

# GLOSSAE

European Journal of Legal History



## 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 Taitlin, 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 Helmholtz, 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

Pierre Thévenin, “Los infortunios de la infrajuricidad. El análisis de las normas de Foucault a Yan Thomas”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 11 (2014), pp. 52-64 (available at <http://www.glossae.eu>)

**LOS INFORTUNIOS DE LA INFRAJURIDICIDAD.  
EL ANÁLISIS DE LAS NORMAS DE FOUCAULT A YAN THOMAS**

**THE MISFORTUNES OF THE INFRA-JURIDICITY.  
THE ANALYSIS OF NORMS FROM FOUCAULT TO YAN THOMAS**

Pierre Thévenin  
École Française de Rome

**Resumen**

Este artículo atiende al abordaje a la historia del derecho de Yan Thomas desde una perspectiva filosófica. Sostengo que la contribución más característica de Thomas radica en redefinir la oposición planteada por Michel Foucault entre formas legales y tecnologías políticas. Mientras que la concepción de Foucault de la “normalización” tiende a trazar una línea de demarcación clara entre los dos reinos, la forma de Thomas de entender el “aparato legal” y las “operaciones”, como ejemplificaba en su análisis del derecho romano de las tumbas o la posesión, revela que los hechos “infrajurídicos” pueden impregnar las categorías legales.

**Abstract**

This article looks at Yan Thomas' approach to legal history from a philosophical perspective. I argue that Thomas' most characteristic contribution lies in redefining the opposition made by Michel Foucault between legal forms and political technologies. Whereas Foucault's conception of “normalisation” tends to draw a sharp line between the two realms, Thomas' understanding of “legal apparatus” and “operations”, as instantiated in his analysis of the Roman law of tombs or possession, reveals that “infrajudicial” facts can pervade legal categories.

**Palabras clave**

Michel Foucault – infrajuridicidad - normalización – relaciones de poder – derecho romano de la posesión

**Keywords**

Michel Foucault - infrajudicial - normalisation - power relations - Roman law of possession

**Sumario:** 1. Por debajo de las instituciones. 2. La idea de operación jurídica. El ejemplo del derecho romano de los sepulcros, los huesos y las cenizas. 3. La posesión, el expediente.

Quisiera interrogarme en qué medida el tratamiento que Yan Thomas reservó a la disciplina de la historia del derecho, y más en particular a la historia del derecho romano que era su especialidad, puede hacer en cierto modo eco al análisis del poder que había concebido Michel Foucault. La hipótesis de ese eco no se limita a la suposición de una relación de influencia cuyos indicios temáticos se busca revelar. Plantea, de modo más profundo, la cuestión del retorno contemporáneo a la corriente crítica filosófica entre cuyos instigadores estuvo Michel Foucault y cuyo énfasis más singular consiste en el intento de poner de manifiesto la parte inconfesable del poder moderno. De la trama de ideas que compusieron el pensamiento de Foucault retengo, en efecto, de modo particular, la que incita ante todo a deshacer las «mallas del poder», no tanto para mostrar que el rey está desnudo, sino para tratar de percibir los hilos con los que nos ata y en los estamos atrapados. ¿De qué modo este análisis podría haber resurgido *ex post facto* en el terreno en el que se situaba estrictamente Yan Thomas, el de la interpretación histórica de las normas jurídicas? ¿Acaso podría haber sido posible pensar, desde la historia del derecho, el carácter *relativo* del poder? Se puede encontrar en este resurgimiento, supuesto o real, un cierto aire de época, que obedece sin duda al modo en que, desde los años 90, nos representamos el derecho o lo que es dado hacer y

pensar de él en el plano político<sup>1</sup>. En todo caso, está claro que estos interrogantes van más allá de la sola exigencia de dar forma a los métodos eruditos del comentario jurídico: comprometen al contrario nuestra apreciación de los contornos mismos del fenómeno del poder.

Claro está, no es tan sencillo acercar la “cocina jurídica” a la especulación filosófica. Relación en sí tenue y que requiere por lo tanto una parte de construcción que supla la parcialidad de los lazos que las unen. Contra toda tentativa de reducir, en una suerte de achatamiento nebuloso, un discurso al otro, es necesario reconocer la especificidad de los discursos y no ceder nada de la autonomía que Yan Thomas reclamaba para la razón jurídica. Si el pensamiento de estos dos intelectuales, a una generación de distancia, inclina a una proximidad, solo puede ser del modo en que Nietzsche decía que los filósofos se reconocían los unos a los otros: a distancia, como las estrellas que se iluminan recíprocamente permaneciendo cada una en el centro de su propio sistema.

El establecimiento de una relación debe por lo tanto pasar por una lectura particular de los trabajos de Yan Thomas y de las hipótesis de Michel Foucault. Esta doble toma de posición será por lo tanto el hilo conductor de mi intervención. Mostraré, en primer lugar, de qué modo el desplazamiento del análisis del poder al terreno del derecho, si bien es requerido por el resurgir teórico de la problemática del poder, tropieza con una dificultad esencial. Analizaré en segundo lugar la manera en que el enfoque de Yan Thomas parece desactivar el obstáculo, confiriendo a la noción de “operación jurídica” un estatuto verdaderamente conceptual.

## 1. Por debajo de las instituciones

Es bien sabido que la cuestión de las relaciones de poder constituye el punto focal entorno al cual gira el trabajo de Foucault, de las relecturas a las variaciones, desde el concepto de tecnología política de la mitad de los años 70<sup>2</sup> hasta los temas de «biopoder» y “gubernamentalidad” expuestos en los cursos del Collège de France<sup>3</sup>. Si bien se ha discutido ampliamente en qué medida, con o sin razón, esos análisis habían “evacuado el derecho”<sup>4</sup>, la interrogación sobre la pertinencia de la analítica del poder en el contexto de la exégesis jurídica no ha sido suficientemente planteado, como tampoco, inversamente, la medida en la que la exégesis jurídica podía reforzar el análisis del poder. Mejor que cualquier comentario, la interrelación permitiría una forma de hibridación de la inteligencia jurídica con la filosofía del poder que daría la medida de la aptitud del análisis del poder para prolongarse en un presente obnubilado por el “retorno del derecho”. ¿Pero cómo concebir este cruce, si el

---

<sup>1</sup> Se puede mencionar sin intención de sistematicidad las posiciones de J. Habermas, cuya teoría de la democracia coincide con la búsqueda del fundamento de la legitimidad jurídica (*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992); el “retorno del derecho” que es perceptible en la opinión luego de la caída del muro de Berlín (ver Rodotà, S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992, pp. 23-34), o la invitación de J. Derrida a “recordar las cuestiones de derecho, el enorme continente de la problemática jurídica del que los filósofos en general –y sobre todo en Francia- hablan demasiado poco” (Derrida, J., *Du Droit à la philosophie*, Paris, 1990, p. 13).

<sup>2</sup> Foucault, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, 1975.

<sup>3</sup> Foucault, M., *Territoire, sécurité, population*, Paris, 2004; *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004.

<sup>4</sup> El debate se prolonga luego desde Ewald, F., “Norms, discipline and the law”, *Representations* 30, Spring 1990, pp. 138-161 y Hunt, A., “Foucault's expulsion of Law”, *Law & Social Inquiry* 17, 1, Winter 1992, pp. 1-38 hasta Fitzpatrick, P. y Golder, B., *Foucault and Law*, London, 2010.

término resulta apropiado? ¿Con qué protocolos de investigación garantizar su realización práctica?

El problema viene del hecho de que la idea de hacer encajar relaciones de poder y formas jurídicas parece contradecir uno de los axiomas más constantemente admitidos para caracterizar la acción del poder. Foucault lo repite hasta la saciedad: el rasgo distintivo de las técnicas que realizan el poder es ser “alógenas” al régimen de la ley. Disciplinarias, securitarias o gubernamentales, esas técnicas tienen en común que escapan al registro específico de la legalidad. Siempre alojada *in pectore principis*<sup>5</sup>, la ley representa para Foucault la figura negativa de los dispositivos que deben ser objeto del análisis: si estos tejen en efecto las “mallas” del poder moderno, no dependen de ella. Más aún, es sólo en la medida en que no dependen de la ley, en que permanecen ajenas al régimen de lo legal y de lo jurídico, que estas técnicas pueden aparecer como un objeto de análisis *sui generis*. Basta considerar la expresión con la que Foucault marca esta distancia cuando designa las tecnologías del poder como *infrajurídicas*. El poder, procediendo de manera discreta y subyacente, despliega las tecnologías que lo realizan *ante* las instituciones. Es a nivel subterráneo, *geológico*, por así decirlo, cuando ellas actúan. Dejemos de lado el hecho que esta imagen de lo *infrajurídico* es simétrica a la del genealogista, y consiste en efecto en excavar un estrato histórico oculto de las prácticas discursivas. Sólo nos importa aquí examinar la consigna que la imagen vehicula: ella invita a pasar “por debajo de las instituciones” para encontrar, bajo ellas, la realidad insidiosa y pérfida de las tecnologías del poder.

Un pasaje del curso titulado *Seguridad, territorio y población* permite circunscribir con mayor precisión la naturaleza “infrajurídica” del poder. En la lección del 25 de enero de 1978, Foucault considera la objeción que se puede plantear desde el punto de vista jurídico a la “normalización”, es decir, a la hipótesis general que consiste en suponer la dimensión *biopolítica* del desplazamiento histórico, que haría pasar de un régimen de la ley (en este caso, la sociedad tradicional del Antiguo Régimen), a un régimen de las normas (las sociedades industriales modernas). El problema, desde la perspectiva kelseniana, es que en esta, el uso de los términos “normas” y “normalización”, no implican un eclipse de la razón jurídica o del modelo de soberanía centrado en la ley. La formulación kelseniana de la teoría del derecho invita en efecto a describir el conjunto de las leyes y de la jurisprudencia positiva poniéndola en relación, a través del análisis, con el sistema jerárquico de las normas que constituyen su único fundamento. Percibimos así la incongruencia que yace en la pretensión de considerar revolucionario el enunciado según el cual la *ley* habría cedido el lugar a las *normas*. Para la teoría positivista, en efecto, la ley no es otra cosa que un tipo de norma entre otras, de las que sólo se distingue por la posición que ocupa en el seno de una misma estructura “piramidal”. Se puede eventualmente decir que la ley cede paso a otro tipo de normas, del modo en que Maurice Hauriou señala la proliferación creciente de medidas administrativas durante el siglo XIX<sup>6</sup>. Pero si es verdad que todo sistema jurídico se compone de normas, el sintagma “normalización” no adquiere por ello un sentido más claro, al menos desde el punto de vista jurídico. Los principios de la concepción kelseniana, privando a la temática de la normalización de su “coeficiente amenazador”, se ajustan mal a la hipótesis de

---

<sup>5</sup> *Omnia jura princeps habet in pectore suo*: el príncipe tiene todas las leyes en su pecho. Al expresar la presunción de que cada una de las decisiones tomadas por el príncipe se corresponde con el conjunto de las normas existentes, la antigua fórmula del derecho romano condensa bien la representación de la ley como expresión de una voluntad soberana.

<sup>6</sup> Hauriou, M., *Principes de droit public*, Paris, 1910.

Foucault. Para mantener no obstante el valor substancial de su distinción, Foucault introduce otro elemento de distinción entre la escena del poder y la del derecho:

“Un cierto número de personas que han tenido últimamente la prudencia de releer a Kelsen, se dieron cuenta de que Kelsen decía [...] que todo sistema de leyes se remite a un sistema de normas. Pero creo que es necesario mostrar que esa relación de la ley con la norma indica que existen en efecto, intrínsecamente a todo imperativo de la ley, algo que podríamos llamar normatividad, pero que esta normatividad intrínseca a la ley... no puede de ningún modo ser confundida con lo que se intenta aquí percibir bajo el nombre de procedimientos, métodos, técnicas de normalización. Diría incluso por el contrario que, si es verdad que la ley se refiere a una norma, la ley tiene por lo tanto por rol y función –es la operación misma de la ley- codificar una norma, realizar con la norma una codificación, mientras que el problema que intento situar, es mostrar cómo, a partir [de] y por debajo, en los márgenes y quizás incluso a contra sentido de un sistema de la ley, se desarrollan las técnicas de normalización”<sup>7</sup>.

El léxico de la inferioridad sirve aquí claramente para consolidar la idea de una relación de antinomia arqueológica entre la forma clásica de la *ley* y la proliferación moderna de las *normas*. En todo caso, aunque uno acepte la crítica positivista o la concepción de Foucault, no es fácil reducir el análisis foucaultiano de los procedimientos de normalización al estudio de las normas jurídicas.

Es precisamente en este punto que los trabajos de Yan Thomas aportan, a mi entender, una importante contribución. Creo, en efecto, que uno de sus mayores méritos ha sido el de permitir, más allá de la advertencia de Foucault y contra la literalidad de la perspectiva normativista, replantear la analítica del poder haciéndola funcionar, en cierto modo, en el interior mismo de la historia de las operaciones jurídicas. Este replanteo, que puede parecer paradójico, supone claro está ciertas condiciones que intentaré identificar a partir de dos ejemplos particulares: el primero ligado al derecho de los sepulcros; el segundo, en torno a lo que el derecho romano designa como “interdictos posesorios”.

## **2. La idea de operación jurídica. El ejemplo del derecho romano de los sepulcros, los huesos y las cenizas**

Lo que hace que leer a Yan Thomas sea fácilmente desconcertante para un filósofo –dejando de lado la dificultad de su lectura, que roza el hermetismo- es que sus artículos no surgen a partir de conceptos –como lo exigiría la práctica de la profesión- ni tampoco a partir de un evento o una serie de eventos particulares –a la manera de los historiadores-, sino de una *operación* del pensamiento jurídico<sup>8</sup>. El objeto que sus trabajos aíslan e intentan analizar no es del orden de una realidad social –como lo sería por ejemplo la interrogación sobre las estrategias matrimoniales-, ni del orden del concepto –digamos, la idea de justicia distributiva-, ni tampoco una institución jurídica como tal –a la manera de la historia del derecho que estudia, por ejemplo, la servidumbre predial o la donación entre vivos. Lo que los artículos de Yan Thomas toman por objeto es la elaboración de un *montaje* normativo determinado o, para decirlo en los términos de la técnica jurídica –que permite evitar las

---

<sup>7</sup> Foucault, *Territoire...*, p. 58.

<sup>8</sup> Ver sobre este punto, la introducción de Marie-Angèle L’Hérmitte y Paolo Napoli a la selección de artículos póstuma: Thomas, Y., *Les opérations du droit*, Paris, 2011, p. 7.

connotaciones psicológicas de la palabra “montaje”-, la elaboración de un *dispositivo* jurídico<sup>9</sup>, cuya invención e implicaciones son analizadas.

Un ejemplo de dispositivo de este tipo se puede ver en un artículo consagrado al derecho de los sepulcros<sup>10</sup>. Bajo esta denominación se designaba en Roma un conjunto de reglas que concierne a la constitución, protección y estatuto de las sepulturas (*sepulchrum*), las cenizas (*cenere*) y los huesos (*ossa*) –los dos últimos términos designan lo que resta del *corpus* de un hombre después de la cremación ritual. ¿De qué modo el arsenal de reglas romanas que rodean a las prácticas funerarias hace uso de la invención técnica de un *dispositivo* normativo?

El artículo de Yan Thomas enseña en primer lugar que, para elaborar ese derecho, fue necesario que los juristas distinguieran ante todo la categoría de lo religioso de la de lo sagrado. Esta distinción no tiene en efecto nada de inmediato conceptualmente. Emerge por el contrario, según Yan Thomas, de la exigencia práctica de responder a una doble necesidad procesal que se inscribe en los mecanismos propios del derecho de los bienes. Por una parte, era necesario prohibir el comercio de las sepulturas; por otra, se debía poder distinguir la violación de una tumba de un robo ordinario, imponiendo una pena más pesada<sup>11</sup>. Ante esta doble exigencia, los juristas romanos podían optar por una primera solución: la asimilación de la tumba a una cosa sagrada hubiese tenido la doble consecuencia jurídica de sustraerla al intercambio mercantil y de asegurar su inviolabilidad. Pero esta asimilación planteaba una dificultad. Una cosa solo podía ser declarada sagrada con la expresa condición –en sí suficiente-, de haber sido *consagrada*, es decir, de haber estado sometida a un ritual de *consacratio*<sup>12</sup>. Ahora bien, el procedimiento de *consacratio* implicaba a su vez una suerte de analogía jurídica gracias a la cual se consideraba que la propiedad consagrada, en general el espacio de un templo, era transferida a un dios. El acto de *consacratio* se concibe así siguiendo el modelo de la cesión inmobiliaria<sup>13</sup>. En otros términos, la razón por la cual se considera que la cosa sagrada es inalienable es que ella pertenece a un dios. Se trata sin duda de una alegoría: los romanos no se figuraban por cierto a los dioses como sujetos de derecho como los otros. Pero lo esencial es que el carácter inalienable del templo derivaba de la simulación jurídica de su apropiación por parte de un dios<sup>14</sup>.

De este modo se comprende, por contraste, el origen de la cuestión técnica del derecho de las sepulturas: ¿cómo hacerlas a la vez inviolables e inalienables sin transferirlas a la propiedad de un dios a través de la *consacratio*? El *Corpus Iuris Civilis* ofrece una solución que se despliega en una secuencia de tres textos. En primer lugar, un texto de Labeón funda la

---

<sup>9</sup> El hecho de que la palabra “montaje” fuese puesta en circulación por Pierre Legendre le ha conferido la tonalidad de un concepto subjetivo, es decir, el valor de un término destinado a poner de manifiesto el rol del derecho en estructuración psíquica. En cuanto al término “dispositivo”, transcribe un sintagma totalmente ordinario en el lenguaje de los juristas. Estos hablan en efecto corrientemente del *dispositivo* que contiene una sentencia, una ley o un acto administrativo, haciendo referencia sea a su parte prescriptiva –por oposición a su motivación-, o bien a los medios jurídicos que contiene.

<sup>10</sup> Thomas, Y., “Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce”, *Micrologus, Rivista della Società internazionale per lo studio del Medio Evo latino* VII, 1999, pp. 73-112.

<sup>11</sup> Thomas, “Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce”, p. 73.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 106-107.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> Independientemente incluso de esta simulación, la *consacratio* de una cosa a un dios hacía que ésta entrase en la esfera pública, “cuya gestión dependía de la ciudad”, mientras que los bienes reservados a los muertos se hallaban “constituidos en la esfera de los patrimonios privados”, Thomas, “*Corpus aut ossa aut cineres...*”.

distinción entre lo religioso y lo sagrado en el hecho de que “las tumbas no tienen propietario”: “*sepulchri nemo dominus*<sup>15</sup>”. Lo religioso, a diferencia de lo sagrado, designa el espacio de las cosas que están fuera de la propiedad. Labeón las asimila por analogía a las *res nullius in bonis* – a las cosas sin dueño que, en el derecho romano de los bienes, no pertenecen a nadie.

Pero el derecho justiniano atribuye a las cosas religiosas y sagradas una cualidad común –que las distingue de las cosas sin dueño- el hecho de no poder ser apropiadas. Pomponio habla así de los “*sacra et religiosa loca quorum commercium non sit*” (“los lugares sagrados y religiosos con las que no es posible comerciar<sup>16</sup>”). Asimismo, Felipe el Árabe afirma que “*locum quidem religiosum distrahi non posse manifestum est*” (“es evidente que un lugar religioso, cualquiera que sea, no puede ser vendido<sup>17</sup>”).

He aquí a grandes rasgos lo que podríamos calificar de montaje normativo: las tumbas no son de nadie pero nadie puede adquirirlas, ni la ciudad (como sucede con las cosas públicas), ni un dios (como en el caso con las *res sacrae*). Para definir un derecho de los sepulcros, los juristas romanos configuran el medio normativo por el cual las sustraen de la esfera del comercio sin tener que confiar la propiedad a la ciudad o a un dios. Declarar la sepultura *locus religiosus* significa prohibir su comercialización y su violación sin tener que declararla sagrada.

Lo que importa en este análisis no es por lo tanto el concepto de lo religioso, de lo santo y de lo sagrado en sí mismo –como lo hace por ejemplo Lévinas, que distingue estas nociones en los estudios talmúdicos. Tampoco se trata de la creencia que en Roma va aparejada al culto de los muertos. Lo que cuenta es la manera, el gesto con el que los juristas crean un régimen normativo nuevo.

“No se trata principalmente de los muertos, de sus sepulturas y de las construcciones que los cubren (...) Sencillamente, los hombres del arte debían plantear en modo riguroso los criterios que permitían definir estas “cosas”, porque les era atribuido un régimen particular (...). Una cosa es la religión de los muertos, otra el estatuto de los bienes que se les afecta. Este se define en el plano prosaico del comercio jurídico y de la gestión”<sup>18</sup>

El análisis que propone Yan Thomas no concierne a la historia de las prácticas funerarias en tanto tales, sino las invenciones jurídicas que nacen de la necesidad de encuadrar estas prácticas. Ahora bien, esas “construcciones”, eminentemente formales, se inscriben a su vez en otros tiempos y en otras historias. Definen, por cierto, algo totalmente diverso a las relaciones rituales con los ancestros o al tabú inherente a sus restos. En el plano normativo, definen en verdad las condiciones jurídicas de la absorción de las cosas en el circuito del intercambio mercantil. El “dispositivo” en cuestión no tiene su centro real en la referencia a los muertos, puesto que ésta se invoca solo “para fijar los límites institucionales del ámbito de exclusión de la mercancía<sup>19</sup>”.

<sup>15</sup> D. 43, 24, 13, 5

<sup>16</sup> D. 18, 1, 6, pr.

<sup>17</sup> C. 3, 44, 9

<sup>18</sup> Thomas, “Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce”, p. 107.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 108.

Vuelvo entonces a mi pregunta inicial: ¿de qué modo esta concepción de las operaciones jurídicas abriría la vía a una continuación del análisis del poder en el terreno del derecho? Mi tesis es que esta concepción permite en cierta manera invertir el sentido de la oposición planteada por Foucault entre lo infrajurídico y el derecho. Lo que será necesario percibir de ahora en adelante, no es tanto el modo en que la maquinaria del poder se despliega bajo el derecho, a pesar del derecho, contra el derecho, sino por el contrario la manera en que el derecho se construye, caso por caso, fijando en una suerte de permanencia abstracta un conjunto determinado de relaciones de poder. Podríamos decir que una operación jurídica es precisamente eso: un modo de disponer en forma abstracta y, *sub specie aeternitatis*, un estado dado de una red de relaciones de poder. La dimensión teórica se hará más evidente en lo que sigue, en tanto debemos aprehender y mostrar la parte de construcción que esta estabilización supone.

### 3. La posesión, el expediente<sup>20</sup>

Es en todo caso este tipo de inversión lo que hay que tener en cuenta para entender la pasión que Yan Thomas sintió hacia el fin de su carrera por el análisis de una institución particular del derecho civil romano en la que concentraré mi análisis, con el fin de ilustrar de modo concreto las precedentes afirmaciones. Se trata del derecho de *posesión*. Los filósofos conocen esta noción quizás esencialmente a través del análisis que le consagra Hegel en apertura a sus *Principios de filosofía del derecho*. Hegel, que polemiza entonces de modo feroz con el gran maestro de la ciencia jurídica alemana de su época, Friederich Carl von Savigny, conocía bien la importancia jurídica de esta noción en el sistema de derecho romano y más generalmente, en el derecho común fundado en la recepción, derecho siempre vigente en una Alemania reaccionaria que se había negado a dotarse de un código civil al estilo del de Francia<sup>21</sup>. Por el contrario, en Francia es más difícil distinguir a primera vista entre posesión y propiedad: consideramos espontáneamente a la primera como una suerte de división o de contraparte material de lo que es, de un modo u otro, el concepto central, la propiedad<sup>22</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista del derecho romano, estas dos instituciones son extremadamente diferentes, sencillamente porque la posesión presenta ese carácter singular de no ser un derecho. No es siquiera una institución jurídica o en todo caso es una institución impura, irregular.

Al menos desde el Renacimiento y Hugues Doneau (1527-1591), los juristas modernos echan mano corrientemente de una distinción que ayuda a precisar este punto. Distinguen, en efecto, entre el *ius possidendi* y el *ius possessionis*. El *ius possidendi*, derecho a la posesión, designa el derecho que se tiene a entrar, estar o permanecer en posesión de una cosa. Dicho de otro modo, este no es otra cosa que una ramificación del derecho de propiedad. Por ejemplo, si Titus es propietario de un terreno que está inserto en el de Stichus, Titus puede hacer valer su *ius possidendi* contra Stichus para obligarlo a que le permita atravesar su terreno, concediéndole una servidumbre de paso. No se trata de este derecho cuando hablamos del

<sup>20</sup> En el sentido de medio o recurso que permite salvar una dificultad (N. del T.).

<sup>21</sup> Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821. Sobre esta permanencia del *ius commune* y el rechazo alemán a la codificación jurídica, cf. Whitman, J., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, New York, 1990.

<sup>22</sup> De hecho, esto es aproximadamente así en el Código napoleónico, en el que la posesión está reducida a su mínima expresión. Por el contrario, tenía aún una entrada importante en la *Grande Encyclopédie*: Diderot y D'Alembert, artículo "Posesión (derecho civil)", *Encyclopédie méthodique-Jurisprudence*, Paris, 1786, pp. 607-612.



derecho de posesión. Se trata por el contrario del *ius possessionis*, del derecho *de* la posesión, que recubre un conjunto de derechos que nacen de la posesión de una cosa. No del derecho del propietario a hacerse con la propiedad, sino de los derechos que conlleva, para el poseedor de una cosa, el hecho mismo de tenerla –independientemente del derecho que se tenga sobre ella.

En esto reside la diferencia. La posesión no es en absoluto, estrictamente hablando, un derecho, sino un hecho que da derechos. Hay aquí dos maneras de decir que no es un derecho. En un primer sentido, se puede decir que no es un derecho sobre la cosa, que no se trata de un derecho real, en el sentido en el que el inquilino de un departamento tiene el derecho de usar ese departamento, o en el sentido en el que el heredero de una casa tiene el derecho de goce de la casa. Los autores modernos que, como Savigny, intentan fundar el derecho de posesión, dicen en efecto (veremos pronto por qué) que, si es un derecho, no es un derecho sobre la cosa sino un derecho de crédito, es decir, un derecho sobre otro, un derecho que hace pesar sobre otro la obligación de respetar mi posesión. He aquí una primera paradoja de la posesión: concierne necesariamente a una cosa material (los textos romanos no dejan ninguna duda sobre este punto), pero ella no conlleva ningún tipo de derecho sobre la cosa de la que se trata.

Se puede también decir, de modo más radical, que la posesión no es en absoluto un derecho. Es lo que proponen los juristas romanos al menos en dos circunstancias –de una manera que muestra a las claras que estas afirmaciones no son del orden de la distinción nominal sino del razonamiento práctico. Una primera consecuencia de la asimilación de la posesión al hecho, es que no forma parte del patrimonio, es decir, del conjunto abstracto de derechos y obligaciones cuya transmisión garantiza el derecho sucesorio. Dicho de otro modo, las cosas de las que soy el simple poseedor no pasan a mis herederos, y la posesión se extingue al mismo tiempo que se extingue la persona que posee. Otra consecuencia práctica inmediata del principio de la naturaleza no-jurídica de la posesión es que es posible reconocer como poseedores a sujetos por otra parte privados de toda capacidad jurídica, como el pupilo bajo tutela:

“Adquirimos la posesión por nosotros mismos. Un furioso y un pupilo no pueden comenzar a poseer sino por la autoridad de su tutor; porque, aun cuando pueden muy bien aprehender las cosas por medio de su cuerpo, les falta la intención de estar en posesión, como si se pusiese algo en la mano de alguien que duerme [y que lo aprehende en el sueño]. Pero el pupilo puede comenzar a poseer con la autoridad de su tutor. Ofilius y Nerva hijo dicen incluso que el pupilo no necesita la autorización de su tutor para comenzar a poseer: porque la posesión es una cuestión de hecho y no de derecho. Esta solución puede ser admitida, si el pupilo es de una edad suficiente para ser capaz de intelección”<sup>23</sup>

Esto nos permite situar rápidamente el cuadro dogmático del análisis de la posesión. Lo que acabamos de exponer es lo que se lee *auf die Brochüre*, como dicen los alemanes, es decir, las reglas sedimentadas de la materia, las que sirven a su enseñanza didáctica en las universidades de derecho. Pero el problema no hace más que empezar puesto que la pregunta

---

<sup>23</sup> D. 41, 2, 1, 3: *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent, licet maxime rem suo corpore contingant sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat: sed pupillus tutore auctore incipiet possidere. Offilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritate possidere incipere posse pupillum aiunt: eam rem enim facti non iuris esse. Quae sententia recipi potest: si cuius etatis sint ut intellectum capiant.*

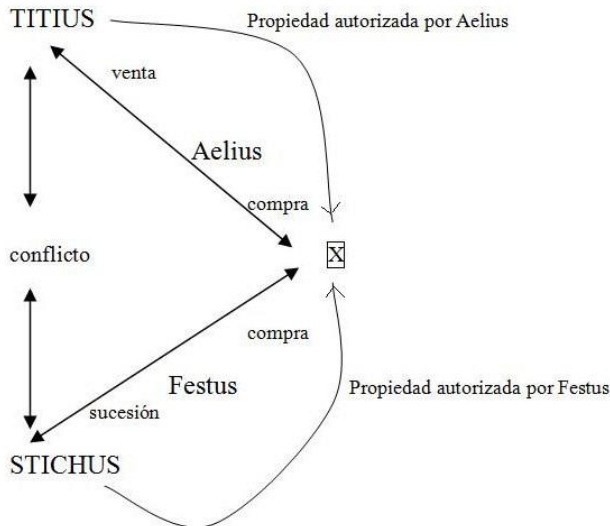
que planteamos es, en verdad, cuál es la operación jurídica que gobierna todo este montaje normativo.

Yan Thomas se plantea exactamente esta cuestión en un texto que prolonga una presentación realizada en una jornada de estudios organizada por Patrice Loraux en el *Collège international de philosophie*, y publicado bajo el título de “Réparer le temps en droit”<sup>24</sup>. De modo general, este texto presenta el derecho de posesión como un caso extraordinario y como el paradigma mismo de cierto tipo de montaje institucional. Su tesis es que la emergencia del derecho de posesión, tal y como acabamos de exponerlo, resulta de la necesidad en la que se vieron los juristas de hacer frente a circunstancias prácticas excepcionales. Solo la urgencia en responder a situaciones insostenibles pudo empujar a los juristas y a los jueces a admitir un derecho tan poco jurídico. Admiten estas soluciones solo por la urgencia de los hechos, a pesar de ellos, a falta de otra cosa, pero estos son en verdad arreglos provisorios. La posesión aparece así como el ejemplo perfecto del expediente jurídico.

Para comprender este punto hay que partir de la puesta en práctica procesal de lo que se designa como interdictos posesorios. Se trata de los medios procesales que el pretor ofrece al poseedor y que constituyen la sustancia jurídica de la posesión.

Reconstruyamos el caso en el que surge el mecanismo. Titus compra un esclavo a alguien que creía ser el propietario porque acababa de comprarlo. Stichus, que también creía ser dueño del esclavo porque lo había heredado, se presenta para reclamarlo. Hace valer su título de heredero para reivindicarlo contra su actual poseedor, Titus, que le opone su título de comprador.

Sea un esclavo X:



En el marco de un proceso en reivindicación, la confrontación de los títulos de cada una de las partes se transforma en una confrontación de las pruebas: cada uno de los

<sup>24</sup> Thomas, Y., “Réparer le temps en droit (romain et médiéval)”, C. Eneaudeau y P. Loraux, *La Méthode de l'expédient*, Paris, 2006, pp. 172-196, reeditado en *Les Opérations du droit*, op. cit., pp. 187-206.

adversarios debe establecer que el “autor” del que cada uno obtiene el esclavo (Festus, el muerto en cuya sucesión ha entrado Stichus; Aelius, el vendedor al que Titus ha comprado el esclavo), era a su vez el propietario, y así siguiendo, remontando hacia atrás en el tiempo<sup>25</sup>. Es lo que los juristas de la Edad Media, que descubrirán estos procedimientos a través del derecho canónico llamaban la *probatio diabólica*. Para establecer un derecho había que ir hacia atrás en el tiempo hasta llegar al título más antiguo, y para esto disputar con los títulos rivales en la historia caótica de las herencias, las divisiones, las ventas, etc. Historia por lo tanto infinita.

El derecho de posesión nace para evitar esta dificultad. Ofrece una alternativa simple a la regresión al infinito. Permite en efecto suspender, por un tiempo, el procedimiento de reivindicación, es decir, el procedimiento que concierne al derecho de propiedad. Por una parte, plantea que al cabo de un tiempo estipulado por la ley –de un año a treinta según los casos y las épocas- una posesión se transforma en propiedad: es la figura de la usucapión. Si Titus conserva el esclavo durante, digamos, dos años, entonces su título será válido *erga omnes*: es decir, inexpugnable, y por lo tanto hace cesar la concurrencia de los títulos. Pero antes de que transcurra ese lapso de tiempo el derecho interviene para imponer una solución provisoria. En este interludio el poseedor dispone en efecto de la posibilidad de evocar *interdictos* que le aseguran la protección del goce de su posesión contra toda violencia que le sea infligida y cualquiera sea el valor de su derecho. Los textos del *Digesto* contemplan interdictos para todos los casos: para quien ha sido expulsado de su tierra (*unde vi*), para aquel a quien se impida acceder a ella (*uti possidetis*), o frente a alguien que se ha introducido clandestinamente (*clam*). Contrariamente a lo que sucede con la usucapión, los interdictos posesorios no reconocen ningún derecho inexpugnable: todo gira en torno al solo *hecho de poseer* y favorecen a quien está actualmente en posesión. Esto se ve claramente en la fórmula con la que el pretor introduce el interdicto *unde vi*:

“El pretor dice: « si has expulsado violentamente a alguien de su posesión, o si tus esclavos lo han hecho [por ti], daré una acción [en justicia], solamente dentro del año, en razón de lo que éste [que has desposeído] tenía en ese lugar; y [daré una acción] tras ese año en razón de lo que tendrá quien ha sido expulsado de su posesión por la violencia»”<sup>26</sup>

Independientemente de toda cuestión jurídica, los interdictos vienen sencillamente a consolidar una situación de hecho.

“Los procesos llamados posesorios, escribe Yan Thomas, son por excelencia el ámbito en el que gracias a puros expedientes se mantiene un orden que se reduce a la siguiente fórmula: la última violencia tiene un título de menos valor que la precedente”<sup>27</sup>. En efecto, como hemos visto, los interdictos conciernen la violencia en dos aspectos: en primer lugar porque son una suerte de regulación mínima de la guerra privada (impidiendo que Stichus se haga justicia por su mano arrebatando por la fuerza el bien poseído por Titus, pero que considera suyo); en segundo lugar porque consolidan una lisa y llana relación de fuerza: el hecho de que X esté en un momento Y en posesión de un terreno Z o de la cosa Z’. Es difícil,

<sup>25</sup> Sobre esta reconstitución, Thomas, “Réparer le temps Réparer le temps en droit (romain et médiéval)”, pp. 97 y 189.

<sup>26</sup> D. 43.16.1: *Ait praetor: Unde tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit: de eo, quaeque ille tunc ibi habuit, tantummodo intra annum: post annum de eo quod ad eum qui vi dejecit, pervenerit, iudicium dabo.*

<sup>27</sup> Thomas, “Réparer le temps Réparer le temps en droit (romain et médiéval)”, p. 96 (188).

considerando ese derecho, intentar hallar alguna disimulación idealista de la violencia de las relaciones de dominación social. Aquí, el esquema bourdieusiano del análisis del derecho encuentra un límite, o mejor dicho: recubre tan perfectamente el mecanismo que describe que ya no es susceptible de constituir su explicación. En este derecho, lo que cuenta es inmovilizar *por el momento* y lo más rápidamente posible las situaciones de hecho “en el estado mismo” en el que se presentan al juez en el momento del proceso.

Esto me parece extremadamente importante desde el punto de vista foucaultiano. A través de un hecho de este tipo vemos en efecto funcionar, en el interior del ámbito de los derechos personales (o derechos de crédito), un principio radicalmente extranjero al derecho, pero que sin embargo alumbró derechos. A decir verdad, para Yan Thomas, si esta infrainstitución o semicategoría fascina a ese punto, es, creo, porque no es otra cosa que la figura misma de lo infrajurídico en el interior del derecho. El hecho posesorio cristaliza en cierto modo la presencia eficaz del no-derecho en el derecho (Giorgio Agamben diría “la inclusión de lo que está exceptuado”<sup>28</sup>). En efecto, vemos aquí cómo los juristas mismos operan “por debajo, en los márgenes, y tal vez incluso en sentido contrario al sistema de la ley”. Yan Thomas encuentra, punto por punto, en su análisis, la idea de Foucault, pero en un territorio ajeno a aquel en el que pensaba Foucault. Para Yan Thomas este territorio era el del expediente, del que los interdictos posesorios constituyen un ejemplo privilegiado. Ligados al tiempo particular de la urgencia, estos interdictos definen, como dice Yan Thomas, “los márgenes de la regularidad normativa”<sup>29</sup>. Podríamos incluso decir que son infrajurídicos, si no fuese porque son paulatina y plenamente integrados en el funcionamiento normal del derecho.

Esto me lleva, en conclusión, a una última precisión relativa a Kelsen. Todo este sistema de expedientes, de medidas de circunstancia, suspensivas, provisorias, semi-jurídicas o infrajurídicas; he aquí precisamente lo que debe oponerse, desde un punto de vista histórico y casuístico, a la visión kelseniana del derecho. El sistema de normas que consideran en general los juristas -y particularmente los kelsenianos -, no es en realidad otra cosa que la versión “estabilizada” o “codificada” de un juego de ajustes prácticos mucho más inestables, mucho más turbios e impuros, en los que lo que está en juego es inherente al poder, a la estrategia, a la política. En esta perspectiva, el problema no es ya el de considerar a las disciplinas como *inferiores* a lo jurídico, sino por el contrario considerar a lo “jurídico” como un efecto de superficie, una pantalla en la que reverberan las soluciones ligadas a su vez, según los casos, a objetivos disciplinares o preocupaciones gubernamentales. En una palabra, a diferencia de Foucault, se parte del análisis de las normas jurídicas mismas; pero a diferencia de Kelsen, si se estudian las normas, no es para aprehender el modo en que se ubican en un sistema puramente formal de imputaciones, sino por el contrario con el fin de percibir lo que indica en ellas el origen *práctico* de tipo gubernamental.

## Apéndice bibliográfico

- Agamben, G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.  
 Derrida, J., *Du Droit à la philosophie*, Paris, 1990.  
 Diderot, D. y D'Alembert, J., *Grande Encyclopédie*, Paris, 1786.  
 Ewald, F., “Norms, discipline and the law”, *Representations* 30, Spring 1990.  
 Fitzpatrick, P. y Golder, B., *Foucault and Law*, London, 2010.

<sup>28</sup> Agamben, G., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

<sup>29</sup> Thomas, “Réparer le temps Réparer le temps en droit (romain et médiéval)”, p. 96 (188).

- Foucault, M., *Naissance de la biopolitique*, Paris, 2004.
- Foucault, M., *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, 1975.
- Foucault, M., *Territoire, sécurité, population*, Paris, 2004.
- Habermas, J., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechtes und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992.
- Hauriou, M., *Principes de droit public*, 1910, Paris.
- Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821.
- Hunt, A., "Foucault's expulsion of Law", *Law & Social Inquiry* 17, 1, Winter 1992.
- Rodotà, S., *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, 1992.
- Thomas, Y., "Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce", *Micrologus, Rivista della Società internazionale per lo studio del Medio Evo latino* VII, 1999.
- Thomas, Y., "Réparer le temps en droit (romain et médiéval)", C. Eneaudeau y P. Loraux, *La Méthode de l'expédient*, Paris, 2006, pp. 172-196.
- Thomas, Y., *Les opérations du droit*, M-A. Hermitte y P. Napoli (eds), Paris, 2011.
- Whitman, J., *The Legacy of Roman Law in the German Romantic Era. Historical Vision and Legal Change*, New York, 1990.