lo que permanece de la *universitas* es su nombre, una entidad nominal que no ha dejado de existir, un *nomen iuris*, “en nombre” de la cual podrá actuar el último de sus habitantes (D.3.4 rb.). La continuidad en el tiempo de estas *universitates* no respondía al modelo aristotélico de la forma, que era para el jurista el privilegio de las entidades individuales -las cabezas de ganado de un rebaño, los elementos mismos que componen un edificio-, sino a su naturaleza de abstracción, que perduraba a través del mecanismo de la subrogación, es decir, del artificio de una sucesión ininterrumpida de unidades concretas entre ellas. Las ciudades, en el mundo romano, sólo podían dejar de existir en derecho a través de una exauguración -ritual contrario a su inauguración fundadora- que la decretaba en derecho sacral inexistente, como se había hecho con Cartago.

La categoría ficticia de *persona* existe en efecto en el derecho romano, pero está limitada a una situación específica: la sucesión yacente. El derecho se pregunta por ejemplo, a quién pertenecen los esclavos en espera de que el heredero entre en posesión de ellos. A partir del siglo II, los juristas dirán que el dueño era la sucesión misma que reemplazaba a la persona del muerto “*personae defuncti vice fungitur*” (D. 41.1.33.2).

A diferencia del derecho medieval y moderno, el principio de la representación en derecho romano exigía que sólo pudiera ser representada una persona cuya existencia fuese autónoma y anterior al hecho de ser representada. Mientras que en la representación moderna se ha realizado ya plenamente el proceso de absorción de una persona ficticia en una real que permite la personificación de la una en la otra (“*Rex est populus*”), la representación romana requiere mediaciones que salven la imposibilidad que plantea que la ciudad no es una persona.

Se tratará en verdad de prácticas de cuasi-representación para las que el derecho deberá recurrir al único ámbito en el que la representación es perfecta: el ámbito

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 26.

doméstico en el que el *dominus* contrata, se obliga, a través de sus esclavos. El *animus* del dueño que exigía la toma de posesión podía ser expresado por el esclavo en la medida en que éste no tenía un *animus* autónomo. ¿Cómo operaba entonces este mecanismo de representación para el caso de las ciudades dado que la relación de derecho era realizada por un esclavo? ¿Quién era el dueño del esclavo público que prometía o estipulaba por la ciudad? No será la ciudad misma, sino su magistrado en tanto persona, pero en una doble configuración. En los actos formalistas del derecho civil en los que la palabra del sujeto constituía el principio de su eficacia, en los que opera la sola virtud del verbo según el principio de un derecho plenamente eficaz por sí mismo, *ipsum ius*, actos que constituyen el corazón irreductible de la irrepresentabilidad en derecho romano, el magistrado, a través del esclavo, quedaba comprometido como persona privada –lo que no significaba que sus bienes quedasen comprometidos porque lo que era imputado a la ciudad respondía a la figura de las *res nullius in bonis*, es decir, de las cosas que están en un patrimonio que no pertenece a nadie, bienes de las ciudades, bienes de los dioses, que figuran lo que no es apropiable por un sujeto singular. Si por el contrario el esclavo intervenía en actos no formalistas, en los que la palabra no era el principio mismo de su eficacia, comprometía entonces al magistrado en tanto oficio público, y una vez dejado su cargo la responsabilidad recaía sobre sus sucesores. El sujeto que es el *dominus* del esclavo es el magistrado, investido, no obstante, de una función no representativa.

El concepto de “cuerpo político” no refiere en la Antigüedad más que a la metáfora de la complementariedad y unidad del cuerpo social, pero sin que esto implique una “unidad política abstracta”. La persona moral pasa en la Edad Media por la *persona ficta* mencionada por primera vez por el gran papa jurista Inocencio IV en 1245. No obstante, y esto constituye una revisión crítica del gran libro de Ernst Kantorowicz, *Los dos cuerpos del rey*¹⁰⁹, Yan Thomas recuerda que los juristas de los siglos XII a XIV mantuvieron la tradición latina de una *persona* que sólo podía ser individual: “La personalidad ficticia de las colectividades es, en la Edad Media, un puro artificio. Habría que prestar atención al hecho de que la tradición occidental ha sustancializado mucho menos de lo que se cree sus construcciones jurídicas: la metafísica política pertenece mucho más a los historiadores contemporáneos que a los antiguos juristas, incluyendo los de la Edad Media”¹¹⁰.

10. Persona y sujeto

Entre aquellas intervenciones que Yan Thomas hará en el debate jurídico contemporáneo, dos se centran en las relaciones entre persona y sujeto. En un primer artículo, publicado en 1998, analiza la supuesta hipertrofia del sujeto denunciada como un mal actual que el derecho habría forjado¹¹¹. La crítica antimoderna afirma la existencia de un sujeto de derecho cuyo deseo ilimitado se impondría, sujeto capaz de realizar sus apetitos gracias a una capacidad jurídica imprudentemente introducida por la ciencia jurídica moderna¹¹². A este deseo incontrolable del sujeto se oponen, no

¹⁰⁹ Kantorowicz, E., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, 1985 (1957).

¹¹⁰ Thomas, “Les artifices de la vérité...”, p. 122.

¹¹¹ Thomas, “Le sujet de droit, la personne et la nature...”.

¹¹² Refiere a Edelman, B., “Nature et sujet de droit”, *Droits* 1 (1985), pp. 125-142; “Sujet de droit et techno-science”, *Archives de philosophie du droit* 34 (1989), pp. 165-179, y al mismo autor para el tema de la dignidad: “Le concept juridique d’humanité”, A. Seriaux (dir.), *Le Droit, la médecine et*

obstante, otros sujetos, puesto que es a través de la subjetivación de la naturaleza que, con frecuencia, se procura defenderla, como si estuviese “mejor protegida cuando está personificada y representada por órganos legalmente instituidos que cuando se conserva su estatuto de cosa, pero de cosa protegida por un estatuto particular, por definición de origen legal”¹¹³. Como si la categoría de sujeto, “mal pensada y peligrosa para los hombres (...), fuese protectora para los pelícanos y los árboles”¹¹⁴.

Los debates más vivos se han suscitado en torno a dominios en los que la técnica parece ofrecer una extensión al dominio de los sujetos sobre la naturaleza y sobre sí mismos. Las biotecnologías en particular ofrecen ámbitos de intensos debates: la indisponibilidad de las personas de la que deriva la indisponibilidad del cuerpo humano, la filiación y los problemas que plantean la inseminación artificial y las madres portadoras, la indisponibilidad del género sexual.

En Francia, dos leyes de 1994 relativas al respeto del cuerpo humano y a la donación y utilización de sus productos y elementos hacen entrar, por primera vez, el cuerpo entre las categorías del derecho civil francés, puesto que hasta entonces sólo se hablaba de persona, es decir, de abstracciones. Pero curiosamente, como lo señalaba Marcela Iacub en un informe retomado por Thomas¹¹⁵, no se trataba de un cuerpo homogéneo, sino de órganos, tejidos, productos del cuerpo, embriones, sangre, “como si el cuerpo de la persona, en cuyo nombre el cuerpo es protegido, no fuese más que una organización provisoria de elementos transitorios, una complexión que existiese sólo en movimiento, lo que nos obliga a modificar la concepción que tenemos de lo natural y del artefacto”¹¹⁶. Sobre ese conjunto de partes dislocadas se proyecta la categoría unificadora de persona y el régimen de la inviolabilidad. Y aquí reside un argumento esencial: para proteger bienes, el derecho romano no utiliza la categoría jurídica de la persona, sino la de cosa; las cosas públicas, sagradas, comunes, religiosas, constituyen categorías de indisponibilidad que no definen una naturaleza sino una imputación, un ritual que deja ciertas cosas fuera del comercio, que las desactiva, que efectúa su santuarización¹¹⁷, con la que se define, *a contrario*, el amplio espacio de las cosas compradas, vendidas, etc. La personificación no sirve en derecho romano clásico ni en la tradición romano-canónica de la Edad Media para proteger algo, sino para imputar obligaciones y derechos a lo que no era un individuo: los cuerpos colegiados, las *universitates*.

Frente a la inquietud que la técnica ofrece, la categoría de “dignidad humana”, dignidad indisponible no solo a un tercero sino al sujeto mismo, se estima una barrera protectora, olvidando, dirá Yan Thomas, por una parte, que la *dignidad* es una muy vieja categoría jurídica ligada a la indisponibilidad exclusiva de ciertas entidades político-administrativas (dignidad del oficio, de la corona, indisponibles a su titular provisorio). Por otra, que “definiendo la dignidad de la persona humana como esa parte indisponible que cada uno debe a su pertenencia a la humanidad toda, se vuelve

l'être humain: propos hétérodoxes sur quelques sujets vitaux du XXIe siècle, Aix en Provence, 1996, pp. 245-269 y “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, *Dalloz* 23 (1997), p. 185 ss.

¹¹³ Thomas, “Le sujet de droit...”, p. 92.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 97.

¹¹⁵ Iacub, M., *De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins. Bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut sur le corps*, Informe presentado en 1996.

¹¹⁶ Thomas, “Le sujet de droit...”, p. 103.

¹¹⁷ Thomas, Y., “La valeur des choses. Le droit romain hors la religion”, *Annales. Histoire. Sciences Sociales*, 57, 6 (2002), pp. 1431-1465.

necesario, si se quiere que esa categoría tenga algún sentido práctico, definir de modo preciso *esa parte*: es decir, trazar el límite que la separa en cada sujeto de su dignidad individual, indisolublemente ligada a su libertad y de la que es dueño de disponer”¹¹⁸. Finalmente, que definiendo la “dignidad humana” como indisponible al sujeto, se requiere que sea la autoridad quien disponga soberanamente de la indisponibilidad de la persona. La dignidad humana indisponible supone en efecto que la persona contiene en sí una parte objetivada por su pertenencia a otra instancia: Dios o el Estado, convicción que gobernaba el régimen de los reclutas militares y de la indisponibilidad de la propia vida en la condena del suicidio. La alternativa reside en la objetivación de sí mismo, lo que supone una relación de sujeto a objeto interna al individuo, y constituye el régimen liberal del cuerpo que no pertenece sino al sujeto mismo, régimen que parece anunciar para muchos un futuro apocalíptico en donde un sujeto soberano obtiene un funcionamiento jurídico dócil al fantasma de poder y contrario a la naturaleza.

Una forma extrema de ese fantasma de poder, que se combina con la problemática del aborto y la “exigencia” de un cuerpo sano, conducen a Thomas a un análisis de una agudeza extraordinaria. En el 2002 publica, junto a Olivier Cayla, un libro en donde analiza la decisión de la Corte de Casación del 17 de noviembre de 2000 sobre el célebre caso Perruche¹¹⁹. “¿Un niño afligido de una minusvalía congénita o de orden genético puede hacer una demanda por haber nacido enfermo en lugar de no haber nacido?”, se preguntaba el abogado general. La Corte de Casación respondía de forma afirmativa, condenando al médico y al laboratorio de biología médica por cuya falta el nacimiento no había podido ser evitado.

El caso era el siguiente: la madre de Nicolás Perruche había sido contaminada de rubéola durante el embarazo y había manifestado su voluntad de abortar si el test era positivo. Los análisis habían arrojado un falso negativo y ella había dado a luz a un niño que padecía síndrome de Gregg, es decir, que había nacido sordo, ciego, y con severas afecciones cardíacas y mentales. Los padres de Nicolás Perruche demandarían, en nombre de su hijo, al médico y al laboratorio, porque el error del resultado había impedido que la madre interrumpiese el embarazo. En instancia suprema, el fallo había sido favorable.

Esta decisión desataría una verdadera tormenta mediática en la que los opositores a la sentencia leerían la decisión del tribunal supremo como si este hubiese conferido un derecho a no nacer a un sujeto nacido con severas minusvalías. “Eufemismo suave, democrático e insidioso”, “Hiroshima ético”, “eutanasia prenatal”, “suicidio por medio de daños e intereses”, eran algunas de las expresiones en las que se manifestaba ese “gusto por el *pathos* [que] no se detiene ante el sentido común”¹²⁰. Yan Thomas demostraba que la decisión no había proclamado el “derecho a no nacer”. En el plano lógico, era en efecto imposible formular un derecho a no existir cuando la existencia era la condición necesaria de su formulación. Lo que en realidad había hecho la Corte de Casación era separar el ser concreto de la persona en derecho. Acto banal en lógica jurídica que sin embargo no había sido percibido por el concierto de denuncias escandalizadas que la academia y la prensa transmitían.

¹¹⁸ Thomas, “Le sujet de droit...”, p. 87.

¹¹⁹ Thomas, Y. y Cayla, O., *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, 2002.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 110.

En tanto historiador del derecho, Thomas recuerda las distinciones que es necesario hacer entre sujeto y persona, los sentidos que han adquirido, en la larga duración de la tradición jurídica occidental, las categorías de *persona* y *cosa*. La *persona* es un artefacto técnico que la modernidad debe a la reformulación medieval de la categoría existente en el derecho romano, para el que un mismo individuo concreto puede contener varias personas, como los esclavos de varios dueños, que unían en sí la persona de cada uno de ellos para realizar ciertas operaciones jurídicas; mientras que varios individuos concretos pueden tener una sola persona como soporte, lo que será el caso de la ciudad como *persona* frente a terceros, que Thomas analizaba en 1993.

La persona jurídica no se confunde nunca con el ser concreto; se trata de un artefacto técnico, un doble del sujeto real. Más aún, postulando una persona que preexiste a la vida, la sentencia Perruche no desplazaba siquiera las fronteras del dispositivo jurídico de la persona en derecho romano. Este acepta, en efecto, dos formas de la persona que preceden al ser vivo: la persona que va a nacer, considerada como ya nacida a efectos sucesorios; la persona no concebida: todos los descendientes de *ego* considerados ficticiamente como “herederos suyos” hasta el sexto grado, es decir, siguiendo el análisis del sintagma que Thomas había realizado, considerados, ficticiamente, como habiendo sido engendrados durante la vida del *ego-pater*, en contra de toda posibilidad natural¹²¹. La verdadera novedad de la sentencia Perruche no reside en la institución de un sujeto jurídico anterior a su nacimiento, lo que era corriente en el ámbito de la sucesión, sino en el hecho de que no es ya la voluntad del ascendiente la que lo instituye, sino el sujeto mismo quien, habiendo nacido, instituye en forma retroactiva su propia persona antecedente¹²². Lo que el juez concede es nuevo en el sentido en que no se postula, con fines de sucesión y al servicio de los derechos patrimoniales, que la persona preexiste al ser vivo, sino que lo hace al servicio de derechos sobre su cuerpo mismo¹²³. Ahogada por la indignación de una lectura falaz que se apoya no sólo en una antimodernidad sino en una posmodernidad que reivindica una “función antropológica del derecho” de contenido ampliamente indeterminado, la novedad había pasado desapercibida.

11. Las cosas

El último gran *dossier* de derecho romano sobre el que llegó a trabajar concierne la categoría de cosas, y en particular la problemática de la indisponibilidad de las cosas. Pero la categoría de *res* había estado también entre las primeras preocupaciones de Yan Thomas; la *res*, que, contrariamente a lo que propone la romanística, no debe ser pensada por oposición y en la necesidad de la categoría de sujeto¹²⁴. La definición que Thomas propone abandona el sujeto como punto de partida necesario y recuerda que la definición primitiva, originaria de *res*, oscila entre las ideas de litigio, situación litigiosa, cosa que puede ser objeto de litigio.

¹²¹ *Ibid.*, p. 156 ss.

¹²² *Ibid.*, p. 165.

¹²³ *Ibid.*, p. 167.

¹²⁴ Thomas, Y., “*Res*, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain”, *Archives de philosophie du droit* 25 (1980), pp. 413-426. Esta necesidad se revela por ejemplo en la tripartición del gran romanista Max Kaser: - 1-cosas corporales que tienen una existencia jurídica propia e incluyen los esclavos, que son a la vez *personae et res*, 2- todo lo que puede ser objeto de un derecho privado o un proceso civil incluyendo al hijo y a la esposa bajo potestad marital, 3-un patrimonio en su conjunto. Cf. Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, München, 1971, p. 36.

Esta reflexión sobre la *res* aprehendida por el derecho, que crearía un mundo específico de *realia* producidas a la existencia por la construcción de la *causa*, había sido objeto de un texto que Yan Thomas publicara en 1978: “Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome”¹²⁵. El análisis se inspira en la admiración que produce en él el artículo de Louis Gernet publicado en 1956 en la *Revue philosophique*, “Choses visibles et choses invisibles”, que concluye con un breve comentario que en Thomas se transforma en erudita demostración: “Hemos encontrado un representante de lo ‘invisible’ en la concepción misma del derecho como cosa ideal, distinta de su objeto, reconocida como relación: gracias a la antítesis [entre visible e invisible], vemos aflorar esta idea de relación, impersonal y abstracta, que está en el corazón del pensamiento jurídico”¹²⁶.

En primer lugar, la *res* en el marco del proceso “*res in controversia posita*”, deviene la *causa*: “la causa es esa ‘cosa’ transformada en el lugar de la controversia”¹²⁷. La segunda etapa nos hace pasar de la *causa* a la *quaestio*, que tiende hacia lo que en la causa es verdaderamente esencial, los *status causarum* transforman así el litigio factual en nociones jurídicas, en *res incorporales*: “esas cosas sin cuerpo que no son ni palabras ni cosas y que en Roma fundan la ciencia del derecho”¹²⁸. Este mecanismo, que proyecta sobre el objeto una estructura artificial que es reconocida, en derecho, como su estructura real, termina por producir, a partir de una distinción entre las palabras y las cosas, “un mundo de palabras que son cosas”¹²⁹. La *summa divisio* gaiana entre cosas corporales e incorporales cristaliza la noción de cosa incorporal, pero, afirma Thomas, va más allá de la división de los bienes: en la distinción entre las cosas que “*tangi possunt, velut domus, homo, vestis, aurum, argentum...*” y las que “*tangi non possunt, quae sunt ea quae iure consistunt, sicut hereditas, usufructus, obligationes quoquo modo contractae*”; es el derecho mismo que esta antítesis produce.

Esta oposición corporal/incorporal circula en diversos ámbitos, en Cicerón por ejemplo, que distribuye todas las cosas en aquellas que existen (*res quae sunt*), que pueden ser tocadas y vistas, y las que no existen realmente (*non esse*), no pueden ser ni tocadas ni vistas, ni designadas, sino que son objeto de pura intelección, “*cerni tamen animo atque intelligi possunt*”, como la prescripción adquisitiva, la tutela, la *gens*, la *agnatio*, todas ellas privadas de substrato corporal (“*quorum rerum nullum subest corpus*”), y que deben ser explicadas por medio de una definición¹³⁰. Pero las oposiciones propuestas no son simétricas sino en apariencia, en el plano del derecho, las cosas y las relaciones se funden en nociones que son a la vez nombres y entidades incorporales. Más aún, a lo que se reduce la *condemnatio*, y por lo tanto la *res* misma es incluso la *res aestimata*, es decir, la suma equivalente al valor de la *res*, de la pérdida, del daño. Idea que Thomas retomaría en un artículo fundamental sobre el valor de las cosas publicado en 2002¹³¹.

¹²⁵ Thomas, Y., “Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome”, *Archives de philosophie du droit* 23 (1978), pp. 93-114.

¹²⁶ Gernet, L., “Choses visibles et choses invisibles”, *Anthropologie de la Grèce ancienne*, Paris, 1968, pp. 405-414, citado por Thomas, “Res, chose et patrimoine...”, pp. 413-414.

¹²⁷ Thomas, “Le droit entre les mots et les choses”, p. 102.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 103.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 110.

¹³⁰ *Tópicos*, V, 27.

¹³¹ Thomas, “La valeur des choses... ”.

De las *res incorporales* como forma misma del derecho, la interrogación de los últimos años de su vida pasará a ser la de las cosas indisponibles. Tanto el análisis del origen –en su versión de la *origo* indisponible-, como los debates sobre la parte indisponible de la persona y la definición romana de cosas fuera del comercio, se inscriben en una reflexión en la que Yan Thomas coincide con la relectura que Maurice Godelier hace del don¹³², del texto siempre vivo de Marcel Mauss: no todo es objeto de don e intercambio; en toda sociedad existen, necesariamente, cosas que no hay que dar, que no hay vender, y es el espacio de la santuarización el que define, *a contrario*, todo aquello que se intercambia, se da, se vende, todo aquello que circula.

Un libro prácticamente acabado pero que no llegó a entregar llevaba por título *Des choses qui ne sont à personne. La religion, le commerce et la république en droit romain*. Dos *dossiers* al menos habían sido dados a la edición. Un artículo sobre el derecho de los sepulcros y otro sobre el valor de las cosas. En el primero, un texto presentado en el marco de los encuentros de *Micrologus* dirigidos por Agostino Paravicini Bagliani en Lausana¹³³, analizaba la categoría de *res religiosa* que designaba el derecho de los sepulcros y constituía, aunque la tríada fuese tardía, una categoría de cosas fuera del comercio junto con las *res sacrae*- afectadas ritualmente a un dios, cualquiera sea- y las *sanctae* –los muros de la ciudad. La afectación funeraria de un espacio en donde, necesariamente, debía estar enterrado un cuerpo, o una parte del cuerpo, impedía de allí en más que fuese vendido, gravado de servidumbre u objeto de usucapión mientras su destino fuese preservado. Contrariamente a las cosas sagradas, que sólo lo son porque un ritual las instituye tales, las cosas religiosas requieren la presencia del cuerpo, pero el derecho no piensa la impureza que el cuerpo impone al espacio que lo contiene como contaminación religiosa. Un lugar *purus* no es otra cosa que un lugar que no ha sido inmovilizado por la inhumación, porque el derecho transforma la religión de los muertos en régimen de bienes, la atención al cuerpo en derecho de las cosas y lo “puro” en categoría jurídica: “El derecho romano fue un instrumento formidable para tratar la muerte en el terreno de las afectaciones patrimoniales, es decir, para hacer pasar de la religión a otra cosa”¹³⁴.

El segundo texto al que aludo es un artículo publicado en los *Annales* en 2002 que había tenido gran impacto entre los economistas, en el que Yan Thomas analizaba “el estatuto que los procedimientos por los cuales son calificadas y evaluadas como bienes confieren a las ‘cosas’ (*res*)”¹³⁵, ofreciendo una aproximación procesal y no sustancialista del valor que constituía una primera aproximación, ya abstracta y formalista, de la economía. Con el fin de formular la naturaleza patrimonial y mercantil de las cosas, los romanos habían construido una normativa que designaba precisamente su santuarización, los casos en los que las cosas no podía ser apropiadas, es decir, su afectación excepcional a los dioses o a la ciudad: espacios sustraídos al dominio individual. La interrogación partía, como era frecuente en él, a contrapelo: “Toda investigación que parta de un presupuesto ontológico, es decir, de la pregunta ¿qué es una cosa?, impediría la posibilidad de acceder a las cosas del derecho (romano) o mejor dicho al concepto de ‘cosa’ que las aprehende de modo abstracto”¹³⁶. Se trata en verdad

¹³² Godelier, *L'énigme du don*.

¹³³ Thomas, Y., “*Corpus aut ossa aut cineres*. La chose religieuse et le commerce”, *Micrologus*, VII, *Il cadavere* (1999), pp. 73-112.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 112.

¹³⁵ Thomas, “La valeur des choses...”, p.1431.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 1449.

para él no de una física y una metafísica de origen griego que se traduciría en el derecho romano -lo que por el contrario sí impacta en el pensamiento medieval sobre las cosas en torno a las categorías de *accessio* y *specificatio*¹³⁷-, sino del régimen que reside en la constitución de un valor asignado procesalmente. Las cosas apropiables se presentan, en derecho romano, en los dos extremos en los que entran o salen del espacio de la posible apropiación: cuando la *res nullius* entra en el primer dominio, cuando, a través de un procedimiento de derecho público o sagrado que las afecta a un tercero imperecedero (un dios, un muerto, o la ciudad misma), se las retira del espacio de los intercambios, porque el comercio se formula como primero, y es la operación de santuarización la que desactiva el posible valor mercantil de las cosas.

Pero ya antes de la publicación de estos textos, Yan Thomas había consagrado una serie de artículos a la noción de trabajo que en parte conducían a la problemática de las cosas. Partiendo de la dificultad de desarrollar una reflexión teórica sobre la categoría de trabajo en la Antigüedad -dificultad señalada en textos ejemplares de Jean Pierre Vernant durante los años 50-, mostraba cómo el derecho romano producía el trabajo como mercancía. El análisis se desplegaba en una serie de etapas y establecía que el trabajo como objeto específico de contrato comienza a pensarse en la locación de la mano de obra servil, cuando en el interior del usufructo del esclavo se distinguen el uso -es decir lo que el esclavo es como objeto de uso- del fruto -lo que el esclavo es como fuente de renta para el propietario. Pero existe un tipo de contrato de locación de obra que conduce por el contrario a las cosas y anula la posibilidad misma del trabajo como mercancía alienable. Cuando se entrega a un artesano materia para elaborar un objeto -lana para cardar, piedras para grabar, plata u oro para hacer copas o vasijas, papiros destinados a ser el soporte de un texto o madera que se transformará en una *tabula picta*- la palabra *opus* designa un *opus perfectum*, un objeto que por accesión o especificación ha modificado su valor, incorporando el trabajo en la materia, anulando su autonomía en beneficio del valor de la cosa en sí misma¹³⁸.

En 1986, en la entrada que realiza sobre “Droit” para el *Dictionnaire des sciences historiques*¹³⁹, Yan Thomas constata que “el auge contemporáneo de la historia no ha asignado un territorio al derecho, sustrayéndose por principio a los interrogantes que plantea la función normativa en lo que tiene de ilusoria”¹⁴⁰. El auge de una historia en la que el derecho es un reflejo de lo social -que deja a la historia del derecho, ineluctablemente, sin un objeto propio, sin especificidad-, en la que los historiadores ignoran la función jurídica como los pandectistas habían ignorado la historia, se apoya en la confusión entre el imperativo y el indicativo y desconoce así las modalidades discursivas del poder¹⁴¹.

¹³⁷ Sobre este tema, me permito renviar a Madero, M., *Tabula picta. La peinture et l'écriture dans le droit médiévale*, Paris, 1994 (traducción inglesa University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010).

¹³⁸ En particular, Thomas, Y., “Travail incorporé dans une matière première, travail d'usage et travail comme marchandise. Le droit comme matrice des catégories économiques à Rome”, J. Andreau, J. France y S. Pittia (eds.), *Mentalités et choix économiques des Romains*, Bordeaux, 2004.

¹³⁹ Thomas, Y., “Droit”, A. Burguière (ed.), *Dictionnaire des sciences historiques*, Paris, 1986, pp. 205-212.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 211.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 206.

Recordaba siempre que si los historiadores se habían interesado por la antropología, no habían prestado suficiente atención a lo que designaba como una antropología del artificio. Contra las lógicas de la naturaleza y el sentido común, Yan Thomas construía, sistemática, militantemente, la exigencia de un perpetuo *estrangement*, condición primera de la comprensión de un *corpus* de una extraordinaria sofisticación, y desplegaba siempre una ironía elegante ante la fascinación por los *primordia*, ante el *pathos* al que cedían los investigadores al interpretar las expresiones y las normas que él disecaba con implacable, deslumbrante erudición.

Nadie como él ha hecho visibles las operaciones del derecho, nadie ha percibido con la misma agudeza las geometrías rigurosas que la lógica jurídica impone a una realidad constantemente redefinida por el lenguaje normativo y pensada por fuera de la experiencia inmediata. Si alguien en Francia ha obrado con eficacia para cambiar el estado de cosas que Thomas constataba en su texto de 1986¹⁴² ha sido, por excelencia, él mismo. Su obra, sus enseñanzas en Ruan y en la École des Hautes Études en Sciences Sociales -experiencia imborrable para quienes hemos tenido el privilegio de escucharlo, han atraído a jóvenes y menos jóvenes y en un recorrido que no se quería programático sino de pura claridad intelectual; fue seguido por quienes encontraron en él una elaboración equilibrada e infinitamente precisa que permitía convocar a historiadores, antropólogos, sociólogos y filósofos. Yan Thomas exigía un rigor extremo, pero era capaz de percibir riqueza en la diversidad, a condición de que las reglas del arte fuesen respetadas. Nunca se sintió en un espacio asediado, nunca fue el teniente Drogo de un fuerte Bastiani¹⁴³, destinado a proteger la frontera de una disciplina de las sombras que la amenazan. Hizo visible que, en tanto jurista, *pour être à eux, il ne fallait pas être hors de soi*, y redefinió el lugar del derecho en la reflexión contemporánea.

Apéndice bibliográfico

- Baxandall, M., *Les humanistes à la découverte de la composition en peinture 1340-1450*, Paris, 1989.
 Benveniste, É., *Noms d'action et noms d'agent en indo-européen*, Paris, 1948.
 Carcaterra, A., *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. Interpretatio iuris*, Bari, 1972.
 Carcaterra, A., *Struttura del linguaggio giuridico-precettivo romano*, F. Cacuci, Bari, 1968.
 Chiffolleau, J., "Avouer l'anavouable: l'aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge", Dulong (dir.), *L'Aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, 2001, pp. 37-97.
 Chiffolleau, J., "Dire l'indicible. Remarques sur la catégorie de *nefandum* du XIIe au XVe siècle", *Annales. ESC* 45, 2 (1990), pp. 289-324.
 Chiffolleau, J., "Sur la pratique et la conjonction de l'aveu judiciaire en France du XIIIe au XVe siècle", AA.VV. *L'Aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Roma-Paris, 1986, pp. 341-380.
 Chiffolleau, J., "*Contra-naturam*. Pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale", *Micrologus* 4 (1996), pp. 265-312.
 Conte, E., "Droit médiéval. Un débat historiographique italien", *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 57, 6 (2002), pp. 1593-1613.
 Edelman, B., "La dignité de la personne humaine, un concept nouveau", *Daloz* 23 (1997), pp. 185-188.
 Edelman, B., "Le concept juridique d'humanité", A. Seriaux (dir.), *Le Droit, la médecine et l'être humain: propos hétérodoxes sur quelques sujets vitaux du XXIe siècle*, Aix en Provence, 1996, pp. 245-269.
 Edelman, B., "Nature et sujet de droit", *Droits* 1 (1985), pp. 125-142.
 Edelman, B., "Sujet de droit et techno-science", *Archives de philosophie du droit* 34 (1989), pp. 165-179.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ La referencia a *El desierto de los tártaros* (1940), de Dino Buzzati, es de Mayali, L. "Ein unvertrautes und fallenreiches Terrain", R.M. Kiesow, R. Ogorek, S. Simitis (eds.), *Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 2005, p. 397.

- Gernet, L., “Choses visibles et choses invisibles”, *Anthropologie de la Grèce ancienne*, Paris, 1968, pp. 405-414.
- Gernet, L., *Recherches sur le développement de la pensée juridique et morale en Grèce*, (1917), Paris, 2001.
- Godelier, M., *L'énigme du don*, Paris, 1996, pp. 239-243, “Qu'est-ce que le sacré?”
- Iacobucci, M., *De l'éthique à la responsabilité juridique des médecins. Bioéthique et écologie, l'élaboration d'un nouveau statut sur le corps*, Informe presentado en 1996.
- Kantorowicz, E., *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*, Madrid, 1985 (1957).
- Kaser, M., *Das römische Privatrecht*, München, 1971.
- Kelsen, H., *General Theory of Law and State*, New York, 1945.
- Kunkel, W., *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*, Oxford, 1966.
- Madero, M., *Tabula picta. La peinture et l'écriture dans le droit médiévale*, Paris, 1994 (traducción inglesa University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010).
- Magdelain, A., “De la coercion capital du magistrat supérieur au tribunal du peuple”, *Labeo* 33 (1987), pp. 139-166.
- Mayali, L. “Ein unvertrautes und fallenreiches Terrain”, R.M. Kiesow, R. Ogorek, S. Simitis (eds.), *Summa Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 2005.
- Théry, J., “Fama: l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XIIe-XIVe siècle)”, B. Lemesle (dir.), *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, 2003, pp. 119-147 (traducción al castellano en E. Dell'Elicine, P. Miceli y A. Morin (eds.), *De iure. Nuevas lecturas sobre derecho medieval*, Buenos Aires, 2009).
- Thomas, Y. y Cayla, O., *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Paris, 2002.
- Thomas, Y., “À propos du parricide. L'interdit politique et l'institution du sujet”, *L'inactuel* 3 (1995), pp. 167-189.
- Thomas, Y., “Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine”, *Archives de philosophie du droit* 22 (1977), pp. 63-83.
- Thomas, Y., “Citoyens et résidents dans les cités de l'Empire romain. Essai sur le droit d'origine”, L. Mayali (ed.), *Identité et droit de l'autre*, Studies in Comparative Legal History, Berkeley, 1994, pp. 1-52.
- Thomas, Y., “Confessus pro iudicato. L'aveu civil et l'aveu pénal à Rome”, AA.VV. *L'Aveu. Antiquité et Moyen Âge*, Roma-Paris, 1986, pp. 89-117.
- Thomas, Y., “Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce”, *Micrologus*, VII, *Il cadavere* (1999), pp. 73-112.
- Thomas, Y., “De la ‘sanction’ et de la ‘sainteté’ des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité”, *Droits* 18 (1993), pp. 135-151
- Thomas, Y., “Droit”, A. Burguière (ed.), *Dictionnaire des sciences historiques*, Paris, 1986, pp. 205-212.
- Thomas, Y., “Du sien au soi: pro suo, suus heres”, *L'écrit du temps* 15 (1987), pp. 157-172.
- Thomas, Y., “Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales”, *Droits* 21 (1995), pp. 17-63.
- Thomas, Y., “Idées romaines sur l'origine et la transmission du droit”, *Rechtshistorisches Journal* 5 (1986), pp. 253-273.
- Thomas, Y., “Imago naturae. Note sur l'institutionnalité de la nature à Rome”, AA.VV., *Théologie et droit dans la formation de l'État moderne*, Roma-Paris, 1991, pp. 201-227.
- Thomas, Y., “L'enfant à naître et le héritier sien. Sujet de pouvoir et sujet de vie en droit romain”, *Annales. Histoire. Sciences Sociales* 62, 1 (2007), pp. 29-69.
- Thomas, Y., “L'institution civile de la cité”, *Le Débat* 74 (1993), pp. 23-45.
- Thomas, Y., “L'institution de la majesté”, *Revue de synthèse*, IVe série, 3-4 (1991), pp. 331-386.
- Thomas, Y., “L'aveu, de la parole au corps. (Rome, Ve siècle av. J.C.-IVe siècle apr. J.C.)”, R. Dulong (dir.), *L'Aveu. Histoire, sociologie, philosophie*, Paris, 2001, pp. 17-56.
- Thomas, Y., “L'institution de l'origine. *Sacra principiorum populi romani*”, M. Detienne (ed.), *Tracés de fondation*, Louvain-Paris, 1990, pp. 143-170.
- Thomas, Y., “La divisione dei sessi nel diritto romano”, P. Schmitt-Pantel (ed.), *Storia delle donne*, Bari, 1990 (edición española, Taurus, Madrid, 1991).
- Thomas, Y., “La langue du droit romain. Problème et méthodes”, *Archives de philosophie du droit* 19, 1974, pp. 103-125.
- Thomas, Y., “La romanistique allemande et l'État depuis les Pandectistes”, H. Bruhns, J.M. David y W. Nippel (eds.), *La fin de la République romaine. Un débat franco-allemand d'histoire et d'historiographie*, Roma-Paris, 1998, pp. 113-126.
- Thomas, Y., “La romanistique et la notion de jurisprudence”, *Droits* 4 (1985).
- Thomas, Y., “La valeur des choses. Le droit romain hors la religion”, *Annales. Histoire. Sciences Sociales*, 57, 6 (2002), pp. 1431-1465.

- Thomas, Y., “La vérité, le temps, le juge et l’historien”, *Le Débat* 102 (1998), pp. 17-36.
- Thomas, Y., “Le droit d’origine à Rome. Contribution à l’étude de la citoyenneté”, *Revue critique de droit international privé* 84, II (1995), pp. 253-288.
- Thomas, Y., “Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome”, *Archives de philosophie du droit* 23 (1978), pp. 93-114.
- Thomas, Y., “Le droit romain. Le traité des computes du jurisconsulte Paul”, P. Legendre, *Le dossier occidental de la parenté. Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Paris, 1988, pp. 28-119.
- Thomas, Y., “Le sujet de droit, la personne et la nature”, *Le Débat* 100 (1998), pp. 85 –107.
- Thomas, Y., “Le ventre. Corps maternelle, droit paternelle”, *Le Genre humain* 14 (1986), pp. 211-236 (versión en castellano en Yan Thomas, *Los artificios de las instituciones. Estudios de derecho romano*, Buenos Aires, 1999, pp. 125-150)
- Thomas, Y., “Les artifices de la vérité en droit commun médiéval”, *L’Homme* 175-176 (2005), pp. 113-130.
- Thomas, Y., “Les procédures de la majesté. La torture et l’enquête depuis les julio-claudiens”, *Mélanges de droit romain et d’histoire ancienne. Hommage à la mémoire de André Magdelain*, Paris, 1998, pp. 477-499.
- Thomas, Y., “Michel Villey, la romanistique et le droit romain”, *Droit, nature, histoire*, Aix-Marseille, 1985, pp. 31-51.
- Thomas, Y., “Parricidium”, *Mélanges de l’École Française de Rome* 93 (1981), pp. 643-715.
- Thomas, Y., “Paura del padri, violenza dei figli. Imagine retoriche e norme di diritto”, E. Pellizer y N. Zorzetti (eds.), *La Paura dei padri nella società antica e medievale*, Roma-Bari, 1983, pp. 115-140.
- Thomas, Y., “Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain”, *Archives de philosophie du droit* 25 (1980), pp. 413-426.
- Thomas, Y., “Sanctio: les défenses de la loi”, *L’écrit du temps* 19 (1988), pp. 61-84.
- Thomas, Y., “Travail incorporé dans une matière première, travail d’usage et travail comme marchandise. Le droit comme matrice des catégories économiques à Rome”, J. Andreau, J. France y S. Pittia (eds.), *Mentalités et choix économiques des Romains*, Bordeaux, 2004.
- Thomas, Y., “Vitae necisque potestas. Le père, la cite, la mort”, Y. Thomas (ed.), *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Roma-Paris, 1984, pp. 499-548.
- Thomas, Y., *La mort du père*, manuscrito, capítulo III, “Le ventre de la mère”.
- Thomas, Y., *Mommsen et l’Isolierung du droit (Rome, l’Allemagne et l’État)*, Paris, 1984.
- Thomas, Y., *Origine et commune patrie. Étude de droit public romain (89 av.JC-212 ap.JC)*, Roma-Paris, 1996.
- Vernant, J.P., “Ébauches de la volonté dans la tragédie grecque”, *Psychologie comparative et art*, Hommage à I. Meyerson, Paris, 1972, pp. 277-306, reeditado en J.P.Vernant y P. Vidal-Naquet, *Mythe et tragédie en Grèce ancienne*, Paris, 1979, pp. 41-74.
- Villey, M., “L’idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains”, *Revue d’histoire du droit* 24-25 (1946-1947).
- Villey, M., “Le jus in re du droit romain au droit moderne”, *Publications de l’Institut du droit romain de l’Université de Paris VI* (1959).
- von Savigny, F.K., *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.