

LOS UMBRALES DEL DERECHO. LA *FICTIO IURIS* ENTRE NORMA Y VIDA

THE THRESHOLDS OF LAW. *FICTIO IURIS* BETWEEN NORMS AND LIFE

LES SEUILS DU DROIT. LA *FICTIO IURIS* ENTRE LA NORME ET LA VIE

Carmelo Nigro

Università degli Studi di Salerno

cnigro@unisa.it

Fecha de recepción: 05/04/2023

Fecha de aceptación: 01/05/2023

DOI: <https://doi.org/10.30827/tn.v6i2.27803>

Resumen: El presente trabajo aborda uno de los temas centrales del pensamiento de Giorgio Agamben: el umbral. En el espacio de indistinción entre el adentro y el afuera, entre derecho y vida, se revela esa sujeción que, según Agamben, el poder soberano ejerce sobre la vida, manifestándose en sus resultados más abiertamente tanatológicos. Pero este apresar es ahora más fuerte que nunca, articulándose —gracias a los discursos económicos y tecnocientíficos— de manera compleja sobre toda la extensión de la existencia humana. Entender la relación entre derecho y vida supone, por tanto, indagar en ese territorio fronterizo que separa y une la norma con aquello que pretende configurar, sacando a la luz el núcleo opaco que le da origen, que tantas veces ocultarán los procesos apodícticos de naturalización. Acudiendo a las raíces romanistas del derecho a través de la lectura que de ellas hace Yan Thomas, el presente trabajo intenta recuperar algunas categorías útiles para proporcionar coordenadas adecuadas a esta investigación.

Palabras clave: Yan Thomas; Giorgio Agamben; *fictio*; derecho romano; política; institución.

Abstract: The present paper explores one of the central themes of Giorgio Agamben's thought: the threshold. In the space of indistinction between inside and outside, between law and life is revealed the grip which, according to Agamben, sovereign power exercises over life, manifesting itself in its most openly thanatological results. But this grip is now stronger than ever, articulating itself—thanks to economic and techno-scientific discourses—in a complex way over the entire extent of human existence. Understanding the relationship between law and life means, therefore, an investigation into the border territory that separates and unites norms with that which they try to configure, bringing to light the opaque core that gives birth to it and which often hides the apodictic processes of naturalization. By turning to Yan Thomas' reading of the Romanist roots of law, the present paper attempts to recover some useful categories in order to provide adequate coordinates for this line of research.

Keywords: Yan Thomas; Giorgio Agamben; *Fictio*; Roman Law; Politics; Institution.

Résumé : Le présent article aborde l'un des thèmes centraux de la pensée de Giorgio Agamben, celui du seuil. Dans l'espace d'indistinction entre l'intérieur et l'extérieur, entre la loi et la vie, se révèle l'emprise que, selon Agamben, le pouvoir souverain exerce sur la vie et qui se manifeste dans ses résultats les plus ouvertement thanatologiques. Mais cette emprise est aujourd'hui plus forte que jamais, s'articulant —grâce aux discours économiques et techno-scientifiques— de manière complexe sur toute l'étendue de l'existence humaine. Comprendre le rapport entre le droit et la vie signifie donc enquêter sur ce territoire frontalier qui sépare et unit la norme à ce qu'elle entend façonner, en mettant en évidence le noyau opaque qui la fait naître et qui sera si souvent dissimulé par les processus apodictiques de naturalisation. En se tournant vers les racines romanistes du droit à travers la lecture qu'en fait Yan Thomas, le présent article tente de récupérer quelques catégories utiles pour fournir des coordonnées adéquates à cette recherche.

Mots-clés: Yan Thomas; Giorgio Agamben; *fictio*; droit romain; politique; institution.

1. Sobre los umbrales: el *limes* del derecho

Sin duda vivimos tiempos interesantes. La ciencia, la tecnología y las transformaciones sociales confrontan continuamente a la política y al derecho con escenarios inéditos, imponiendo una redefinición constante de las categorías institucionales y de las formas de lo normativo. Casi a diario, las noticias proponen la confrontación con situaciones límite, que luchan por ser contenidas por las rígidas categorías de la modernidad, cuyos

límites se desdibujan, se superponen y pierden nitidez. En otras palabras, las ciertas dicotomías de la sólida narración moderna pierden su capacidad heurística y predictiva, su legitimidad, ante el flujo de los acontecimientos contemporáneos.

Este marco no puede sino estimular, e incluso exigir, una urgencia del pensamiento. Aunque la necesidad de repensar el mundo y de repensarse en él nunca debe pasarse por alto, esta no puede dejar de ser más evidente y urgente dada la sucesión de los acontecimientos más recientes: una pandemia global, el estallido de un nuevo conflicto en el corazón de Europa, el resurgimiento más general de conflictos políticos, sociales y militares o un endurecimiento del marco geopolítico internacional en términos de identidad, por nombrar solo algunas de las cuestiones que han surgido en años muy recientes y que siguen formando parte de nuestro presente inmediato. Es con tal cúmulo de cambios, que se inscriben en el equilibrio ya precario de una contemporaneidad fluida y contingente, con los que el pensamiento jurídico-político está llamado a confrontarse.

Si tales acontecimientos dan lugar a cuestiones fronterizas tal y como las definíamos anteriormente, es decir, si son capaces de marcar una discontinuidad en la plácida contemplación de un horizonte usual que ya no puede ser percibido como tal, son precisamente las zonas fronterizas, los límites, las tierras de nadie de la indistinción las que deben ser exploradas en busca de coordenadas para una nueva y diferente cartografía de la topología teórica y la reconstrucción de un equilibrio institucional más adecuado.

Es precisamente la delgada línea que separa y une norma y decisión, forma y contenido, poder establecido y poder instituyente, la que se ve afectada —y a veces desbordada— por el problemático tránsito del conflicto y el cambio. Este espacio auro-ral muestra a menudo la crueldad de una tierra de nadie y constituye un umbral donde cada elemento muestra su rostro oscuro, pero es allí donde surgen y se consuman los conflictos trágicos de una época como la nuestra, tan contradictoria y ambivalente, tan rica en transgresiones, que casi merece el apelativo de barroca.

Así pues, es en las tierras del *pólemos*, donde tiene lugar el trágico desencuentro —pero también la dramática alianza— entre las dos esferas de lo decisonal y lo normativo, de la conformación y el magma caótico de la creación, de lo instituido y lo instituyente, donde debe ir la exploración.

La dimensión tanatopolítica de Agamben hace de este mismo espacio que es el umbral, eterna y ontológicamente “otro”, su territorio de elección.

Como es bien sabido, la excepción es para Agamben aquello que “no puede ser definid[o] ni como una situación de hecho ni como una situación de derecho, sino que introduce entre ambas un paradójico umbral de indiferencia” (*Homo sacer*)

31), una toma del afuera, una inclusión del caos por el ordenamiento. Esta toma, esta inclusión del exterior, explica Agamben, pasa también y sobre todo a través de los cuerpos: el cuerpo atenuado del *homo sacer*, apresado dentro del derecho mismo y solo en virtud de su propia exclusión; el cuerpo del soberano, caracterizado kantowiczianamente por una duplicidad ontológica, duplicado y atenuado por ser a la vez real y simbólico. Entre estos dos extremos se sitúa la duplicidad del espacio de decisión, siempre interna y externa al orden jurídico, topológicamente indiscernible de su propio exterior:

Estado de naturaleza y estado de excepción son solo las dos caras de un único proceso topológico en que, como en una cinta de Moebius o en una botella de Leyden, aquello que se suponía como externo (el estado de naturaleza) reaparece ahora en el interior (como estado de excepción), y el poder soberano es propiamente esta imposibilidad de discernir entre exterior e interior, naturaleza y excepción, *phýsis* y *nómos* (54).

Rechazando la lectura “psicologista”, que acaba reduciendo la institución de la *sacer-tas* romana a un fenómeno genuinamente religioso, Agamben lee en ella un fenómeno “jurídico-político”, capaz de fundamentar y explicar el dominio que la excepción soberana ejerce sobre la vida y los cuerpos (111) en toda la cultura y tradición occidentales. En el contexto romano, la existencia del *homo sacer* está vinculada a la expresión *vitaе necisque potestas*, la única en la que el término *vita* adquiere el valor de *terminus technicus* para el *ius*.

Es aquí donde la línea de pensamiento del autor se encuentra con la de Yan Thomas. El historiador y jurista francés muestra cómo, en esta expresión, vida debe entenderse como un corolario de *nex*, desprovisto de valor autónomo (*Vitaе necisque potestas*). En otras palabras, la vida no sería más que la contrapartida de un poder que amenaza con la muerte. Un poder absoluto, que inviste a todo ciudadano varón libre en su nacimiento y que parece definir así el modelo mismo del poder político en general (114).

Así pues, si Agamben ha hecho del umbra, esa región diáfana y crepuscular que es la frontera, uno de sus rincones filosóficos predilectos, sin duda ha viajado en buena compañía.

Como historiador del derecho y jurista, la reconstrucción que Thomas hizo de la tradición iusromanística supuso una contribución fundamental a la comprensión de la cultura jurídica e institucional de Roma. La comprensión de las categorías derivadas de esta reconstrucción no solo puede añadir un elemento fundamental al contexto y al subtexto de la obra de Agamben, sino que, más en general, ilumina las ambivalencias y anfibologías que atraviesan y sustentan la dinámica jurídica tanto en sentido sincró-

nico como diacrónico, ayudando a responder a la urgencia de pensamiento que exige la actual configuración social e institucional.

Sobre Thomas, en su introducción a la edición italiana de *Il valore delle cose*, el propio Agamben escribe:

A medida que avanzaba en mi lectura [...] surgía entre líneas, por así decirlo, un [...] tema que [...] constituía quizá uno de los motivos esenciales del interés de Yan Thomas por el derecho: la división —y, al mismo tiempo, la posible confusión— entre derecho y vida (*Tra il diritto e la vita* 9)¹.

En estas líneas, Agamben identifica con precisión el objeto y al mismo tiempo el enfoque que recorre gran parte de la obra del historiador, un pensador tan erudito (Agamben lo llama cariñosamente puntilloso) como lúcido y profundo. Es tratando de dar un nombre a la problemática y conflictiva —pero necesaria— relación derecho y vida que Thomas interroga documentos, comentarios antiguos, pero también sentencias más recientes. Lo que encuentra es una sofisticada herramienta con un prodigioso poder *in-formativo*, capaz de fundar y sostener un auténtico “imperio de la ficción” (*Fictio legis*).

No es de extrañar que la obra del historiador francés haya fascinado e influido tanto en la del filósofo italiano. Ni que el pensamiento de ambos siga ejerciendo tal influencia. Ambos se mueven a sabiendas y abiertamente en esa zona oscura, ambigua y crepuscular que es la frontera, el umbral. O el *limes*, por utilizar un término no casualmente empleado por Agamben en la citada introducción².

Una línea fronteriza móvil, un límite armado y abierto hacia un exterior eternamente colonizable, un umbral problemático y conflictivo, constitutivamente incierto en la medida en que no puede definirse *a priori*, entre naturaleza y artificio, *bíos* y *zoè*, inclusión y exclusión. Si el derecho romano fue un imperio de la ficción, es en sus fronteras y umbrales donde hay que buscar la figura de su ser, el precario equilibrio entre forma y decisión que le permite operar.

2. Entre naturaleza y artificio: la *fictio legis*

La categoría de ficción es una de las herramientas más interesantes y una de las nociones más sugestivas del formidable arsenal que Thomas restaura a través de su

1 Todas las traducciones son nuestras salvo que se indique lo contrario.

2 *Limes* es un término romano utilizado originalmente para designar el camino o vía que delimitaba una frontera entre dos campos, y que en época imperial pasó a designar una vía militar fortificada. En las épocas de Augusto y Julio-Claudio, el *limes* era a todos los efectos un camino de ataque, trazado para satisfacer las necesidades logísticas del ejército durante una campaña militar y a veces cerrado al final de las operaciones. El *limes* era, pues, la línea fronteriza que marcaba la extensión del Imperio romano con respecto al mundo bárbaro, aún no colonizado, pero concebido para su expansión, en función del ataque.

riguroso análisis de las fuentes iusromanísticas. Asume un valor fundamental en su visión de qué y cómo actúa el derecho, así como de su relación con los hechos.

La *fictio* es un procedimiento que pertenece a la pragmática del derecho romano, sustanciándose en un largo y heterogéneo formulario que puede derivarse tanto de textos legales como de edictos y jurisconsultos. Las fórmulas que indican la presencia de este dispositivo procesal recurrente incluyen, a modo de ejemplo: *ac si*, *ac si non*, *preinde ac si*, *preinde ac si non*. Este dispositivo, como explica Thomas, presupone la certeza de la falsedad. Es decir, se trata de una construcción que, partiendo del conocimiento cierto de una realidad fáctica, la ignora por completo para construir otra distinta en el plano jurídico. En otras palabras, mediante la *fictio*, los juristas romanos adoptaban un estado de cosas en el plano del derecho radicalmente distinto del material: hacían “como si” la realidad fuera distinta del dato material.

La lectura generalizada según la cual esta técnica de formulación era un mero instrumento económico para la transformación del derecho es rechazada por Thomas. A su juicio, deja de cuestionarse el tipo de relación que el uso de la *fictio* implica entre la construcción jurídica y la realidad natural dentro de la visión romana del derecho. ¿Por qué, en otras palabras, la compleja y refinada experiencia jurídica romana, que también conocía alternativas más directas, parecía optar por tales formulaciones? “Procedimiento cómodo ciertamente, pero también caracterizado por una relación original con el mundo. Tal visión, de hecho, no tiene nada de necesario, ni de evidente” (Thomas, *Fictio legis* 54). El uso del dispositivo representado por la *fictio* es una “elección”, puesta de manifiesto por la propia existencia de alternativas que flanquean y solapan sus formulaciones.

La relevancia y el poder epistemológico de la *fictio* ya empiezan a ser evidentes. Como escriben Spanò y Vallerani, no es un mero instrumento del derecho, porque del derecho encarna “el holograma”, es decir, “aquella práctica que, de manera específica, revela su carácter general”.

Es en la contraposición directa y frontal entre derecho y hecho que representa este instrumento donde debe identificarse este valor “holográfico”. El “como si” implícito en la ficción jurídica representa de forma vívida y señalada el poder artificialista de todo el dispositivo jurídico. Para Thomas, la verdadera relevancia de este procedimiento reside en revelar la cosmovisión subyacente a la técnica jurídica romana: una cosmovisión en la que el dominio del derecho sobre los hechos es total: “El derecho romano reconocía tanto en los juristas como en la ley la capacidad de transformar el orden de las cosas, de remodelarlo” (*Fictio legis* 23). Un poder que no conocía límites (*a priori*), acabando

por constituir un verdadero *imperio de la ficción*. El *limes* de tal imperio podría haberse expandido en todas las direcciones y niveles, hasta el punto de que el dispositivo de la *fictio* también se utilizó para derribar ficciones anteriores, en una construcción de múltiples capas de complejidad cada vez mayor.

La relación entre naturaleza y artificio que se desprende de tal imagen es clara, y resulta completamente desequilibrada desde el primer momento. La naturaleza en este contexto debía entenderse como supervivencia o como un estado restaurado, una condición restablecida. O incluso como una forma de extender el derecho trazando en su nombre relaciones jurídicas creadas por la ley, pero nunca como un principio normativo capaz de limitar el dominio institutivo del *ius* sobre los hechos:

Los juristas se preocuparon de sugerir que la distancia entre la institución y su modelo no fuese la que separa lo verosímil de lo verdadero [...] sino la que existe entre la ficción y lo verdadero, o lo que se supone verdadero [...]. Ficción, en primer lugar, cuando se aclara que el adoptante puede no tener, o no haber tenido nunca, esposa [...]. Ficción, además, cuando se dice que el ciudadano incapaz de engendrar —como el eunuco— tiene derecho a adoptar y a arrogarse exactamente lo mismo que el soltero [...] (41).

De este modo, escribe Thomas, “el derecho se fue aislando progresivamente, en construcciones cada vez más complejas, cavando cada vez más el surco que lo separaba de lo real” (53).

El instrumento de la ficción, en definitiva, se convierte en paradigma del carácter artificialista y constitutivo del derecho: *téjne* verbal y formal, que no solo no debe nada a la *phýsis*, sino que incluso es capaz de “comprenderla”, instituyéndola como parte de sí misma. En efecto, solo a través de esta aprehensión el mundo natural, fáctico, puede cobrar valor dentro de la dinámica del *ius*. En definitiva, la vida adquiere relevancia jurídica solo en la medida en que ya es artificial, en el sentido de artificio jurídico. Y en este sentido la ficción “es elegida como verdadero y propio detector de la especial artificialidad de todas las instituciones” (Spanò & Vallerani).

Fue solo con el encuentro de la tradición jurídica latina con el pensamiento cristiano y su exigencia de un universalismo trascendente que la naturaleza fue establecida por los juristas de la época como un límite externo a este imperio de la ficción, es decir, capaz de *in-formarla* y contenerla.

Una ley o un orden externo a la ciudad y preexistente a ella, capaz de compatibilizar la vasta caja de herramientas técnico-prácticas de la tradición iusromanista con la trascendencia de un mundo ahora confesional.

3. Entre naturaleza y ciudad: la *res* y su valor

El dispositivo de la *fictio* explicita, por tanto, el poder particular que el derecho tiene sobre las cosas, el poder de establecerlas como “cosas de derecho”. En este sentido, Irti tiene razón cuando escribe que:

El derecho pertenece también al mundo de la técnica, puesto que, al instituir la relación entre regla y regulado, aspira también a la dominación de esa “cosa” exterior que no es otra que la voluntad de los otros (54).

La técnica del derecho, por tanto, como todas las técnicas, está inseparablemente ligada a una voluntad (“voluntad de poder”, escribe Irti), cuyo objetivo es un dominio sobre los objetos que en algunos aspectos se traduce literalmente en su reificación. Esta visión del mundo, según la cual el derecho tiene un dominio total sobre las cosas, también emerge en las instituciones patrimoniales.

En *El valor de las cosas*, Thomas investiga “la constitución jurídica de las cosas” o, dicho de otro modo, el estatus que confieren a las cosas (*res*) los procedimientos mediante los cuales son calificadas y valoradas como bienes. El camino elegido por el derecho romano para formular la naturaleza patrimonial y mercantil de las *res* es el de la exclusión. Las *res* son comerciables, dice Thomas, en la medida en que no pertenecen al ámbito de lo público y lo sagrado:

Para que aparezca explícitamente su naturaleza jurídica de cosas valorables [...], es necesario que algunas de ellas fueran excluidas del ámbito de la apropiación y del intercambio, y por tanto destinadas a los dioses o a la ciudad, según un modelo de atesoramiento común al mundo antiguo pero que sólo encontró su expresión jurídica más típica, y quizá *su conceptualización misma* [la cursiva es mía], en Roma (*Fictio legis* 23).

La patrimonialidad de la *res* surge, por tanto, no por sí misma, sino como el negativo de la exclusión de un tabú: antes de la dimensión económica, dentro de la cual la propiedad posee un valor y puede, por tanto, enajenarse libremente, existe el ámbito de lo incalculable, la *res nullius in bonis*, es decir, la pertenencia a un patrimonio que no pertenece a nadie. Un patrimonio sustraído no solo a la disponibilidad de cada individuo, sino también a la de la propia ciudad, en virtud de una limitación determinada por la propia comunidad: “Las cosas públicas no eran inapropiables a causa de alguna titularidad estatal, sino a causa de su finalidad, según la visión muy clara que los juristas romanos tenían de ellas” (29).

Las cosas públicas y sagradas solo se consideraban desde la perspectiva de su inalienabilidad, en la medida en que estaban destinadas al uso público, como el Campo de Marte, por ejemplo.

Solo por contraste con este régimen de indisponibilidad surgió la “vocación patrimonial” de la *res*, su calificación como bien evaluable y, por tanto, patrimonialmente transferible.

Las cosas públicas deben considerarse enajenables por razón de su destino. Espacios como los templos sagrados, el Campo de Marte o el foro romano son inalienables, no porque pertenezcan al patrimonio de la ciudad, sino porque están destinados al uso público. Un uso que, una vez establecido para determinados espacios, no puede desviarse de ellos. Así, los bienes que pasan a formar parte de estos espacios han de ser considerados como pertenecientes a ese *patrimonium nullius in bonis*, un patrimonio que no pertenece a nadie y que está sujeto a ese interdicto que prohíbe su circulación y su propia valoración. En otras palabras, la comerciabilidad coincide con el cese de un interdicto que prohibía la propia evaluabilidad de la *res*. Y el fin de ese interdicto, explica Thomas, coincide con un proceso por el cual se atribuye valor a un bien que hasta entonces carecía de valor, e incluso no era evaluable por pertenecer a un espacio establecido como sagrado o público.

Recíprocamente, las *res nullius* son también bienes que aún no se han puesto en el mercado, pero a diferencia de las *res nullius in bonis*, son de libre apropiación por cualquiera (la caza, por ejemplo), ya que aún no se han puesto en el mercado. No se les ha dado una valoración, no pertenecen al mercado porque el procedimiento aún no les ha asignado un valor. Esto se hace depender de que alguien se apropie del bien.

Conviene señalar aquí, de paso, que el sentido muy primitivo del término *res* oscila entre el litigio judicial y el objeto del litigio. Incluso, señala Thomas, en las fórmulas más arcaicas, la cosa era tal precisamente en la medida en que se disputaba en un juicio.

En definitiva, el derecho, a través del proceso, constituía la cosa, que no tenía más identidad que la valoración a la que era sometida. En palabras de Thomas:

El procedimiento como *res capta*, contiene y da forma a sus objetos como *res*. [...] de ahí la identidad puramente procesal de la *res* [...] Nada permite vislumbrar mejor la singularidad de nuestro universo jurídico más antiguo, en el que la realidad de las cosas dependía de la convención que las fijaba (*Il valore delle cose* 72).

Podría decirse que la naturaleza de las cosas se contrapone aquí a su valor, entendido como una característica asumida solo en el momento y en virtud del procedimiento de valoración, gracias a la formulación jurídica. En definitiva, no hay para el derecho otra naturaleza de las *res* que la que les atribuye el derecho mismo. No es casualidad, como nos vuelve a recordar Thomas, que “el sentido primitivo de *res* oscila entre la disputa judicial y el objeto que proporciona la ocasión para esa disputa” (67). Solo cuando

la cosa es valorada y pasa a formar parte de un patrimonio adquiere una cualificación. Antes del procedimiento que la reifica, llevándola dentro de la lógica patrimonial establecida por la palabra y los actos formales, no es más que un hecho natural, desprovisto de calificación y efecto.

El poder ilimitado del derecho se revela una vez más en su capacidad de apropiación y configuración de lo real: es la forma la que constituye literalmente la cosa, dado que el estatus de *res* coincide con el proceso que le ha atribuido valor, situándola así dentro del circuito del mercado, partiendo de su estatus de *res nullius*, o sustrayéndola al interdicto religioso o público de cosa que no pertenece al patrimonio de nadie (*res nullius in bonis*).

Desde este punto de vista, las cosas, incluso las divinas, son instituidas procedimentalmente por la acción humana, mediante una técnica muy precisa, la del *ius*, cuyo dominio sobre la realidad es ilimitado. Dentro de esta técnica, y en los confines de su propio imperio, la naturaleza misma es un artificio, al servicio de otros artificios.

Tanto *res* y proceso como hecho y derecho constituyen pares indistinguibles. Para apropiarse de su exterior, el hecho de la naturaleza o el objeto físico, el derecho debe hacerlo pasar por sus propios procedimientos y definiciones. Es decir, debe establecerlo.

De ahí que Thomas proponga un “enfoque procedimentalista” del derecho romano, que, mucho más que las lecturas “sustancialistas”, muestra la temprana visión formalista y abstracta de la economía que había desarrollado. Es interesante aquí su siguiente reflexión:

Creo que es posible e incluso necesario entender la idea de una salida de la religión como un instrumento consciente de construcción jurídica: el derecho romano claramente se pensó a sí mismo como una salida de la religión y pensó en el comercio como la eliminación de un interdicto (*Il valore delle cose* 53).

Incluso lo que queda fuera de él lo está en virtud de un *estatus* que el propio derecho establece. En resumen, el derecho choca con la realidad y la absorbe, la coloniza. Como escribiría Agamben, en el acto mismo de designarla como distinta de sí misma, el derecho la incorpora y la define a través de sus propios criterios; la excluye incluyéndola. Es decir, la naturaleza no se concibe como fuente de una norma última, ulterior y externa a las normas de la ciudad/sociedad: “En el derecho romano clásico no se encuentran tabúes morales fundados sobre el derecho natural [...] son la ley y los *mores* las que, en última instancia, fundan la prohibición” (Thomas, *Imago naturae* 21).

Esta idea de la naturaleza como última instancia de lo normativo y límite externo de lo instituyente, como límite a lo jurídico, es un producto de los juristas medievales. Entre los siglos XII y XIV, impulsados por la necesidad de combinar la gran fuerza del

instrumento jurídico heredado de la cultura romana con la nueva cosmovisión cristiana, los juristas medievales imaginaron un límite externo, trascendente, natural y divino que constituía una frontera infranqueable frente al imperio de la ficción. Un límite que, para Thomas, pasaba por dos pilares fundamentales: la separación absoluta entre las cosas visibles e invisibles, entre lo material y lo inmaterial, entre lo terrenal y lo espiritual; y la absoluta inviolabilidad del orden de las generaciones (*Fictio legis*).

Sin embargo, bien mirado, esta limitación no deja de tener un carácter técnico-jurídico. Se revela como fruto del esfuerzo interpretativo de quien está llamado a compatibilizar el instrumental romanístico heredado con la visión teológica de un *Kosmos* divino, organizado desde un principio de justicia y verdad trascendentes. Este instrumental, en definitiva, no deja de ser una obra del hombre, a su vez una ficción, que, sin embargo, olvidándose de ser tal, corre el riesgo de convertirse en la objetivación y cristalización de sistemas de pensamiento, visiones antropológicas y equilibrios de poder sustraídos a la crítica, al replanteamiento y al cambio.

En definitiva, la evocación de la naturaleza como principio normativo se convierte en un arma de doble filo que, al intentar limitar una técnica (el *ius*) con un poder expansivo potencialmente ilimitado, corre el riesgo de evocar una entidad que sustrae cualquier posibilidad de autonomía, ocultando la artificialidad de su propio origen y vinculando relaciones entre poder y saber demasiado estrechas para que tengan cabida la crítica y la revisión política.

La naturalización de las normas corre el riesgo de ser un *limes*, una frontera armada, aún más sólida y violenta que el derecho que quiere limitar, pero también menos maleable, menos controlable. Esto es tanto más urgente en un contexto en el que los descubrimientos científicos y el progreso tecnológico contribuyen a cuestionar constantemente las posibilidades de la acción humana, aumentando la manipulabilidad técnica del mundo y de los cuerpos.

4. Entre derecho y vida: Thomas y el caso Perrouche

El umbral que el derecho está condenado a cruzar y volver a cruzar, en un intento de determinar sus límites, también pasa especialmente a través de los cuerpos de los vivientes³. El cuerpo vivo es el espacio en el que chocan cosmovisiones, poderes, identidades. El homo sacer es literalmente la criatura que, viviendo en el umbral de la indistinción entre *bíos* y *zoè*, marca esa frontera entre dentro y fuera que permite el ejercicio del poder soberano.

3 La relación entre cuerpo y poder ha sido el eje de las teorías queer, que han contribuido especialmente a poner de manifiesto la fuerza normalizadora y normativa que la categoría de identidad, principalmente sexual, tiene sobre las vidas a través de los cuerpos. Sobre este punto, véase García López.

Pero si este poder solo podía expresarse sobre el *ius vitae ac necis*, sobre el matar, sobre el dejar vivir y hacer morir, ¿en qué se convierte este umbral ahora que la tecnología permite manipular cada vez más lo humano? ¿Quién y cómo decide sobre la vida humana, sobre su cualificación, cuando su relación con la artificialidad y la consiguiente posibilidad de actuar sobre ella cambian constantemente?

Si el poder de la tecnología y la ciencia, en otras palabras, amplía la medida en que la decisión afecta a los cuerpos, produce el yo, es la relación del yo con el mundo lo que hay que reconsiderar. La frontera entre la vida y la no vida, entre el nacimiento y la muerte, por ejemplo, se hace cada vez menos distinguible, ensanchándose hasta convertirse en una tierra de nadie donde la pericia, el saber experto, los dictámenes técnico-científicos están llamados a decidir. Es una de las cuestiones más delicadas, pero ciertamente no la única, en la que la *zoè*, la animalidad del cuerpo humano, corre el riesgo de expandirse hasta engullir la dimensión del *bíos*, llamado a una proyectualidad consciente y autónoma, tanto a nivel individual como colectivo, aumentando el poder de los cuerpos, pero al mismo tiempo poniendo de manifiesto toda su fragilidad existencial, su precariedad. En otras palabras, el poder de la tecnología aumenta la capacidad de acción, pero al mismo tiempo corre el riesgo de objetivar esas mismas subjetividades, reducidas a un campo de acción de fuerzas “racionales” naturalizantes.

Cabe preguntarse si este poder creativo que manifiesta la *fictio* puede quedar circunscrito dentro del perímetro destructivo y excluyente de la tanatopolítica, o si, por el contrario, el poder que describe no delimita una frontera mucho más articulada. Es decir, ¿no tiene que ver con un dominio sobre la vida y los cuerpos que remite más inmediatamente al concepto foucaultiano de biopolítica? Como escribe Foucault:

Ya no se trata de hacer jugar la muerte en el campo de la soberanía, sino de distribuir lo viviente en un dominio de valor y de utilidad. Un poder semejante debe calificar, medir, apreciar y jerarquizar, más que manifestarse en su brillo asesino; no tiene que trazar la línea que separa a los súbditos obedientes de los enemigos del soberano; realiza distribuciones en torno a la norma. No quiero decir que la ley se borre ni que las instituciones de justicia tiendan a desaparecer; sino que la ley funciona siempre más como una norma, y que la institución judicial se integra cada vez más en un continuum de aparatos (médicos, administrativos, etc.) cuyas funciones son sobre todo reguladoras (174).

En cualquier caso, la apertura que implican, más que provocan, la tecnología y el conocimiento científico no puede aceptarse acríticamente como una necesidad. Su aplicación, las visiones del mundo que las subyacen y que emergen de ellas, no pueden dejarse ni a la necesaria “naturalidad” de un saber objetivo y objetivante, ni a la rígida violencia excluyente de lo simbólico, que al intentar “mantenerse unido” en una

visión identitaria acaba olvidando lo que ha excluido. De lo contrario, la suma de poder garantizada por la técnica —por cualquier técnica, ya sea directamente tecnológica, derivada del conocimiento científico, o jurídica— se convierte en la suma impotencia del ser humano, en su reducción a cosa frente a sus propias creaciones. En otras palabras, en alienación. Cuando la manipulabilidad del cuerpo cambia y se expande, por tanto, la intersección entre norma y decisión —que se consuma en los límites del derecho— debe ser retomada, cuestionada, repensada.

Es entonces, una vez más, a la periferia, a las fronteras del imperio a donde hay que ir, para tratar de comprender ese delicado equilibrio sobre el que puede restablecerse una precaria coexistencia de lo múltiple, al menos hasta el próximo asalto.

Cuando Thomas, como jurista, se enfrenta a la actualidad, recurre precisamente a esta tradición, a esta cosmovisión, para entender la lógica de una sentencia muy controvertida: la del caso Perrouche. En pocas palabras, las complicaciones de un parto provocan la enfermedad del niño en el momento de nacer. Pero dado el diagnóstico erróneo del médico, la madre del nasciturus no pudo ejercer correctamente su derecho a elegir el embarazo *in itinere*. La Corte de Casación francesa decidió conceder una indemnización a cargo del médico. Esto hizo que los comentaristas hablaran de un imposible “derecho a no nacer”, incongruentemente ideado por el juez.

Pero no hay derecho a no nacer, explica Thomas. La sentencia debe enmarcarse en primer lugar en una lógica jurídica. Es decir, la lógica de un instrumento que, como acabamos de ver, debe establecer el hecho real para regularlo. Una lógica, por tanto, interna al propio derecho: jurídica y no ontológica. En otras palabras, lo que hay que tener presente es precisamente esa relación particular del derecho con los hechos.

Frente a una realidad sin precedentes producida por el nuevo potencial de la tecnología biológica y médica, el derecho jurisprudencial está llamado a dar respuestas. Y en este caso, la decisión jurisprudencial ha decidido reconocer una indemnización que de otro modo no habría sido reconocida, constatando una responsabilidad que no habría podido ser detectada. Como resumen eficazmente Cayla y Thomas:

Lo posible y lo imposible no son modalidades del derecho, ya que éste los resuelve tanto en prohibiciones de violar la ley, es decir, prohibiciones tan jurídicas como las otras, en su esencia, como en prohibiciones a las que se subordina el soberano, es decir, prohibiciones constitucionales (108).

Como resultado de una decisión, la solución producida puede ser compartida o no compartida, pero es dentro de esta lógica de la institución de lo real, de esta particular

relación que el derecho tiene con la realidad material que la solución jurisprudencial debe ser hallada y evaluada.

5. Entre ficción e ilusión: norma, poder, autonomía

Según este punto de vista, la realidad misma de lo normativo sería una “negación consciente de lo verdadero”, por repetir la fórmula de Thomas. En resumen, el derecho es ante todo —y sobre todo— una técnica, con la que la voluntad modela la realidad, la instituye, la formaliza y la coloniza. De ello se deduce que la fuerza y la función del derecho es limitar, regulándola, la voluntad de poder inherente a otras técnicas y a otros saberes, como la economía, la medicina, la biología y la tecnología.

La imagen de la *fictio*, esbozada por Thomas en sede histórica, vuelve aquí. Puede prestarse, a partir de este caso, a actuar como bisagra, como punto de contacto entre norma y decisión, forma y creación, entre formas jurídicas y hechos de la vida. Una frontera incierta, *limes* de un imperio en constante expansión, pero también bajo perenne presión. Un territorio diáfano, producido por la decisión. En este umbral, político, la norma se sitúa corriente abajo, como producto de una técnica, la jurídica. El motor de esta producción solo puede ser la voluntad, la “voluntad de poder”, como la llama Natalino Irti, que reúne todas las técnicas humanas. En palabras de Irti: “La elección de los fines pertenece a la decisión política: la norma jurídica alzaría el vuelo, como la lechuza hegeliana de Minerva, sólo en el umbrío crepúsculo” (34).

Las reflexiones de Thomas, en su enfoque exquisitamente técnico-jurídico, se centran en las articulaciones liminares del derecho, en los pasajes institucionales que podríamos definir, con Agamben, como umbrales de indistinción.

La representación del artificialismo jurídico, tan dinámica y a la vez tan profundamente arraigada en la lógica y la técnica del derecho, permite detectar el carácter particular e innecesario de cualquier orden normativo o equilibrio institucional, ayudando a evitar cualquier peligrosa hipostatización. En broma, podría decirse que la conceptualización del dispositivo de la *fictio* como categoría de la relación entre derecho y política podría ser una herramienta útil para disipar las ilusiones de una normatividad “revelada”, proveniente de un saber ajeno a sus implicaciones con el poder.

Allí donde la certeza del instrumental puramente normativo muestra la articulación con el vacío de la decisión, la articulación entre forma y voluntad expresada por la imagen de la ficción revela la ruptura que rige el orden institucional de toda sociedad, incluidas aquellas que se imaginan fundadas en la neutralidad de la tecnología, devolviéndonos a la ineludible y radical responsabilidad de las elecciones individuales y colectivas.

Una responsabilidad tanto mayor cuanto mejor comprendamos el alcance fundacional de la fuerza que reside en el poder de la palabra y, por tanto, en esa técnica de aprehensión de lo real que es el derecho.

Desde esta perspectiva, podemos volver a observar la imagen que nos devuelve el dispositivo de la *fictio*, especialmente en el vínculo que Thomas encuentra entre este y el mundo de las instituciones político-representativas. A la luz de este vínculo, según el autor, es evidente que en el recorrido del derecho romano no existía tal cosa:

Ningún ajuste a la existencia de ninguna conciencia colectiva, o de una voluntad general realmente presente en todos y cada uno, en la conclusión de que la mayoría cuenta por el todo. El voto mayoritario, practicado en todas las ciudades desde la Grecia arcaica hasta Roma, se basa en el derecho romano en un golpe de mano, en un decreto: la mayoría se considera el todo. Disyunción radical entre realidad e imputación, sin la cual no existirían ni la representación ni el Estado (*Fictio legis* 57-58).

El “golpe de mano” que fundamenta la decisión mayoritaria es exactamente esa delgada línea sobre la que retroceden y avanzan el *limes* del derecho. En esta imagen, la decisión mayoritaria que determina la institución y sus normas no queda encubierta por ningún principio de legitimación objetiva y universal, sino que permanece vinculada a un acto de poder de la palabra: es el fruto de una victoria que no pierde, *rectius* no oculta tras la pantalla de una naturaleza legisladora, su vínculo originario con la conflictividad y la alteridad política que la permitieron y determinaron. Tal imagen, en definitiva, puede ser la figura del sutil pero muy sólido vínculo biunívoco entre poder y derecho, entre decisión y norma⁴, contribuyendo a alimentar un reconocimiento, entendido como el uso activo y consciente de la norma⁵.

Incluso el *limes* material, marcado por los ejércitos en armas, es muy poco si en su retaguardia, y corriente arriba, no existe esa delgada línea que la “palabra legítima”⁶, la palabra que Occidente conoce como *iur*.

4 Sobre este punto véase Catania, *Decisione e norma*.

5 Sobre el concepto de reconocimiento, sobre la importancia de una relación entre punto de vista interno y externo dentro de la dinámica jurídica, véanse Hart y Catania, *Metamorfosi del diritto*.

6 “Más arriba del monopolio de la violencia legítima,” escribe Castoriadis, “está el monopolio de la palabra legítima; y éste está ordenado a su vez por el monopolio de la significación válida. El Amo de la significación reina sobre el Amo de la violencia. Solo en el estrépito del derrumbe del edificio de las significaciones instituidas la voz de las armas puede comenzar a oírse. Y, para que la violencia pueda intervenir, es necesario que la palabra —la conminación del poder existente— siga teniendo su poder sobre los ‘grupos de hombres armados’” (18). La estrecha relación entre la palabra como discurso legítimo, entendido como vehículo del poder instituyente e instituido, y la fuerza como violencia material se invierte aquí respecto a las lecturas materialistas: es la primera la que precede y determina a la segunda, posibilitando la organización que permite el hecho de la coacción y la violencia. De ello se desprende que, con vistas a la búsqueda de una verdadera “autonomía”, inherente al “proyecto democrático”, por utilizar de nuevo las categorías de Castoriadis, es en el campo de lo imaginario, es decir, de la autocreación de lo histórico-social, donde se libra la batalla decisiva. En los términos y categorías utilizados hasta ahora, se podría decir que el objetivo del proyecto democrático es la toma de conciencia de que

Es fácil ver cómo la frecuentación de ese extraño y diáfano umbral que es la *fictio iuris* puede ayudar a mantener en perspectiva el poder del derecho y de lo normativo, su *vis expansiva*, y someterlo a la consciente (autónoma) creación y evaluación del complejo social que produce y sobre el que insiste. Solo la conciencia, la responsabilidad perennemente renovada por la investigación realizada desde esta frontera peligrosa, armada, polémica y, por tanto, política, puede mantener abierto un proyecto de autonomía, que no naturalice lo existente, sustrayéndolo al poder instituyente de las colectividades, mas preservando su poder de puesta en forma, siempre provisional y políticamente rediscutible.

Bibliografía

- Agamben, Giorgio. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. 1995. Traducido por Antonio Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 1998.
- _____. "Tra il diritto e la vita". *Il valore delle cose*, Yan Thomas, Macerata, Quodlibet, 2015, pp. 10-17.
- Cayla, Olivier y Yan Thomas. *Il diritto di non nascere. A proposito del caso Perrouche*. Traducido por Laura Colombo, Milán, Giuffrè, 2004.
- Castoriadis, Cornelius. "Poder, política, autonomía". *Estudios*, no. 18, 1989, pp. 7-35.
- Catania, Alfonso. *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*. Roma y Bari, Laterza, 2008.
- _____. *Decisione e norma*. Roma, Castelvechi, 2023.
- Foucault, Michel. *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. 1976. Traducido por Ulises Guiñazú, México, Siglo XXI, 1991.
- García López, Daniel J. "¿Teoría jurídica queer? Materiales para una lectura queer del derecho". *Anuario de filosofía del derecho*, no. 32, 2016, pp. 323-348.
- Hart, Herbert. *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 1961.
- Irti, Natalino. *L'uso giuridico della natura*. Roma-Bari, Laterza, 2013.
- Spanò, Michele y Massimo Vallerani. "Come se. Yan Thomas e le politiche della finzione giuridica", *Le parole e le cose*², Massimo Gezzi e Italo Testa, 3 Jul 2016, <https://www.leparoleelecose.it/?p=23612> 20 May 2023.
- Thomas, Yan. "Vitae necisque potestas. Le père, la cité, la mort". *Publications de l'École Française de Rome*, no, 79, 1984, pp. 499-548.

toda vida asociada es en el fondo un "hacer como si", sin neutralizar por ello el empuje propulsor del magma creador subyacente.

- ____. *Il valore delle cose*. Traducido por Michele Spanò. Macerata, Quodlibet, 2015.
- ____. *Fictio legis*. Traducido por Michele Spanò. Macerata, Quodlibet, 2016.
- ____. "Imago naturae. Nota sull'istituzionalità della natura a Roma". *L'istituzione della natura*, Yan Thomas y Jacques Chiffolleau, Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 15-45.