¿PARA QUÉ SIRVE EL DERECHO?... PARA CONTAR HASTA TRES*

François Ost

Université Saint-Louis-Bruxelles
ost@fusl.ac.be

RESUMEN. En las páginas que siguen, el autor, asumiendo sucesivamente una perspectiva propia de las ciencias sociales, una propia de la Teoría del Derecho y, finalmente, una de filosofía del Derecho, defiende una concepción del Derecho como una institución secundaria. Hablamos, así, de una reformulación o formulación de segundo grado de las relaciones sociales de base que introduce además el «escenario del tercero»; llevando a todos y a cada uno de los actores —tanto externa como internamente— a una auto-superación o trascendencia, colocándolos en una suerte de mundo simbólico donde hasta el propio Derecho se autocuestiona (es esta la naturaleza fuertemente interrogativa del mismo). Así caracterizada, esta institución secundaria cumple una serie de funciones sociales y unas finalidades que le son propias. Además y a través del «escenario del tercero» (que nos lleva a la dimensión de la normatividad y de la justicia) tales se presentan como intrínsecamente unidas a la emancipación de los seres humanos respecto de los poderes puramente fácticos.

Palabras clave: reformulación, formulación de segundo grado, institución secundaria, escenario del tercero, naturaleza interrogativa, funciones, finalidades, función de limitación, función de pilotaje.

What is Law for?... to Count up to Three

ABSTRACT. Assuming a social science approach as well as, successively, a legal theoretical and a legal philosophical one, the author reconstructs the Law as a secondary institution. We speak both of a reformulation or a second degree formulation of social relation and of the introduction of the third person's scenario, Agents are lead to a sort of symbolic world in an exercise of self-overcoming and transcendence. The Law itself is controversial, under-question (we refer here to its profoundly interrogative nature). Under these terms, this secondary institution serves its proper social functions and purposes. Particularly, the resort to the third person's scenario (and thus the realm of normativity and justice) makes these functions and purposes be intrinsically connected to the emancipation of agents against purely factual powers.

---

* Fecha de recepción: 23 de septiembre de 2016. Fecha de aceptación: 16 de febrero de 2017.
Traducción de Victoria Roca.

N. de la T.: En la versión original en francés del título del trabajo «A quoi sert le droit?... à compter jusque'à trois», el autor juega con la rima —que a su vez toma la típica estructura de los juegos de palabras de niños— que resulta de la unión de *Droit y trois* y transmite así de forma sintética exactamente la idea que recorre el trabajo: esos tres momentos que definen el tránsito a la juridicidad [de las relaciones y reglas sociales de base (1) a su reformulación jurídica (2) y después a la resolución de litigios así formulados en un escenario en el que está presente la figura del juez o tercero (3)]. El núm. 3 está vinculado entonces con esos tres pasos a lo jurídico y también con la idea del «él» o tercero intrínseca al mismo y que hace del Derecho un instrumento que fuerza a los actores a tomar una distancia (tanto externa como interna respecto de sí mismos) y a trascender a un mundo en el que rige la idea de imparcialidad y, también, en consecuencia, la de balanza o equilibrio.

DOI: 10.14198/DOXA2017.40.01

Keywords: reformulation, second degree formulation, secondary institution, third person's scenario, interrogative nature, functions, purposes, limitative function, pilotage function.

INTRODUCCIÓN

En un libro reciente formulé la pregunta «¿para qué sirve el Derecho?»[1]. Trataba en él de ofrecer una respuesta distinguiendo entre su uso por gobernantes y gobernados, las funciones técnicas que le son propias y, por último, las finalidades que persigue cuando es puesto al servicio de la justicia y de la democracia. De esta manera, recurría sucesivamente a un enfoque propio de las ciencias sociales, a uno propio de la teoría de Derecho y, finalmente, al tipo de análisis que caracteriza a la filosofía del Derecho. No menos de 570 páginas llegué a compilar intentando dar respuesta a un interrogante que es al tiempo básico y complejo.

Y, entonces, finalmente ¿para qué sirve el Derecho? Pues bien, si me detengo y doy un paso hacia atrás lo que respondería aquí y ahora, aun a riesgo de una simplificación excesiva, sería lo siguiente: «Para contar hasta tres». Esta respuesta, que puede parecer tan aventurada como provocadora, traduce sin embargo la lógica profunda de la tesis que el trabajo trata paulatinamente de articular. Y es así que pasando sucesivamente del uso del Derecho a sus funciones y, por último, a sus finalidades, doy cuenta de cómo el Derecho al ponerse en funcionamiento arranca la relación social de base (sea económica, política, familiar, etc.) de su particular registro (uno que está siempre bajo la amenaza de la fuerza), para inscribirla en la esfera pública y general del Derecho. Esta reformulación no satisface, sin embargo, las exigencias de la justicia salvo que se haga bajo la consideración de un tercero, de la ley común y de la figura del juez que está por encima de las partes.

Tres etapas recorren mi intento por mostrar en las páginas que siguen lo anterior. Primero me entrego a una forma de pensar de naturaleza fenomenológica, que consiste en preguntarse qué cambia en el momento en que dos personas, o un grupo, deciden «recurrir al Derecho» (1). A continuación reformulo la pregunta pero ahora ya desde la perspectiva de la teoría jurídica, presentando el Derecho, de esta manera, como una reformulación (2). Por último, muestro que esta solo viene a garantizar verdaderamente la justicia en la medida en que el marco en que se produce esa reformulación es un escenario donde aparece la figura de un tercero haciendo funciones de tal (3).

En definitiva, la función propia del Derecho es hacer surgir y luego garantizar un mundo social en tres dimensiones donde la referencia estructural a un tercero será lo que venga a interconectarlas. Ese es el inestimable valor añadido que el Derecho puede aportar a la vida social, siempre y cuando el mismo logre zafarse de la manipulación de lo único e idéntico a sí mismo.

---

[1] F. Ost, *A quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 578 pp.

1. ¿QUÉ CAMBIA CUANDO UNA RELACIÓN SOCIAL PASA A ESTAR JURIDIFICADA?

Este interrogante, que fue el que me impulsó a dedicar tres años en la redacción de «¿Para qué sirve el Derecho?», lo abordé, casi en su totalidad, de esa forma puramente intuitiva propia del método fenomenológico. Pese al riesgo (asumido) de caer en la especulación finalista y en la proyección esencialista, no dejo de preguntarme, esforzándome por dejar en suspensión fenomenológica mi acervo (*epochè*) ¿qué es lo que se transforma en ese momento en que una sociedad, un grupo, o incluso simplemente dos individuos, toman la decisión de «recurrir al Derecho»? Quiero decir, toman la decisión de apelar al Derecho, de confiarse al mismo, de poner en funcionamiento los mecanismos destinados a juzgar, a regular, a certificar, previstos en esa cosa en particular a la que denominamos Derecho.

¿Qué cambio específico tiene lugar cuando dos seres que viven una pasión amorosa se deciden a formalizar su relación (por ejemplo, pasando de la cohabitación de hecho al vínculo matrimonial) o cuando, pasando en cierto sentido a un registro diferente, resolvemos oficializar un acuerdo (el apretón de manos de los regateadores en la plaza del mercado, el acuerdo entre caballeros en el seno de una reunión diplomática, el acuerdo informal entre dos socios mercantiles...), cuando con un consentimiento más o menos claro renunciamos a tomarnos la justicia por nuestra cuenta y decidimos someternos a un juez? O, por poner otros ejemplos, ¿con qué novedad nos encontramos en el momento en que sustrayéndose a una relación caracterizada por estar basada en la fuerza y, sin embargo, por lo general muy desigual, los protagonistas acuerdan someterse a una u otra ley común, comprometiéndose el más fuerte, a pesar de su superioridad, a obedecer la misma, al tiempo que el más débil hace igual, aun pudiendo tener todas las razones para resistirse? (pienso en especial en las cartas de privilegios concedidas por el señor feudal a los burgueses, esos nuevos habitantes de las ciudades).

Seamos conscientes del alcance exacto de estos interrogantes: no se trata simplemente de que nos preguntemos qué cambia en una relación cuando la misma pasa a depender de una regla, puesto que en todos mis ejemplos ya existía una regla; aunque es cierto que esa regla era de otra naturaleza antes de que se diera el tránsito a lo jurídico. El compromiso de vivir juntos es vivido con frecuencia como algo más personal, más fuerte y más auténtico que el contrato matrimonial. La confianza de los vendedores es bien sólida y no precisa de papel alguno. La relación de fuerza está sólidamente regulada al encontrar su fundamento en la «ley del más fuerte». La pregunta es: ¿qué cambia en el momento en el que la regulación toma prestada la forma jurídica? Como ejemplo, y por ofrecer una respuesta muy simple, podríamos señalar que lo que cambia es que ha pasado a haber una cierta distancia, puede incluso que se haya instalado un cierto distanciamiento entre los protagonistas cuando optan por tomar la decisión de renunciar o dirigirse a un tercero para que sea él quien «demuestre» un hecho, «haga constar» un acuerdo. ¿Qué significa tal distanciamiento?

He de apuntar que toda vez que me he librado a esta suerte de pensamientos he tenido en mente el ejemplo histórico de la ley de las XII Tablas que los patricios romanos otorgaron a la plebe en el año 450 a. C. Tal referencia histórica contribuye,

sin duda, a que la reflexión se vuelva algo menos especulativa. Al mismo tiempo no se trata de que pensemos solo en la misma, ya que haciéndolo correríamos el riesgo de reducir el alcance de la experiencia; y es que, finalmente, apenas sabemos nada de tal documento del que el eminente romanista A. SCHIAVONE escribió que se trataba de un texto «memorable y casi legendario cuyo recuerdo se confunde con lo que fueron los orígenes de la comunidad republicana»[2].

Retomemos entonces nuestra pregunta pensando (aun si no de forma exclusiva) en este ejemplo privilegiado: ¿Qué cambia cuando avanzamos hacia lo jurídico? Desde un punto de vista material, la plebe, sin duda no debió de sufrir cambios ni espectaculares ni tampoco significativos en su propia condición: siguió siendo esa clase explotada a quien se excluía tanto de las responsabilidades como de los beneficios. Y, aun así, se había dado un cambio cualitativo, poco perceptible al principio, exclusivamente simbólico o casi, y de cuyas inmensas consecuencias a largo plazo no se tuvo entonces conciencia. Intentemos identificar todos y cada uno de los elementos constitutivos de ese cambio.

1.1. El comienzo del reconocimiento recíproco

Primer elemento de la respuesta: al otorgar una carta de derechos, darle forma escrita a un acuerdo, pasar a gobernar a un grupo por medio de la ley, lo que estamos haciendo, en primer lugar, es conceder un mínimo reconocimiento recíproco, instaurar un comienzo de simetría entre unos protagonistas que antes se diferenciaban en todo. Esa otra parte con quien firmo un tratado de armisticio, el terrorista con quien negocio, el apátrida a quien se le concede un amparo ante una instancia judicial, Yahvé con quien el pueblo judío se unió en alianza, Mefisto con quien Fausto pacta, no son más «meros otros»; el intercambio jurídico nos compromete recíprocamente, jurídico nos compromete recíprocamente, aunque solo sea un poco, en un inicio de común identificación, un comienzo de igualación (me reconozco, aunque sea un poco, en ese otro con el que celebro un contrato).

Contrafácticamente: ¿Celebraríamos un contrato con animales, robots o marcianos? —las ficciones que nos permiten imaginar un ejercicio semejante lo hacen mediando una cuasi-total antropomorfización del «otro»—.

Doy cuenta además del hecho esencial de que al menos en la mayoría de los casos un comienzo de reconocimiento tal resulta más de la autoafirmación de los débiles, de un arranque de dignidad, de una reclamación hecha al Derecho, que de la repentina generosidad de los fuertes. Y tal fue el caso de Nelson Mandela y de sus compañeros de cautiverio en Robben Island cuando entablaron su largo combate jurídico para exigir un cinturón con el que poder sujetar sus pantalones —y es que, en efecto, para reivindicar nuestros derechos hace falta poder mantenernos en pie—: el «status» (del latín *stare*, «mantenerse erguido») implica la idea de hombres en pie, conscientes de su dignidad.

---

[2] A. SCHIAVONE, *Ius. L'Invention du droit en Occident*, traducido por G. y J. BOUFFARTIGUE, Paris, Belin, 2008, 371.

1.2. La inserción en el «escenario de un tercero»

El tránsito al Derecho implica entonces que la relación social, privada o pública, intersubjetiva o colectiva, tiene éxito a la hora de insertarse en otro escenario, el de «aquello considerado justo». Más allá de pensar en la complicidad inmediata, pienso en un plan más remoto, más abstracto y virtualmente más generalizable, como si nos colocáramos bajo la mirada de un tercero-árbitro. Se trata de un pequeña diferencia, de un imperceptible desenfoque —pero un mundo simbólico— entre el vínculo ordinario, practicado y vivido por sus protagonistas, y el nuevo escenario de referencia, el plano de la justicia y del Derecho, donde a partir de entonces se inscribe la medida común que regula tal relación. Basta, por ejemplo, con pensar en el seísmo que se produce cuando, en conformidad con una primera ley de «trabajadores domésticos», la relación amo-criado (criada), aunque solo sea potencialmente, deja de pertenecer al universo doméstico; y cuestiones tradicionales tales como el salario y las vacaciones de los trabajadores de este ámbito son a partir de entonces reguladas a la luz y con la ayuda de esa ley común.

En estas condiciones, cada uno, trátese de actor público o del actor privado, pasa a ser virtualmente justiciable, y ello debido a la existencia de ese escenario de «aquello considerado justo». Quienes detentan el poder, si bien no se vuelven indefensos, tampoco tienen las manos completamente libres. Aun así continúa habiendo una asimetría en la relación, no pueden ya ser totalmente arbitrarios, y un control mínimo de sus acciones se vuelve, al menos en principio, posible (es de lo que trata la célebre novela de Michaël KOLHAAS DE VON KLEIST: el tratante de caballos acaba por sacrificar su vida en una lucha porque el daño que el terrateniente le ha causado se traduzca en justicia ya que, en principio, no ha de haber privilegio jurisdiccional alguno). Sin duda, donde quiera que sea y en todo supuesto, la espada del poder cargará pesadamente uno de los platos de la balanza, pero, como ha sido puesto de manifiesto por San ELLMAN en sus trabajos sobre Sudáfrica durante la época del *apartheid*, sucede que, incluso bajo los regímenes más coercitivos, la legitimidad de la justicia y del Derecho trasciende esa manera en que la institución judicial participa de hecho de la injusticia del poder. Este desenfoque, o des-implicación, es también lo que caracteriza al tránsito de la justicia privada a la justicia pública; lo que, fundadamente, P. RICOEUR considera como una verdadera revolución que sella el tránsito al Derecho[3]. Acordamos que a partir de entonces no va a ser solo «entre nosotros» que resolvamos los conflictos, sino que decidimos que, a partir de ahora, acudiremos a ese tercero a quien se le ha conferido el poder de hacer justicia. El conflicto privado pasa a insertarse en lo que se considera un espacio público —aunque hayan hecho falta siglos y no se haya llegado a materializar jamás— provocando así una sana forma de distanciamiento que obliga a las partes a traducir sus quejas y reclamaciones al lenguaje formal de la ley común y, bajo la salvaguarda del juez, a iniciar un desenfoque. De su parte, tal desenfoque permite establecer un comienzo de universalización, y que los puntos de vista pasen a ser expresados de forma desinteresada. Traduciendo lo que H. ARENDT denominaba una forma de «pensamiento libre», el juzgador se entrega al difícil ejercicio que consiste

[3] P. RICOEUR, «L'acte de juger», en *Le juste*, Paris, Editions Esprit, 1995, 190.

en ponerse en el lugar del otro[4]. Toma distancia, da un paso atrás y somete el litigio a un ejercicio abstracto de intercambio de posiciones: ¿Qué tenemos entre manos desde el punto de vista del otro, no importa de qué otro, de la sociedad en su conjunto, de futuros potenciales justiciables?

Entrar en la esfera de la juridicidad es, por tanto, convertir el vínculo social en algo que virtualmente puede ser objeto de la justicia (*eventos judicii*, allí donde un juez podrá intervenir). Esto que poco a poco va surgiendo es algo así como una «formulación de segundo grado» de la relación social —quiero decir, una reformulación reflexiva respecto de la cual la distancia a la que apenas me he referido era el signo, y la «doble institucionalización» (*infra,* 2) es la formulación teórica—.

1.3. Justicialidad y justificabilidad

El tránsito al Derecho viene acompañado además de otros efectos, como lo vimos a partir del arquetipo del dictado de las XII Tablas. Sabemos que desde el momento en que el vínculo social y político puede ser potencialmente inscrito en el escenario de «aquello considerado justo» pasa a ser virtualmente *justiciable*. Y ahora podemos añadir que esta situación implica, por una parte, la obligación de *justificar* nuestro comportamiento en el marco de ese escenario, pero también la ventaja de poder tomar de él, en contrapartida, una cantidad inagotable de recursos *justificativos* y legitimadores. Por expresarlo de esta forma, justo al día siguiente de haber dado el paso a lo jurídico, nuestro mundo deja de ir completamente por su cuenta, ya no procede sencillamente de un orden natural, tradicional o revelado (tres de las principales modalidades de heteronomía), sino que pasa, al menos en parte, a pensarse a sí mismo como un convenio, un contrato social que conviene justificar al tiempo que el mismo es fuente de justificación. Tal mundo pasa así a apoyarse en el frágil *logos*; implicando esto que nos referiremos al mismo para que una determinada acción sea autorizada y sea, por tanto, aceptable: hará falta dar cuenta de las razones, *logon didonai*. Aun si es cierto que los patricios no dejaron de explotar a la plebe, si uno de estos últimos presentaba queja, entonces los otros se veían obligados a argumentar a partir del texto al que habían acordado atenerse; y a la inversa, en la medida en que su comportamiento quedara, en mayor o en menor medida, dentro del marco de la ley, no podían ser cuestionados. Insisto una vez más, para que esto llegue a generalizarse se necesita tiempo; hizo falta mucho tiempo, por ejemplo, para que los procesos se articularan en torno a pruebas fácticas (más que ordalías, a «juicios de Dios», y a otras pruebas dependientes de una mentalidad pre-lógica) y a argumentos racionales, más que remitiendo a confrontaciones entre performativos destinados a movilizar fuerzas amigas y enemigas (imprecaciones, maleficios, juramentos)[5].

---

[4] H. ARENDT, *Juger. Sur la philosophie politique de KANT*, traducido por M. REVAULT D'ALLONES, Paris, Seuil, 1991, 72.

[5] Para un estudio de este lenguaje performativo con fundamentos mágicos en la tragedia griega, *cfr.* F. OST, *Raconter la Loi. Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, 136.

1.4. El Derecho: límites y fuentes, factor de paz y vector de conflicto

Por su parte, esta distancia reflexiva que supone el Derecho en relación con la relación social primaria (afectiva, comercial, política...) pone de manifiesto dos rasgos esenciales del carácter específico del Derecho, de su valor añadido o de esa propiedad emergente trae aparejada en contraste con una regulación ordinaria meramente inmanente a lo social. El Derecho tiene dos caracteres en conflicto: por una parte, su carácter reversible, en principio, por otro, su carácter polemógeno al tiempo que irenológico. A partir del momento en que pasa a ser ley común entre el débil y el fuerte, el poderoso y el plebeyo, el *primus et secundus* —a partir del momento en el que ocupa la posición de un tercero que puede ser invocado tanto por el uno como por el otro (y esto sucede, aun si, con frecuencia, también nos encontramos con que su contenido es más favorable a uno que al otro)—, el Derecho funciona igual de bien como límite coactivo que como recurso liberador, es tanto escudo para la defensa como arma de combate. Todos han de poder recurrir a él, ya sea como demandantes o como defensores, como acusadores o como acusados. Tal y como apunta L. ISRAËL, siguiendo a muchos otros que le precedieron (entre ellos R. IHERING que hablaba de «la lucha por el Derecho»), si bien podemos constatar que la connivencia que se da en mayor medida es la del Derecho con el poder, es posible, sin embargo, hacer que el Derecho vaya contra el poder, y que la justicia se vuelva contra el Estado[6]. Es esto lo que viene a ilustrar la lucha de esos abogados activistas de los derechos humanos comprometidos con la construcción de «causas» (*cause lawyering, cause lawyers*). Repito: aun si el Derecho carga con frecuencia uno de los lados (adivinamos cuál), esa movilidad que tiene en tanto que instrumento de medición asegura su capacidad de registrar las más justas ponderaciones de intereses. Tanto los gobernantes como los gobernados pueden solicitarlo, y pueden hacerlo tanto para defender el *statu quo* (el orden social impuesto o el derecho subjetivo cuya titularidad habían adquirido) como para llevar a cabo un cambio (reivindicar un derecho nuevo, o imponer un nuevo orden social).

Esta primera reversibilidad dialéctica acarrea una segunda, igualmente esencial: aun siendo factor de orden, de paz y de seguridad, el Derecho es también, y en la misma medida, factor de protesta, de impugnación, y de conflicto. Tal y como observa J. FREUND, si bien el Derecho es «solución de conflictos» es, de forma muy frecuente, «el motivo» de los mismos, de manera que es preciso reconocerle tanto funciones «polemogénicas» como «irenológicas»[7]. Sin duda, al actuar haciendo oficial un determinado estado de las relaciones sociales, la regla jurídica pacifica un estado de cosas imponiendo una suerte de tregua ante la afrenta constante que suponen las relaciones de fuerza e interés; pero, por otra parte, al hacer visible el conflicto del que emana y darles a los protagonistas instituciones y procedimientos para su preservación o su mejora acaba por instaurar con ello una «paz armada». Bajo un régimen jurídico, la paz que caracteriza una sociedad no significa ausencia de conflictos, sino más bien el establecimiento de mecanismos susceptibles de resolverlos pacíficamente: un estado «agonal», «civil» en cuyo seno se hacen valer unas reglas del juego que son las que presiden la confrontación entre los protagonistas. «Paz armada», el oxímoron traduce

---

[6] L. ISRAEL, *L'arme du Droit*, Paris, Les presses de sciences Po, 2009.

[7] J. FREUND, «Le droit comme motif et solution des conflicts», en *ARSP,* 1974, 47 y ss.

bien la paradoja dialéctica del Derecho: un Derecho del que nadie puede apoderarse por completo, y que trae siempre consigo orden y seguridad.

1.5. Formalización, abstracción, generalización

Volvamos a las XII Tablas y sigamos nuestro ejercicio fenomenológico. Antes de su dictado, las relaciones entre plebeyos y patricios se regían por la moral y por la política, por los valores y por las relaciones de fuerza. De acuerdo con la ética, cada quien se encuentra ante su conciencia colocándose en un cara a cara del que la empatía no está excluida (hecho que, en última instancia, finalmente, está fuertemente condicionado por la atmósfera religiosa). Según la política, a cada quien se le imponen límites distintos, y así es, uno es potencialmente objeto de explotación, de amenazas, de indiferencias, o de favoritismos y apoyos. La característica común de estos dos registros, es la inmediatez, la imprevisibilidad, la ilimitación: fusión o explotación, colaboración o exclusión, todo es directo e inmediato. Sea que se trate de favores, de regalos, de perdones o, a la inversa, de chantajes, amenazas, o de violencia no cabe hablar aquí propiamente de arbitrariedad puesto que falta el criterio de corrección con el que medir la acción. Por el contrario, cuando nos trasladamos al ámbito del Derecho, todo está formalizado: ya no hay arreglos, sino procedimientos, no más favores, sino derechos, no más amenazas, sino sanciones. Estamos ante un tercero y hemos de atender a una serie de criterios; si se echa la vista atrás se trata de caer bajo una determinada línea jurisprudencial o bajo la sombra de un texto; si se mira hacia adelante, se trata de intentar sentar jurisprudencia. Naturalmente, las relaciones éticas y políticas de base subsisten, pero ahora ya inscritas en el escenario de «lo considerado justo», sujetas a un límite o exigencia que se presenta menos directamente disponible para las partes y con la que se las habrán de componer.

Si el escenario del Derecho y de la Justicia se imponen como un nivel de referencia que no está directamente a disposición de las partes, es porque afecta a la vez a una generalidad abstracta de sujetos; y a un conjunto indeterminado de relaciones sociales dependientes de sectores de lo más variados («sub-grupos funcionales» en el sentido de LUHMANN, «ciudades» en el sentido de BOLTASKI y de THÉVENOT, «campos» en el sentido de BOURDIEU, «esferas de la justicia» en el sentido de WALZER). En este nivel no es suficiente con registrar de forma pasiva tal o cual estado de una relación social, sino que, a medida que el nivel jurídico se autonomiza, se trata de componer una regulación de conjunto que posicione a la totalidad de los actores sociales y que al mismo tiempo articule el conjunto de esos diferentes juegos que tienen lugar en el terreno social. Por tanto, no se trata solamente de que el Derecho ocupe una posición de árbitro en relación con un determinado juego u otro, sino de que realiza un arbitraje de juegos diversos, que se va haciendo cada vez más complejo en función de la evolución social y de la diferenciación entre las distintas esferas, tal y como señalaba Max WEBER. Y, a decir verdad, el desafío es considerable; lo que está en juego es la capacidad de una sociedad de realizar arbitrajes a nivel macro-social que sean susceptibles de producir resultados tales como el interés general o el bien común, trascendiendo los intereses particulares de una determinada clase de actores y la lógica propia de un campo u otro. Que tales arbitrajes raramente sean imparciales (y, por tanto, que no se trate verdadera-

mente de la perspectiva de un tercero frente a relaciones de fuerza e interés) no es una razón, desde esta perspectiva de pensamiento desde la que ahora me pronuncio, para negarle al Derecho esa capacidad derivada de su naturaleza propiamente normativa: alcanzar el deber ser —o, dicho de otra forma, alcanzar eso que en determinado contexto es considerado deseable—.

Otro efecto significativo de esa transición al Derecho es que la relación humana subyacente queda a partir de ese momento despersonalizada. El mundo de la ética, como el de la política, son universos cálidos, eminentemente personales: ahí todo se mueve por los sentimientos, por la influencia, la simpatía, la identificación, la antipatía y el odio. Por el contrario, el mundo del Derecho y de la justicia son universos fríos donde los protagonistas se expresan y actúan en un mundo impersonal. El vínculo entre el esclavo y el amo, el hijo y el padre, el gobernante y el gobernado no es ya solo el vínculo entre un tal Juan y un tal José, esa alianza personal en que consiste la relación entre el vasallo y el señor feudal, sino un vínculo abstracto entre personas fungibles, sustituibles, vistas ahora bajo el ángulo de su estatus o del rol que ocupan en el escenario jurídico. Incluso si algo así resulta, en una primera reflexión, contra-intuitivo tal despersonalización, sin embargo, es lo que caracteriza por encima de cualquier otra cosa la idea de justicia conforme al Derecho. «¿Quién se refleja en el espejo de la justicia?» se pregunta P. RICOEUR, «no se trata de ti, identificado a partir de tu rostro, sino *cada uno de nosotros* en tanto que terceros»[8]. «Cada uno», ese cada uno a quien el Derecho atribuye la responsabilidad que le corresponde (*suum cuique tribuere*), en conformidad con una medida común, que no hace acepción de persona alguna[9]. Y si entendemos la justicia como la aplicación a cada quien de su justa medida nos daremos cuenta de que, precisamente, es el elemento impersonal de la relación o del actor el que es susceptible de medida o de comparación (de forma contraria a los elementos irreductiblemente personales que dependen del afecto y del rechazo). Además, podemos ver con claridad que es este elemento primitivo de impersonalidad el que contiene el germen del movimiento hacia la generalización; esto es, hacia esa universalización que tras milenios de evolución y de una considerable ampliación del universo jurídico condujo a la idea de los derechos del hombre de los que todos somos potencialmente titulares.

Además, este adolescente o esta esposa que se encuentra aplastada bajo la asfixiante gravedad de las relaciones domésticas, este trabajador inmigrante explotado por un empleador o por esos otros que, sin vergüenza alguna, se dedican a alquilar habitaciones por horas en pisos patera, este responsable político cuya vida privada es puesta a merced del público por los medios amarillistas —todas estas personas inmersas en sus respectivas «ciudades» («ciudades» en el sentido de BOLTANSKI y THÉVENOT: mundos específicos dotados de sus propios principios de acción y de juicio: ciudad doméstica, ciudad comercial e industria, ciudad de la fama[10]...)— encontrarán quizá gracias al Derecho (que es «nivel» y no «ciudad», como señalaré más adelante) una puerta de salida, una vía de escape que, al permitirles acceder a otro escenario, les asegurará

[8] P. RICOEUR, «Qui est sujet de droit?», *Le juste, op. cit.*, 37-38.

[9] L. LEGAZ Y LACAMBRA, «Les fonctions du droit; introduction générale», en *ARSP, Die Funktionnen des Rechts, op. cit.,* 6.

[10] L. BOLTANSKI y L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

una rehabilitación, nuevas capacidades, les ofrecerá algo así como la posibilidad de relanzar la partida.

Esta operación implica poder sustraerse al determinismo inherente a cada una de las ciudades, poder tomar distancia respecto de las muy fuertes relaciones personales que prevalecen ahí, y poder reposicionarse bajo otra forma y en un terreno diferente, que es el que permite la formulación de la reclamación y la reivindicación de otra condición[11]. Tal es precisamente el efecto de la técnica jurídica que asegura doblemente tanto ese «engrandecimiento» de las personas, como que las mismas pasen necesariamente a ponerse una suerte de disfraz para pasar a ser vistas bajo un nuevo y más justo ángulo. Por una parte, el Derecho confiere a cada uno su propia personalidad jurídica, y por otra, inserta a los sujetos dentro de categorías y colectivos que transforman los litigios individuales en causas potencialmente generales. La personalidad jurídica confiere a cada uno una identidad abstracta, asegurando a la persona que jamás será reducida ni a su condición natural ni a los status fijos que prevalecen en el seno de cada ciudad; es un tipo de máscara (*persona*, máscara de teatro en latín) que a la vez disimula, protege, y apoya a la persona, y es tan significativa para ella que, cualquiera que sea el rango de la persona en el seno de la ciudad en la que se mueva, nunca estará totalmente confinada a la misma, ni tendrá asignado un status totalmente inalterable. Por lo demás, al unir a esas personas mediante el juego de calificaciones jurídicas bajo categorías generales y colectivos acreditados (la asociación, el sindicato, la acción de interés colectivo...), el Derecho formula un marco que, al tiempo que convierte el conflicto en anónimo, le confiere una apariencia general, haciendo del mismo una «causa». En este nivel, la pretensión del Derecho, ciñéndose a un «medio jurídico», y tomando prestada tal o cual «voz jurídica» (acción legal), se presenta como «jugada» válida dentro del juego jurídico que, al tiempo, es susceptible de modificar la naturaleza de los compromisos y arbitrajes que en él prevalecen. El mal que afectó a X o a Y en las confinadas profundidades de la ciudad se convierte en una reclamación generalizable, y será tratada por la autoridad jurídica en relación con la situación de no importa qué otra persona jurídica y teniendo en cuenta cualesquiera que sean los intereses y valores que prevalecen dentro de todas las ciudades, A o B, pero también C o D.

1.6. Desdoblamiento, adelanto, superación de sí mismo

Esta impersonalidad jurídica llega tan lejos que afecta al sujeto de Derecho mismo quién en el escenario jurídico se ve atribuir un status (derechos y deberes) y, por tanto, un rol que se superpone a su identidad narrativa personal (su personalidad concreta, evolutiva, interrogativa, alterada por el tiempo y por los demás) y que en sus relaciones políticas en la ciudad conduce a un desdoblamiento entre individuo y ciudadano. Lejos de ser una debilidad de la que avergonzarse o una inútil complejidad, este desdoblamiento es condición misma de éxito de la constitución jurídica de todo el montaje político.

En este sentido, ROUSSEAU explica bien que para que un individuo esté sujeto en tanto que ciudadano al contrato social de asociación constitutivo de la relación política

[11] En tal sentido, *ibid.,* 374 y ss.

ha de contratar consigo mismo[12]. Esta aparente incongruencia se explica evidentemente a partir del hecho de que el sujeto figura bajo dos conceptos distintos en el contrato: como individuo ordinario, sujeto a sus relaciones socio-económicas, políticas y afectivas pre-jurídicas, y como ciudadano potencial que, de alguna forma, se eleva a la potencia de la institución, estando a la altura de esa soberanía de la que participa. Esta superación de sí mismo, es propiamente el signo de la operación de «autotrascendencia», del paso a la potencia superior, la anticipación de una institución que habría existido siempre —todo lo necesario para el establecimiento de una fundación jurídica de lo político—[13].

Este salto cualitativo (toma de distancia respecto de sí mismo, desdoblamiento, o auto-adelantamiento) tiene como resultado una «propiedad emergente», una lógica del «complemento» que explica también por qué ROUSSEAU puede escribir que la voluntad general es algo más y también algo distinto a la suma de la voluntad de todos. Este «complemento» ha de verse como una proyección de los actores hacia esa situación que anuncia la promesa. Una promesa que los actores se hacen a sí mismos en la Constitución, y de la que el juez constitucional es hoy en día el guardián. En ocasiones sucederá que ese juez irá en contra de la «voluntad de todos» al tener que censurar una ley por apartarse la misma de tales compromisos.

Esta misma operación se observa entre simples contratantes particulares desde el momento en que los promisores se refieren, más allá del compromiso concreto y de la mayor o menor confianza que puedan concederse recíprocamente, a la institución «promesa», que precede, da contexto y funda su compromiso personal[14]. Una institución cuya autoría no corresponde a nadie en particular y que, en este sentido, escapa a toda manipulación, aun si pudiera llegar a darse el caso de que el uso que los contratantes hacen en algún caso fuera el propio del juego sucio. Es así que empezamos a aprehender en qué consiste la especificidad del valor añadido que aporta lo jurídico a la relación social (económica, moral y política) primaria —un distanciamiento ínfimo que hace posible que nos refiramos a una unidad de medida que es a la vez común e indisponible—. Una referencia fundadora en el doble sentido de que ella hace posible el juego social (aquí el de la promesa), lo instituye, lo constituye (el sentido también de las reglas constitutivas, tanto del lenguaje como del Derecho) y, al mismo tiempo, establece los límites y las prohibiciones que habrán de operar en su seno.

Son estos los primeros resultados a los que llegamos a través del experimento mental consistente en tratar de identificar la naturaleza de la transformación que se opera en el momento en el que la relación social pasa a ser jurídica. La experiencia inversa no es menos significativa: ¿Qué cambia cuando tomamos la decisión de des-formalizar la relación, abandonar el Derecho para retornar a la espontaneidad del vínculo inicial? Es posible adivinar con facilidad las ventajas y los inconvenientes de esta elección. Por un lado, a la hora de maniobrar nos encontramos con una libertad que nos permite co-

---

[12] J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, Paris, Bordas, 1972, 77.

[13] En un sentido similar, *cfr.* L. BOLTANSKI, *L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Editions Matailié, 1990, 74.

[14] Fr. JACQUES, «La promesse et le pardon», en *Ethica e pragmatica. Archivio di filosofia*, 1987, 1-3, 328; P. RICOEUR, «Les implications de la théorie des actes de langage pour la théorie générale de l'éthique», en *Théorie des actes de langage, éthique et droit,* bajo la dirección de P. AMSELEK, Paris, PUF, 1986, 103-104.

menzar con más facilidad contactos o flujo de asuntos o, a la inversa, que nos permite desentendernos de los mismos sin consecuencias adversas; llegamos así a felicitarnos de poder confiar el uno en el otro, y a veces incluso a enorgullecernos de «resolver nuestros asuntos sin intermediarios», sin degradarnos teniendo que recurrir a las autoridades oficiales, incluso nos vanagloriamos de cómo en la mediación familiar evitamos los formalismos y los excesos jurídicos. Por otra parte, renunciar al Derecho (o estar obligados a renunciar al mismo) supone evidentemente privarse de las garantías jurídicas, procedimentales o sustanciales, y exponerse a la ley del más fuerte.

De forma recurrente aparece la idea de que el vínculo social no es nunca natural u originariamente jurídico; de llegar a serlo es solo en un momento posterior, cuando se va tejiendo una necesidad de seguridad, de publicidad, o de durabilidad. Todo esto pone de manifiesto que si acaso hay un «valor añadido» cuando damos ese paso a lo jurídico, no se mide en términos de eficacia, rapidez, intensidad de la regulación. Si de esto se tratara, serían otras formas de regulación las que, sin duda, resultarían más operativas: así, y principalmente, los límites políticos y morales subyacentes.

Admito que estos primeros análisis todavía no dan una respuesta directa a la pregunta de para qué sirve el Derecho, pero lo que sí hacen es ofrecernos valiosos elementos que nos permiten ir dibujándola: de un lado, la idea del Derecho como reformulación reflexiva de la relación social primaria, sobre la que voy a profundizar ahora desde la dimensión propia de la teoría del Derecho y, de otro, la idea de que tal reformulación se produce bajo la égida de un tercero, de la que me ocuparé después desde la perspectiva de la filosofía del Derecho.

2. DE «UNO» A «DOS», EL DERECHO COMO REFORMULACIÓN

El filósofo C. CASTORIADIS dice del Derecho que es «una institución de segundo grado»[15]; todo sucede como si, apareciendo siempre en un segundo momento y colocándose en un escenario a un nivel «meta», asegurara una reflexividad a la relación social primaria sin cambiar realmente con ello la sustancia de la misma. ¿Quiere esto decir que esta reformulación es un simple calco, una repetición inútil? Para nada: esta reformulación es una superación que, si bien no modifica la sustancia de la relación social, transforma profundamente su apariencia. Podríamos llegar a entender esta idea si recurrimos a la metáfora del «pilotaje» que ejerce el Derecho —recordando que todo el vocabulario de la «gobernanza» deriva del latín *gubernaculum*, timón—. ¿Cuál es exactamente la función de un piloto (pienso, por ejemplo, en los pilotos apostados en el Canal de La Mancha para asegurar el acceso de las embarcaciones comerciales a los puertos de Amberes y de Rotterdam)? El Estado impone que estos suban a bordo con el fin de que aconsejen al capitán sobre la ruta a seguir en aguas tan peligrosas como frecuentadas: en tanto que funcionario, el piloto no sustituye al capitán, que es el «único maestro a bordo»; sin embargo, su presencia es obligatoria. Es guía oficial y ordena la conducta que se ha de seguir en los pasos marítimos más delicados. El piloto es «prestado» por el Estado; durante varias horas es parte y, sin embargo, al tiempo no

[15] C. CASTORIADIS, *L' institution imaginaire de la société*, Paris, Seuil, 1975, 174.

lo es, de la tripulación. Desempeñándose como un «complemento», se une a la tripulación y cubre la posible falta de experiencia de la misma. En su función de «pilotaje» social, el Derecho «complementa» —reformula y supera— las instituciones sociales preexistentes.

«Complemento» de lo real, el Derecho lo reformula sin ser, sin embargo, una simple copia del mismo, se trata de una reformulación pasiva en modo técnico. Su secundariedad es una forma activa y creativa, no solamente receptiva; su reflexividad juega en el plano simbólico y no solamente en el funcional. El Derecho oficializa el pacto alcanzado y la costumbre vinculante; muestra de esta manera las reglas que están en vigor en una determinada sociedad y, en una segunda instancia, introduce mecanismos que permiten de forma expresa su transformación. Igualmente, organiza procedimientos oficiales de resolución de litigios e instituye autoridades represivas con el fin de llevar a la práctica sus decisiones. En estas diferentes funciones se habrá reconocido la acción de aquello a lo que HART, de manera significativa, denomina, «normas secundarias» (*infra*). Esta secundariedad, sin embargo, no es más que funcional e instrumental: a medida que las sociedades se hacen más complejas y que el orden jurídico se automatiza, el universo simbólico propio del Derecho (la referencia a un tercero, que se traduce, centralmente, en publicidad, en su carácter contradictorio, en abstracción y en generalidad) tiene como efecto marcar la relación social primaria con ese rasgo de «terceridad» (*infra,* 3).

Lo primero que deriva de lo anterior es este efecto que ha sido frecuentemente mal entendido por la crítica social y por la justicia ordinaria: el trato jurídico y judicial de lo real supone una diferenciación «centralmente lingüística» en relación con esa realidad cotidiana, generando un efecto de alienación (ser convertido en extranjero) y un sentimiento de desposesión[16]. Tomando un conflicto social y denominándolo a su manera, el Derecho lo canaliza a través del complejo juego de sus procedimientos; lo transforma (lo «desnaturaliza» a ojos de sus protagonistas primarios que, a partir de entonces, se convierten en demandante y en defensor, en demandado, en acusado, en parte civil...). Y, con todo, si llegara a resolverlo, no será sino al precio de esa manipulación realizada con la ayuda de sus propias ficciones y de ese tratamiento altamente formalizado. De tal manera, esta diferenciación, si bien es signo de alienación, es también indicio de la creatividad propia del tratamiento jurídico de lo real; es decir, que no es sino bajo la condición de esta autonomización de las construcciones jurídicas respecto de los datos sociales de partida que el Derecho llega a desplegar su propia eficacia. Es mediante sus operaciones internas que el Derecho recrea el mundo exterior y le da la forma de sus propias ficciones de las que espera un impacto en el mundo real. El romanista Yan THOMAS, en su obra dedicada a las *operaciones* del Derecho, subraya con intensidad que el Derecho romano, tejido a base de ficciones, se construyó por completo mediante esta diferenciación deliberada en relación con la naturaleza: «Una radical desvinculación de la institucionalidad de ese otro mundo de las cosas de la naturaleza», «en las antípodas de toda verdad tangible»[17]. Al asumir explícitamente sus propias ficciones como una suerte de contra-verdades, el Derecho naciente subrayaba de tal manera su diferencia con respecto al hecho; hecho que es constitutivo de lo jurídico y

[16] *Cfr.* G. SIMENON, *Lettre à mon juge*, Paris, Presses de la Cité, 1947.
[17] Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, Paris, EHESS-Gallimard-Seuil, 2011, 136-137.

condición de la eficacia del Derecho sobre la realidad. Si asumimos estas condiciones, entonces, tal y como bien subraya G. TEUBNER, reprocharle al Derecho que carece de sentido de la realidad supone directamente errar el blanco; como sucede en el arte con sus construcciones imaginarias, le corresponde precisamente a las ficciones jurídicas tomar distancia de los límites de la realidad, para liberar otros mundos posibles —esos que «al quedar fuera del marco», pueden dar salida al litigio bloqueado—[18]. Tal es la eficacia de la *quaestio facti*.

2.1. Doble institucionalización

La teoría del Derecho ofrece diferentes instrumentos y teorías para pensar la reformulación jurídica de lo social. La denominada teoría de la «doble institucionalización» describe el pasaje de lo social, institución primaria, a lo jurídico, institución secundaria; la teoría de «la articulación de las normas primarias y secundarias», ya mencionada, prolonga este análisis en el plano de la normatividad. Por lo que a mí se refiere, y en el plano de las funciones, lo que propongo es distinguir las «funciones primarias» de las «funciones secundarias» que cumple el Derecho, y ello según que funcione prioritariamente sobre lo social, o que lo haga solo indirectamente regulando prioritariamente su propio funcionamiento[19].

Fue el antropólogo P. BOHANNAN quien acuñó y difundió el término de «doble institucionalización» para referirse a la entrada en la esfera del Derecho y a la especificidad de este en relación con las instituciones sociales primarias[20]. En el marco de las sociedades sin Estado y con una sola cultura, nos explica que son las costumbres compartidas (tradiciones, modos, usos) las que aseguran «que las instituciones sociales cumplen sus tareas y que la sociedad sobrevive». En tanto que inherentes a las mismas instituciones, y al apoyarse en la reciprocidad (yo anticipo que el otro se comportará de forma similar a como me pide a mí que me comporte), estas costumbres no necesitan una formulación explícita. Por lo demás, los litigios no son objeto de «decisiones»; se solucionan mediante «pactos», con una formulación más bien vaga, y no son «ejecutados» sino «aceptados», y ello porque los protagonistas comparten una misma cultura[21].

Cuando transitamos al Derecho las costumbres son objeto de una reformulación explícita y más precisa; y ello gracias a la iniciativa de agentes especializados y en un contexto que puede ser bien identificado debido al procedimiento que a partir de entonces va a regir. De otra parte, los litigios pasan a ser dirimidos por las autoridades, que también están especializadas.

Las instituciones jurídicas, que son así establecidas, presentan dos particularidades[22]. Por un lado, cuentan con mecanismos específicos que les permiten intervenir en

---

[18] G. TEUBNER, «Les multiples aliénations du droit: sur la plus-value sociale du douzième chameau», en *Droit et Société*, núm. 47, 2001, 801.

[19] F. OST, *A quoi sert le Droit?*, *op. cit.,* 191 y ss.

[20] P. BOHANNAN, «The Differing Realms of the Law», en *American Anthropologist*, vol. 67, diciembre de 1965, 33-42.

[21] *Ibid.*, 35.

[22] *Ibid.*, 36.

el funcionamiento de instituciones primarias, y ello con el fin de despejar aquel caso que presente problemas. Después de un tratamiento particular en el plano jurídico pasan a intervenir otros mecanismos cuyo objetivo es recolocar la solución resultante en el mundo primario de las instituciones de base.

Por otra parte, precisa BOHANNAN, las reglas propias de las instituciones jurídicas son desde ese momento de dos tipos: las reglas «adjetivas» o de procedimiento, que hacen referencia al funcionamiento mismo de las instituciones, y las reglas «sustantivas» o de fondo, que son una reescritura o transformación de las costumbres imperantes del nivel primario.

El modelo de la transición al Derecho no tuvo que esperar a BOHANNAN para ser pensado bajo la forma de una reformulación. Testimonio de esto mismo es, principalmente, el relato que desde el siglo XII hasta nuestros días constituye el fundamento de la filosofía política moderna: la fábula del paso del estado de naturaleza al estado civil. De HOBBES a KANT, de LOCKE a ROUSSEAU, la misma historia se fue transmitiendo: en su origen, la humanidad vivía en un estado de naturaleza aun si carente de reglas, sí con reglas inciertas y privadas de respaldo en caso de ser transgredidas. Estando así las cosas, los hombres fueron poco a poco convenciéndose del interés de dotarse de instituciones específicas con el fin de adoptar oficialmente reglas, de modificarlas en caso de necesidad y, sobre todo, de aplicarlas mediante el recurso a la fuerza caso de ser necesario. Un estado civil viene así a reformular, precisar y garantizar las reglas consuetudinarias que prevalecían en el estado de naturaleza[23] —podemos ver que es una lógica funcional (que responde a necesidades estructurales surgidas en el estadio anterior) la que explicaría entonces según esta fábula el desarrollo del Derecho moderno—.

Este relato canónico recibe una formulación más precisa de la mano de los padres fundadores de la sociología. Principalmente de E. DURKHEIM, que arroja luz sobre un proceso histórico generalizado de diferenciación social: mientras que las sociedades primitivas viven en una visión holista del mundo, careciendo de la distinción entre lo que denominamos Derecho, religión, *mores* y moral, la evolución nos lleva a una lenta desintrincación de estas esferas que con el tiempo concluirá en una laicización del Derecho. En el curso de esta evolución, esta disciplina social, asumida en su origen bajo la forma de un sentimiento interior de obligación, no dejará de exteriorizarse, tomando el camino de una codificación oficial de las reglas y de un sistema de límites exteriores e impersonales[24]. La solidaridad (mecánica) por similitud, presente en las pequeñas sociedades cimentadas por una conciencia colectiva fuerte da lugar, en el mejor de los casos, a una solidaridad (orgánica) por diferenciación y complementariedad, el debilitamiento de la conciencia colectiva es sustituido en este modelo por la disciplina jurídica y por la educación cívica. Finalmente, vuelve al Derecho («cristalización de la conciencia colectiva»)[25] la función general de la normalización de las relaciones sociales.

---

[23] *Cfr.* principalmente, J. LOCKE, *Deuxième traité du gouvernement civil,* trad. por B. GILSON, Paris, Vrin, 1977, 146 y ss. En ese pasaje, LOCKE se ocupa de forma bien expresa de los tres tipos de funciones que las reglas secundarias de HART, tres tipos igualmente, están llamadas a cumplir.

[24] Para una reformulación de esta tesis en relación con el fenómeno de la complejización de las sociedades, *cfr.* A. KOJEVE, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, 1981, 124 y ss.

[25] E. DURKHEIM, *De la división du travail social* (1893), Paris, PUF, 1973, 28.

En la misma línea, F. TÖNNIES y M. WEBER introducen la célebre distinción entre comunidad (*Gemeinschaft*) y sociedad (*Gesellschaft*): mientras que en el seno de la primera la conciencia de uno mismo se desdibuja ante el «nosotros», las solidaridades están muy activas y las funciones poco diferenciadas, en el seno de la segunda, la división del trabajo y la especialización de las competencias van estableciéndose poco a poco, de manera que una organización social más racional va a ir imponiéndose bajo la forma de una disciplina jurídica (se trata sobre todo de garantizar el respeto de los compromisos y de que se respete aquello a lo que pasa a denominarse la propiedad).

Estos diferentes análisis convergen: al principio, las reglas de comportamiento, de naturaleza tradicional y costumbrista, permanecen por lo general sin recibir formulación alguna. Uno está a merced de las reacciones espontáneas y difusas del grupo para asegurarse así de que es respetado por el mismo. En un momento posterior, y a causa y bajo el efecto de factores muy diversos (crecimientos demográficos como entendía DURKHEIM, aumento de la diferenciación de tareas, conquista extranjera acompañada de recaudación fiscal y conscripciones militares...) se procede, en una primera fase, a conferir a determinadas instituciones la capacidad para resolver conflictos y, en una segunda, se les otorga la competencia para modificar las reglas vigentes de forma inmediata y deliberada.

La doble institucionalización estaba de esta forma en marcha. Sin lugar a dudas, una buena parte de las reglas así consagradas se limitaban a reformular las costumbres en uso. Esto no impide que la acción de las instituciones judiciales, «parlamentarias» y ejecutivas puestas en marcha fueran cada vez más visibles, y que se multiplicaran las reglas «secundarias» que les conferían tal misión. La autonomía de este segundo mundo normativo no iba a dejar de crecer y ello hasta el punto de llegar a ocultar progresivamente el terreno sobre el que se edificaba.

Si bien bajo formas diversas, la tesis de la doble institucionalización se ha visto favorecida por un amplio consenso en las ciencias jurídicas contemporáneas. J. CHEVALLIER, por ejemplo, escribe: «La regla de Derecho entra en segundo lugar en relación con otras categorías de normas, la normatividad se sumaría a la normatividad ya presente, socialmente reconocida»[26]. Este autor ha dado cuenta del amplio movimiento de juridificación de las conductas: «El Derecho progresivamente ha ido picoteando de la esfera extra-jurídica, ampliando la superficie que ocupa en el seno del orden social: nos encontramos entonces con que numerosas normas han sido atraídas a su órbita al haber sido formuladas a partir de un determinado momento en términos jurídicos»[27]. Entre los dos niveles de normatividad, las relaciones, por lo demás, no son más que una suerte de préstamo puro y simple. Los análisis relativos a la inter-normatividad han puesto de manifiesto que entre esos sistemas de normas se establecen toda suerte de interacciones, de interpenetraciones y de imbricaciones —fenómenos que se dan con mayor facilidad por la naturaleza maleable de las normas jurídicas en tanto que continentes de un contenido ampliamente indeterminado—.

---

[26] J. CHEVALLIER, «L'internormativité», en *Les sources du droit revisitées,* vol. 4. *Théorie des sources du droit*, sous la dir. de I. HACHEZ, F. OST *et al.*, Bruxelles, Presse s L'Université Saint-Louis, 2013, 697. *Cfr.* también D. LOSCHACK, «Droit, normalité et normalisation», en CURAPP, *Les droit en procès,* Paris, PUF, 1983, 69.

[27] *Ibid.* No obstante, el autor evita caer en la panjuridicidad y observa también el fenómeno de retirada de lo jurídico.

Los filósofos y sociólogos del Derecho suscriben igualmente, bajo las modalidades que les son propias, el ideal-tipo de la «doble institucionalización». Tal es el caso de HABERMAS, quien retoma los análisis de T. PARSONS hablando del Derecho como «institución de segundo grado» que interviene en caso de problema sobrevenido «en el nivel de los comportamientos sociales institucionalizados en primer grado». A la vista de las transformaciones de las que ha sido objeto el Derecho desde sus formas elementales (costumbre, venganza, arbitraje...), HABERMAS escribe: «El Derecho es un orden legítimo que ha pasado a ser reflexivo en relación con el proceso de su institucionalización». Y, cuando observa la evolución del Derecho «desde la perspectiva de su función *propia*» (la cursiva es mía), el filósofo da cuenta de la aparición de «normas jurídicas secundarias que permiten establecer y modificar las normas de comportamiento primarias» (la alusión a HART, si bien este autor no es citado, es clara, mientras que el resto de la frase continua haciendo referencia a «la organización del ejercicio de la justicia» y a la «puesta en funcionamiento del Derecho»)[28]. Dando un paso que complementa lo anterior, HABERMAS observa que, durante esta fase secundaria y reflexiva, el Derecho entra en una relación dialéctica de codesarrollo con el Estado: «Un Derecho sancionado por el Estado y un poder político ejercido (añado: y legítimo), por su parte, bajo la forma jurídica, se invocan de esta manera el uno al otro»[29].

Así entonces, concebir el Derecho como reformulación y doble institucionalización viene a ser el núcleo compartido en la teoría del Derecho. Observo, sin embargo, que cuando se trata del Derecho en red* y de la mundialización, esta teoría, si bien puede resultar fuerte y operativa, se ha mostrado, a pesar de las diversas aclaraciones a las que la hemos sometido, poco matizada y, en relación con determinadas cuestiones, reduccionista y tramposa. Exige precisiones y rectificaciones sobre diversos puntos importantes, si es que queremos utilizarla todavía para pensar el Derecho de hoy en día, que es un Derecho plural, desterritorializado, y ampliamente separado de su base estatal. Llevada a su presentación estándar —esa vulgata con la que corremos el riesgo de quedarnos—, la teoría sugiere que el Derecho se construye incorporando un cierto número de normas que han sido institucionalizadas en los registros sociales primarios (político, económico, social...). El movimiento sería entonces a un tiempo unidireccional e irreversible, natural y consensual, incorporado y estabilizado, consciente y reflexivo, propio del Derecho estatal, concentrado en la esfera legislativa, receptivo y pasivo.

En mi trabajo entro a discutir cada una de estas afirmaciones que llevan la marca de modelo «piramidal» clásico, estatal, jerárquico, legalista[30]. Al final de mi ejercicio, el movimiento general de la demostración no resulta cuestionado, pero pasa a ser concebido como reversible (viene acompañado de retrocesos y de situaciones en las que lo jurídico se retira voluntariamente) y, con frecuencia, conflictivo e indirecto (la «lucha

---

[28] J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes,* trad. por R. ROCHLITZ y Chr. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, 1992, 88-89.

[29] *Ibid.*, 89.

* *N. de la T.:* ante las transformaciones del Derecho en las últimas décadas, OST habla en su obra de la necesidad de dejar de concebir el Derecho como una pirámide para pasar a verlo como una red. La metáfora de la red permite así dar cuenta de un mundo jurídico multipolar; una multitud de fuentes del Derecho que interactúan, donde ninguna tiene ni la primera ni la última palabra.

[30] F. OST, *A quoi sert le droit?, op. cit.,* 58 y ss.

por el derecho» no es un largo y tranquilo río, y ello en la medida en que han de institucionalizarse esferas diferentes sometidas a lógicas a veces opuestas), no necesariamente deliberado (muchas reglas efectivamente practicadas permanecen, como en la materia de la práctica lingüística, sin formular y fuera del nivel consciente), sin limitarse tampoco ni al Derecho estatal (muchos subsistemas institucionales se organizan, comprendiéndose aquí también en el plano jurisdiccional, dotándose también, como pone de manifiesto TEUBNER, de normas constitucionales)[31], ni a la iniciativa del legislador, ni a la mera normatividad clásica (la economía y la ética, están sin duda presentes, pero también los medios de comunicación, la salud, las finanzas, la tecnología)..., finalmente creativo y no mera copia pasiva.

2.2. Normas primarias y normas secundarias

La teoría de la articulación de las normas primarias y secundarias continúa sobre un plano más técnico estos primeros análisis. Nadie desconoce que la distinción entre normas primarias y secundarias así como su articulación en una teoría completa fue propuesta por H. HART en su *Concepto de Derecho*[32]. Con las precisiones hechas especialmente por BOBBIO[33], esta teoría se beneficia igualmente de un extenso consenso dentro de la teoría del Derecho y ha demostrado ser extremadamente operativa. Se inscribe, además, en el núcleo de nuestra problemática en la medida en que responde prioritariamente a cuestiones funcionales —la función propia de las reglas secundarias era para HART *paliar los fallos* aparecidos en la dimensión de las reglas primarias—. Inscrita en la prolongación natural de la teoría de la «doble institucionalización», la distinción entre reglas primarias y secundarias tiene por objetivo precisar de la forma más clara posible la ventaja *funcional* de una institucionalización reformulada.

Corresponde en efecto a partir de ahora a las reglas secundarias identificar las normas primarias en vigor, derogarlas, dictarlas, modificarlas, establecer, definitivamente, que han sido violadas y garantizar, llegado el caso, la imposición de la sanción.

A los tres defectos señalados en una sociedad pre-jurídica (incertidumbre en relación con las reglas primarias que están en vigor, ausencia de procedimiento de reglamentación de los conflictos, falta de autoridades susceptibles de ejecutar las decisiones), corresponden entonces tres tipos de reglas secundarias. Las reglas de reconocimiento se ocupan de identificar los criterios de pertenencia a aquello que pasa a ser un «sistema jurídico», y suministran al tiempo un criterio de validez certero a las reglas a las que se refieren. Las *reglas de cambio* establecen mecanismos de adopción, de derogación y de modificación de las reglas en vigor. Y, finalmente, las *reglas de adjudicación* que habilitan a ciertas autoridades para que resuelvan autoritativamente la cuestión de saber si una regla primaria ha sido transgredida; reglas ellas mismas completadas, en un segundo momento, por una segunda serie de reglas de decisión,

---

[31] G. TEUBNER, *Fragments constitutionnels. Le constitutionnalisme sociétal à l'ère de la globalisation*, trad. por I. AUBERT, Paris, Classiques Garnier, 2016.

[32] H. HART, *Le concept de Droit*, trad. por M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1976, 103-125.

[33] N. BOBBIO, «Nouvelles réflexions su les normes primaires et secondaires», en *La règle de droit*, Estudios publicados por Ch. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1971, 116 y ss.

relativas esta vez a la aplicación de sanciones, que se convierten así en objeto de un sistema público y centralizado, monopolizado por los jueces («monopolio de la violencia legítima», dijo M. WEBER)[34].

Aquí de nuevo, igual que sucedió con la «doble institucionalización», la teoría de las normas secundarias solicita ser reajustada en el marco del Derecho contemporáneo. El ejercicio hace aparecer una extensión del campo de las normas secundarias mucho más allá de lo que HART señaló; pone de manifiesto también cuántas han dejado de ser monopolio de las autoridades estatales. Tienen principalmente como objeto capacitar a los individuos y a las personas jurídicas para que logren resultados institucionales, que funden y organicen colectivos, que litiguen ante los tribunales. Además, ponen en funcionamiento procedimientos complejos y todos los regímenes de prueba; encuadran la acción administrativa en sus diversos aspectos; proponen pautas de interpretación, criterios de validez en el tiempo y en el espacio, exigencias de calidad que han de satisfacer las leyes (eficiencia, proporcionalidad, subsidiariedad...): las 1.001 formas de organizar el Derecho contemporáneo como una red.

2.3. Funciones primarias y funciones secundarias

Siempre en ese intento por dar cuenta de la secundariedad del Derecho, pero esta vez para responder a la cuestión de los roles asumidos por el mismo, lo que hago en el trabajo es proponer la reagrupación de las diversas funciones del Derecho en dos categorías: primarias y secundarias. Las primarias se refieren, por decirlo brevemente, a la relación que el Derecho tiene directamente con la materia social, las secundarias a las relaciones que el Derecho tiene consigo mismo (y solo de forma indirecta con lo social)[35].

Las funciones primarias consisten en extraer, reformatear y consagrar jurídicamente una norma social, reformateado y consagración jurídicas de una norma social, ella misma primaria (*cfr. supra*). Bajo este aspecto, el Derecho ejerce un rol general de pilotaje, estando aquí implicadas tanto las normas como los valores. En el primer caso, hablo de *pilotaje por codificación*: se trata de darle forma jurídica (una forma que se autonomizará rápidamente, como hemos visto) a diferentes normas sociales (morales, económicas, técnicas...). En el segundo caso, hablo de *pilotaje por anclaje*, en la medida en que se trata de consagrar (a veces de sacralizar) un cierto número de valores fundamentales de la sociedad (de ahí la referencia a un anclaje estabilizador). No contempladas ya sobre su vertiente interna y jurídica, sino sobre su vertiente externa y social, estas funciones tienen como efecto guiar a los agentes en el primer caso, legitimarlos en el segundo (en la medida, por supuesto, en que su comportamiento sea conforme a los valores del Derecho).

Por lo que se refiere a las funciones secundarias reagrupan cuatro sub-categorías: función de *encuadramiento* (trabajo de definición, de calificación, de institución conceptual), función de *identificación* (trabajo de identificación de las fuentes vigentes y

[34] Sobre todo esto, H. HART, *Le concept de droit, op. cit.*, 120-123.
[35] F. OST, *A quoi sert le droit?*, *op. cit.*, 224 y ss.

habilitación de los agentes creadores de Derecho), una función de *archivo* (trabajo de memorización y de constatación de los hechos y actos jurídicos) y, finalmente, una función de *arbitraje* (trabajo de enjuiciamiento y de ejecución de las sanciones).

Por último, incrementando un poco el nivel de generalidad, pongo de manifiesto que el Derecho, al implementar esas distintas funciones, cumple dos macro-funciones: renovar los vínculos y fijar los límites —tejer y delimitar, dos vertientes de una función primordial que derivan de la *medición*—. Y tal es así que en el nivel interno de una relación social queda una inmanencia marcada por la simplicidad y la mismidad: no es necesario ahí fijar límites y tejer vínculos. Es con la salida de esta inmanencia, y al tomar en cuenta una sociabilidad más amplia, que comienza a plantearse la pregunta acerca de los límites de la acción, los vínculos con los otros agentes y con los otros campos que representan al Derecho.

Entonces es el Derecho quien teje los vínculos y fija los límites; haciendo esto, es la medida de lo social. Y lo es para bien o para mal —se da el caso de que cada una de sus meta-funciones de *medición*, *tejido* y *delimitación* puede responder a usos diferentes—; así todavía hará falta pensar, bajo la égida esta vez de la cifra tres, las condiciones para un buen uso del Derecho (*infra* 3).

Pilotando la acción colectiva (*pilotaje*), el Derecho establece una primera medida de la misma al seleccionar los comportamientos deseados, fijar los prohibidos, y renovar los vínculos pertinentes; y luego lo hace una segunda vez con ocasión del juicio particular o de la medida administrativa individual, confrontando entonces el caso particular con la regla. En el primer supuesto, esto es, en el plano general, esta medición tiene la forma de las operaciones de la *agrimensura* (establecer proporciones, tejer relaciones) y, en el segundo, en el plano particular, la del *calibraje* (tomar una medida específica usando el patrón general). De esta manera, la rigidez relativa de las operaciones de agrimensura es compensada, en el nivel de la aplicación (que, desde luego, no deja de repercutir sobre el primero), por la relativa flexibilidad del *arbitraje* —el caso nunca se deja formatear simplemente por la regla—[36], de manera que el calibraje es todo menos una operación mecánica.

P. AMSELEK se centró en desarrollar esta tesis del Derecho como medida en el doble sentido de instrumento de referencia para guiar la acción y modelo de inspiración de la misma, y de patrón o referencia a partir del cual se juzga el caso particular[37]. Esta medición entre intereses que compiten y hombres «que se miden» adquiere la forma de la fijación de límites (*limitación*) y la del establecimiento de vínculos (*tejido*).

La función más antigua con la que se ha asociado el Derecho es con la de proferir mandatos —algo que sucedió mucho antes de que Moisés trajera las Diez Tablas del Sinaí—. Sabemos que la institución de lo humano pasa por reconocer unos límites que eviten que el sujeto incurra en la locura de creerse omnipotente o, lo que viene a ser lo mismo, de creerse el autor de la ley. Y ya hemos visto que el Derecho, por la vía de la doble institucionalización y, principalmente, porque tiene capacidad de arraigar en su

[36] *Cfr.* el número temático de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014-73, *Penser par cas,* y las contribuciones de J. VAN MEERBEECK («Pensar a partir del caso y a partir de principios», 77 y ss.) y de F. OST («Penser par cas: la littérature comme laboratoire expérimental de la démarche juridique», 99 y ss).

[37] P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du Droit,* Paris, LGDJ*,* 1964, 257.

propio fundamento, se dispone a asumir estos mandatos, aun si se trata de secularizarlos o de permitir una interpretación plural de los mismos.

Pero hace falta también poner de manifiesto que en gran medida este papel de límite funcionaba a través de un modo menos represivo y mucho más amplio bajo la forma de un *encuadramiento* llevado a cabo por el Derecho mediante el juego de sus definiciones (de-finir es trazar los límites) y calificaciones, cada vez que imponía sus convenciones específicas, su propio modo de institucionalización de lo real.

Trátese de prohibir, o simplemente de definir, la cuestión es que el Derecho traza los límites de esa esfera en cuyo seno el juego es llamado a ser jugado.

En fin, le corresponde al Derecho además establecer toda suerte de vínculos entre las entidades definidas: relaciones entre las personas y las cosas, los sujetos de derecho y sus actos, los sujetos de derecho entre ellos, los gobernantes y los gobernados, los colectivos privados o públicos. S. GUTWIRTH tiene razón cuando escribe que «el rol del Derecho (*role of law* más que el *rule of law*) consiste en establecer el *vinculum iuris*, el *missing link*: mantener las cosas unidas, incluso cuando todo se descompone»[38]. Vínculo fundador, al comienzo; vínculo residual, como conexión última, cuando el conflicto se desata. Reenlazar: *encadenamiento*, *tejido* —pero también *remiendo*, y *re-embrague*—[39]. «El Derecho es una máquina para re-embragar», escribe B. LATOUR[40], si bien son muchas las razones que pueden llevar a desembragar y a calar. En términos médicos, podríamos hablar de *bypass* (establecimiento de circuitos artificiales de derivación en caso de bloqueo de los circuitos naturales) —por ejemplo, el Derecho movilizará una caución solidaria en caso de fallar el deudor principal—. Lo importante, en todos esos casos, es que la deuda circule, que el vínculo resista, que siga habiendo comunicación.

El vínculo jurídico presenta múltiples formas; es centralmente documental, metodológico, procedimental. Documental puesto que une todos los textos jurídicos, desde la Constitución hasta el más modesto contrato privado, desde la convención de los derechos del hombre a la más modesta ordenanza municipal. El Derecho, como la sangre del organismo, circula por todos estos canales, los irriga con un significado que se revitaliza, se diversifica y se refuerza con cada paso dado. Que es enorme intertextualidad, que todo lo absorbe, y que todo lo recicla; que es saber milenario y, sin embargo, el más actual —*Cicerón, mi compañero*—.

El jurista es el tejedor infatigable que va tejiendo esa red de innumerables nudos. Su método consiste en anudar por siempre aquello que amenaza permanentemente con soltarse. Los textos, naturalmente, pero también los acuerdos y sus firmantes, los actos y sus comparecientes, los hechos y sus autores, las competencias y sus titulares. Es el Derecho el que habilita a X a ejercer tal función, el que imputa a Y la responsabilidad de tal privilegio[41]. Frágiles y, sin embargo, resistentes como el hilo de la araña, los

---

[38] S. GUTWIRTH, «Providing the missing link: law after Latour' passage», en K. MCGEE (ed.), *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh University Press, 2015.

[39] B. LATOUR utiliza todas esas metáforas (*La fabrique du droit*, Paris, Éditions La Découverte, 2002, 276, 298, 294).

[40] B. LATOUR, *Enquête sur les modes d'existence*, Paris, Éditions La Découverte, 2013, 368.

[41] En este sentido, *cfr.* B. LATOUR, *La fabrique du droit, op. cit.,* 294 y ss.

vínculos jurídicos así tejidos forman un techo invisible que asegura la continuidad de la vida social en ese preciso momento en el que la misma corre el riesgo de disolverse; o la funda, al comienzo, cuando se trataba de tender puentes en el vacío[42].

Documental y metodológico, el *vinculum iuris* es además (¿ante todo?) procedimental.

Es esta progresión tortuosa y sin embargo persistente seguida por el proceso, justo desde la presentación de la demanda hasta la decisión «vertida en forma de cosa juzgada». Este trabajo de traducción que se abre una vía de paso que va desde los hechos brutos hasta el dispositivo jurídico que dirimirá «conforme a Derecho» —en la medida en que el demandante haya podido encontrar «la vía legal» que le convenga—. De la misma forma en que un explorador se abre camino, el jurista, habiendo identificado la reclamación que cuenta jurídicamente como daño (una pretensión jurídicamente codificable), moviliza una acción válida, solicita un «medio» que resulte admisible, y termina por extraer una medida favorable. Antes de que su adversario, que se habrá abierto otro camino, invocado otro medio, presentado otra acción, llegue en segunda instancia a convencer al juez de la tesis opuesta. Los medios difieren, los argumentos se oponen, pero el procedimiento y también esa común referencia al texto[43] permiten trazar el vínculo. Qué importa si la Corte de casación anula la decisión dictada en apelación, si Estrasburgo opina también en sentido contrario, y si la doctrina, por su parte, se inmiscuye. Se trata de que el juego no tenga fin, y de que el asunto A sirva o bien de precedente, o bien para rechazar una línea de decisión para ese caso B que se está armando. Como si cada instancia se interesara prácticamente por todas las causas que fueran a surgir; como si el justiciable que lo apuesta todo en este proceso no fuera más que el colaborador involuntario y anónimo de ese infinito proceso del Derecho en movimiento.

Los aspectos de este tejido jurídico son innombrables. Desde la perspectiva de la identificación de los jugadores, el Derecho es el que autentifica los linajes («te hemos dado un padre y una madre» le dijeron las Leyes a Sócrates). En el nivel de las asignaciones, es el Derecho el que lleva a cabo las *particiones* (compartir es dividir pero, por encima de ello, es hacer que otros participen en ese compartir). En el plano de los movimientos autorizados, esto es, de los actos jurídicos constituidos por la ley y propuestos a los jugadores, es el Derecho el que sigue asegurando el *encadenamiento* al revestir de fuerza vinculante los compromisos contractuales (tales contratos pasan a ser vinculantes al poder ser presentados ante un juez). De ese vínculo que, sin duda, es verbal y textual y, sin embargo, también sólido, decía LOYSEL que estas cadenas que unen a los bueyes: «Han atado a los bueyes por los cuernos, y a los hombres por las palabras». Palabras del Derecho, palabras consagradas, esto es, performativas. En el nivel de los movimientos prohibidos, daños civiles y faltas penales, el Derecho une más todavía al ordenar esa indemnización que establece la igualdad, la sanción que subsana —*remiendos* aproximados, *parches* simbólicos, todo mejor que la discontinuidad—.

---

[42] «Origen» y «vacío» que, sin embargo, son relativos, dado que, como sabemos, el Derecho entra en un «segundo» momento.

[43] «Asombroso *bypass* que injerta el conjunto del Derecho en un asunto minúsculo», según escribe B. LATOUR (*Enquête sur les modes d'existence*, *op. cit.,* 364).

En fin, en el nivel más fundamental de los fines del juego (¿por qué jugamos?) sucede que el Derecho, gracias a su facultad de *anclaje*, y en el momento en que la necesidad se presenta, pone sobre la mesa los valores que nos hemos asignado (A. GARAPON habla de los jueces como «guardianes de promesas») —como una forma de vincular de nuevo a la comunidad jurídica con su propia historia—. En este sentido, DWORKIN describe a los jueces como quienes aseguran la coherencia narrativa de la línea de precedentes, como una suerte de «narradores morales del país», autores de una «novela en cadena». Pero el *anclaje* es también una forma de resistencia a las corrientes y vientos contrarios y, en este sentido, la función de vinculación se une a una función de *limitación* que nos recuerda las prohibiciones y los límites del juego. En fin, el Derecho asegura el *registro* de todo esto; se trata además de una manera de vincularlo, esta vez, a la memoria en ese tiempo que transcurre.

2.4. Usos positivos o negativos

En esta fase del análisis (el paso de «uno» a «dos», cuando la cuestión del tercero está todavía pendiente), y de ello somos conscientes, no se trata más que de funciones y no de finalidades ideales. Es preciso entonces repetirlo una vez más: cada una de las funciones que he mostrado es susceptible de estar al servicio tanto de lo mejor como de lo peor, y ello según el uso que de ella hagan los actores y de las finalidades que asignen al Derecho.

Así la *medición*, función primera, puede entenderse tanto como *forzar*, en cuanto que sea emprendida por un poder parcial (falsificadores de monedas, socio leonino, juez parcial, administración corrupta), como paciente *equilibrio* (cuando el Derecho tiene como finalidad tomar constancia del conjunto de los intereses relevantes). El *pilotage* jurídico, según las circunstancias y los regímenes, puede también comprenderse como tercera vía, una suerte de justo medio entre intereses rivales y fuerzas en conflicto o, al contrario, como puro y simple alinearse con uno de tales intereses o fuerzas —sea con la revelación religiosa en los regímenes teocráticos o con las fuerzas del mercado en un mundo ultra-liberal. En un contexto autoritario y donde se priorice la seguridad, la *función de limitación* puede traducirse en una avalancha de prohibiciones y en el levantamiento de fronteras, pasando estas a ser más muros que lugares para transitar. Por el contrario, en los regímenes hiper-individualistas, la función de límite cae, la norma se difumina, y todas las limitaciones se desvanecen —tal y como se dice, al individuo pasan a faltarle «referentes», al tiempo que la violencia amenaza en el horizonte—. De la misma manera el *encadenamiento* puede convertirse o bien en cadena o, a la inversa, si el vínculo resulta estar demasiado relajado, en algo que se desmorona y que genera desarraigo. La función de *arbitraje* tampoco está a salvo de estas derivas —la literatura está llena de testimonios de jueces que distorsionan las ponderaciones de la justicia y ello puede ser bien por exceso de rigor, o a la inversa, por falta de fidelidad—.

Así, en esta fase nada garantiza que el paso al plano dual de lo jurídico vaya a suponer una búsqueda de justicia o la garantía de la libertad. Solo el paso a la «tercera» potencia, la inscripción en lo que se conoce como el escenario del tercero, tiene una naturaleza tal que permite asegurar esas propiedades emergentes.

3. DE «DOS» A «TRES». UNA REFORMULACIÓN HECHA BAJO LA ÉGIDA DE UN TERCERO

¿Para qué sirve el Derecho?... para contar hasta tres. Esta respuesta, bajo su aire de juego de palabras*, viene a poner de manifiesto un desafío importante. Salir de la unicidad y de la mismidad e inscribirse en un régimen dual supone de por sí un reto considerable; elevarse al cubo, pensar en tres dimensiones, imaginar el paso a una tercera vía; ante lo que estamos es ante una autosuperación. Ha tenido lugar una revolución con la generalización del cálculo binario, es la de la inteligencia artificial, que viene a contarnos el mundo combinando el 1 y el 0. Otra revolución bastante más compleja presupone la capacidad de pensar el mundo social articulando las relaciones de 1, de 2 y de 3.

Esta tesis supone un giro antropológico propuesto en mi trabajo (*Interlude. Quel homme pour quel droit?*)[44]; se inspira en la «hermenéutica del sujeto» de P. RICOEUR y tiene como base la «constitución simbólica de la intersubjetividad» (la construcción social de la relación) bajo la forma de la «gramática de los pronombres personales»[45]. En una demostración brillante, RICOEUR explica que el hombre solo ocupa un lugar en la sociedad como sujeto de Derecho libre y responsable, capaz de interacción y de uso de la palabra y, por tanto, también capaz de tener iniciativas y susceptible de asumir responsabilidad si, superando la relación de tú a tú, recurre a la perspectiva del tercero imparcial que se encuentra en «cada uno» y en el «él» colectivo.

El giro antropológico (sobre este punto me permito reenviar a mi libro) nos conduce directamente al Derecho. Nos enseña que los límites, vínculos y medidas que el Derecho establece no se libran ni de la instrumentalización de los campos primarios ni de los «yo» hegemónicos, salvo a condición de inscribirse bajo la égida de un tercero imparcial, en la tercera dimensión de lo indisponible, en el espacio público de una reflexividad que prácticamente no tiene fin.

La mejor fórmula que podríamos darle es extraída del viejo Derecho procedimental: *auditur et altera pars*[46] —escucha igualmente a la otra parte—. El precepto es procedimental y condiciona el debate contradictorio; a un nivel más profundo, da cuenta de la naturaleza del Derecho al instarle siempre a unir los dos polos de lo humano, donde la «otra parte», esa de la diferencia que crece en el seno de uno mismo, tendrá el primer lugar. En su conjunto, el Derecho no es más que la puesta en escena y la construcción de la trama de ese debate continuo. Más importante todavía: la estructura ternaria de este procedimiento. Si el 1 ha de comprender al 2 la prueba se llevará a cabo en la escena jurídica bajo los auspicios de un tercero (la sociedad, el juez). De tal forma, en los términos de esta fascinante aritmética social resulta que el

---

* *N. de la T.:* la pregunta y respuesta, que aparecen ya en el título de este trabajo, tienen, en la versión original en francés, la sencillez y la sonoridad propias de los juegos de palabras-adivinanzas para niños. Algo similar a si, a partir de la idea de distanciamiento o de trascendencia implicada en la idea del escenario de un tercero o en la idea de los tres pasos implicados por la juridificación de las relaciones sociales, dijéramos: ¿Para qué sirve el Derecho?... para distanciarnos un trecho.

[44] 247 y ss.

[45] P. RICOEUR, *Soi-même comme un autre,* Paris.

[46] O *audi alteram partem*.

1+1 presupone el 3 al mismo tiempo que lo produce. Aquí encontramos la propiedad emergente, la lógica contrafáctica, el *bootstraping* (auto-superación, o salto a la trascendencia) al que el Derecho presta sus funciones cuando se pone a escuchar lo humano. La cifra 3 (o la institución del tercero imparcial) es una suerte de garantía de que jamás el 1 se va a encerrar en sí mismo, o de que el 2 jamás va a absorber al 1; el 3 es la garantía de que la brecha sigue presente, que la diferencia está operando, que la palabra circula, que, de nuevo (el evento, el proyecto, la historia, el sentido...) sigue en marcha.

Sabemos lo frágil que es este proyecto y cuán tenaz la ambición de todo tipo de dirigentes (clérigos, expertos, poseedores...) a la hora de refrenar esta *praxis* imaginativa de la que el Derecho es garante y ello posibilitando la certeza a la hora de implementar una determinada programación social: después de los fantasmas de la ciudad de los reyes filósofos de PLATÓN hasta las regulaciones tecnocráticas de hoy (*big datas* y *nudges*, principalmente) pasando por los autómatas políticos minuciosamente descritos por HOBBES, se reproduce siempre el mismo sueño. Tal es: reducir a cero el riesgo de indeterminación y trazar con seguridad las rutas del futuro colectivo. Un rasgo distingue de forma indefectible estos modelos: rechazan el lugar estructural del tercero. Ese tercero que no es solo el sabio por encima de las partes, el portador de la palabra de la ley, el +1 que siempre podemos unir a la serie y que impide que gire en torno a sí misma. *Tertium non datur*, el «tercero excluido» —es este el signo por el que transitan las lógicas, numerosas y variadas que se apartan del *auditur et altera pars* hasta oponerse radicalmente a él—.

3.1. Tres finalidades propias del Derecho

La tercera parte de la obra, que bebe de una filosofía del Derecho normativa, trata de despejar qué finalidades ha de perseguir el Derecho si pretende cumplir con este programa[47]. He llegado a la conclusión de que tres —y las menciono inmediatamente—: se trata de tres finalidades *dialécticamente* vinculadas que no pueden pensarse de manera independiente, al tiempo que esa unión entre ellas responde solo a esa idea de las finalidades del Derecho. Asumamos la siguiente formulación: un orden jurídico susceptible de acceder al nivel del tercero (1) define un equilibrio social general con vocación operativa, (2) *susceptible de ser impuesto mediante coacción controlada generadora* de confianza, y (3) con una naturaleza tal que le lleva a ser cuestionado, *al menos hasta cierto punto*, en el marco de procedimientos determinados.

Mi propósito ahora en el marco de esta contribución no es ni justificar esta elección, ni desarrollar las importantes implicaciones de los tres fines. Mi objetivo es más bien indicar en qué sentido estos fines, solo en tanto que están dialécticamente vinculados (que no son satisfactorios mas que si están en equilibrio), contribuyen directamente a la constitución del espacio institucional del tercero imparcial.

[47] 329 y ss.

3.1.1. Definir un equilibrio social general

Entendámoslo como la función general de mediación o de arbitraje entre los diferentes intereses sociales que se presentan en conflicto en el espacio social.

La búsqueda del equilibrio es consustancial al Derecho: la balanza evoca tal equilibrio, igual que lo hace el principio de proporcionalidad que domina el razonamiento jurídico de hoy en día igual que dominó el de ayer. Lo que es Derecho está en ángulo recto, tal y como nos lo recuerda la etimología de la norma (norma, ángulo recto). Y su sentido más primitivo, el Derecho es medida, equilibrio, ponderación. Entre todas las pretensiones que le llegan, tales como los intereses que reclaman protección, los valores que entran en conflicto, el Derecho arbitra o, más bien, propone los instrumentos para un arbitraje que, sin añadir nuevo peso en la balanza (en este sentido, tal y como hemos visto, el Derecho no es una «ciudad» sino un «nivel»), asegura la regularidad de la operación (la eleva al «nivel» de la *imparcialidad*: al no tener una parte en juego, puede asegurar el equilibrio de la distribución)[48]. Desde el punto de vista pragmático de la gobernanza social, el reto está en coordinar los más diversos actos y proyectos del mayor número de actores; en el plano ético, el reto de esta inclusión generalizada es el reconocimiento de la individualidad (y, por tanto, de la dignidad) del mayor número de personas.

Estas exigencias han pasado a ser todavía más imperativas hoy que ayer y ello en la medida en que los desafíos a los que hacen frente nuestras sociedades se presentan bajo la forma de problemas «indivisibles» o incluso «indeterminados». Cuestiones tales como el desarrollo, la seguridad y el medio ambiente se encuentran haciendo frente simultáneamente a múltiples lógicas que desafían «la autonomía de las diferentes esferas de intervención pública», llamando así a una pormenorizada coordinación de los instrumentos y de los objetivos jurídicos. P. DURAN, quien emite este diagnóstico, hace una llamada al Derecho en este contexto —un Derecho del que subraya la «importancia de su papel mediador» y respecto del que considera que «sigue siendo indispensable por la capacidad de coordinación de la que puede ser portador»—[49].

Podríamos decir que, dentro de esta función de integración social general, el Derecho funciona como un dispositivo de traducción asegurando de esta forma la circulación entre los discursos prevalecientes en cada una de las esferas especializadas, y restableciendo la comunicación cada vez que haya amenaza de interrupción[50]. Es en estos términos que HABERMAS, en su monumental *Droit et Démocratie*[51], se compro-

---

[48] Recuerdo una vez más que los análisis emprendidos en esta Tercera parte derivan de una perspectiva normativa. También la objeción atendiendo a la cual el Derecho tiene, sin duda, parte en el asunto: los intereses socialmente dominantes; algo que, si bien es correcto desde el punto de vista constatativo (volvemos entonces al estudio de los *usos* del Derecho), no invalida la tesis defendida en el texto: la imparcialidad del Derecho tiene que ver con su vocación normativa y nutre su fuerza simbólica, que explica, por lo demás, y esta vez en el plano constatativo, que el Derecho puede servir en determinadas ocasiones como arma para la emancipación de los más débiles (en este sentido, *cfr.* M. GARCÍA-VILLEGAS, *Les pouvoirs du droit. Analyse comparée d'études sociopolitiques du droit*, Paris, LGDJ-Lextensoéditions, 2015, 69 y ss.).

[49] P. DURAN, «L'(im)puissance publique, les pannes de la coordination», en *La puissance publique: Travaux de L'Association française de droit administratif,* Paris, Lexis Nexis, 2012, 27-28.

[50] F. OST, *Le droit comme traduction*, Quebec, Presses de l'université de Laval, 2009.

[51] J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, trad. por R. ROCHLITZ y Chr. BOUCHINDHOMME, Paris, Gallimard, 1997, 64 y ss. [*N. de la T.:* editado en español bajo el título *Facticidad y Validez,* trad. por Manuel JIMÉNEZ REDONDO, Trotta, 1998].

mete a restaurar el alcance normativo del Derecho, contrariamente a una «sociología funcionalista y sistemática [...] que arroja por la borda los últimos restos del normativismo [...] y que se muestra incapaz de aprehender el sentido que tiene el Derecho para la integración social». El Derecho toma aquí el relevo del lenguaje ordinario en su rol de traductor generalizado traduciendo a su lenguaje normativo propio los mensajes del mundo vivido y en dirección a los subsistemas especializados. Haciendo esto «el Derecho funciona en algún sentido como un transformador que impide que se rasgue el tejido de la comunicación a escala del conjunto de la sociedad»[52].

¿Podría suceder entonces que en el cruce de las diferentes «ciudades» (en el sentido de BOLTANSKI y de THÉVENOT) el Derecho desarrolle compromisos susceptibles de superar sus principios sectoriales? Nuestros autores no niegan esto, pero se muestran escépticos en relación con compromisos que «renuncien a clarificar el principio del acuerdo» y que se muestren frágiles al aparecer como «mecanismos sin fundamento» en la medida en que «no existe ciudad alguna de rango superior en la que mundos incompatibles, unidos en un compromiso, puedan converger»[53]. Sin embargo, BOLTANSKI vino a modificar su posición de manera significativa diez años más tarde, afirmando esta vez que «el Derecho es la esfera o lugar mismo del compromiso pues no está inscrito en una ciudad específica, conserva el registro de las diferentes definiciones legítimas del bien común, es llevado sin cesar a remodelarlas reduciendo así las tensiones entre las exigencias heterogéneas que componen su trama»[54] —en efecto, no podría ser dicho de mejor manera—.

Se entiende entonces que los arbitrajes y los compromisos construidos por el Derecho no deben verse como si fueran una suerte de mediocre instrumento que, finalmente, no dejaría de ser reduccionista. Las concesiones impuestas, lejos de recortar los intereses presentes, son de una naturaleza tal que generan una dimensión que trasciende a todos, los sobrepasa y los reafirma al mismo tiempo: esa es la dimensión del interés general, o el bien común. Hace falta saber redescubrir el misterio y la energía que recubre a estos dos términos de apariencia moralizante y desgastados por siglos de empleo rutinario. ¿Sin embargo, qué hay de más improbable, de más vulnerable que un interés general? Y, aún así, cómo imaginar una ciudad (una ciudad global y no solamente las «ciudades» sectoriales de BOLTANSKI y de THÉVENOT) sin la posibilidad de acceder, al menos en determinadas ocasiones, a ese nivel del tercero?[55] Dos importantes ejemplos habrán de ilustrar este punto. Tomo prestado el primero del pensamiento del contrato social de ROUSSEAU, y el segundo de los fines de la justicia de RICOEUR.

¿Cómo se construye una ciudad? Esa es la pregunta que ROUSSEAU se formula y de la cual el contrato social es la respuesta. Una respuesta compleja, por lo demás y ello en la medida en que jamás el interés general surgirá del simple acuerdo de voluntades. Inmanente a los intereses en conflicto, tal convenio no sabrá ni acomodarlos, ni tras-

---

[52] *Ibid.*, 70-01; y al autor continúa: «No es más que en este lenguaje del Derecho que los mensajes de contenido normativo pueden circular a escala de la sociedad en su conjunto».

[53] L. BOLTANSKI y L. THEVENOT, *De la justification*, *op. cit.*, 408 y 338.

[54] L. BOLTANSKI y E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 199, 500.

[55] Puede verse un inspirador estudio de este problema en la tragedia y la ciudad griegas (con la insistencia del juego de niveles y la superación de uno mismo bajo la forma de auto-trascendencia), *cfr.* Y. BAREL, *La quête du sens. Comment l'esprit vient à la cité*, Paris, Seuil, 1987.

cenderlos, ni garantizarlos. Hace falta introducir ahí otra dimensión, una profundidad metafísica (no encuentro otra palabra)[56] —esa misma que genera la disociación entre el individuo (egoísta) y el ciudadano (virtuoso) y que hará emerger la voluntad *general* que es más, y al tiempo diferente, que la *voluntad de todos*, de manera que la multitud desligada pasa a ser pueblo soberano—. Mientras que la voluntad de todos no representa más que la suma o la media de las voluntades individuales, la voluntad general implica la superación o la transformación de estas voluntades individuales; cambiando de nivel pasan a ser del todo —el todo de la ciudad que, al tiempo, supera e integra—. En la medida en que tiene éxito esta «autosuperación», el soberano aparece al tiempo como interno y externo a cada sujeto (algo que explica que en el contrato social cada uno contrate también consigo mismo), y la obediencia al Derecho pasa a ser una manifestación de libertad[57]. Estamos entonces a cien leguas de un moralismo complaciente con el bien común; se trata de una condición de posibilidad: sin esta construcción social en dos niveles, sin este desdoblamiento y esta referencia a un tercero, no hay sociedad política («ciudad»), sino un simple agregado destinado a perseguir fines particulares.

Tomo prestado de Paul RICOEUR mi segundo ejemplo de subida al nivel tercero del interés general; concretamente de su célebre análisis de los dos fines de la justicia. Tras llevar a cabo una suerte de fenomenología del juicio, el filósofo distingue en relación con este entre una finalidad pequeña «en virtud de la cual juzgar significa decidir con vistas a poner fin a una situación incierta», de una finalidad grande «a saber, la contribución del juicio a la paz pública»[58]. En el primer sentido, la «sentencia» pone fin a un debate prácticamente interminable mediante una decisión que será definitiva cuando llegue a su fin el periodo para presentar recurso y para cuya ejecución prestará ayuda la fuerza pública. Haciéndolo así, el juez habrá cumplido una primera función. Habrá atribuido a cada uno la parte que le corresponde; y ello en aplicación del viejo adagio según el cual los romanos designaban el rol del Derecho: *suum cuique tribuere*. El juez habrá asignado las partes o rectificado aquellas indebidamente tomadas por uno o por el otro —en una palabra: habrá llevado a cabo una re-distribución—. De esta forma, funciona como una institución esencial de la sociedad, presentada precisamente por J. RAWLS como un vasto sistema de distribución de bienes. En este primer sentido, juzgar es entonces el acto de dividir, de redistribuir (en alemán, *Urteil*, juicio, está expresamente formado a partir de *Teil*, que significa la parte).

Pero el acto de juzgar no se agota en esta función de separación. Algo más importante es que si es cierto que se produce sobre un trasfondo de conflicto social y de violencia larvada, entonces hace falta que el proceso, y el juicio que pone fin al mismo, persigan una función mayor, una alternativa institucional a la violencia, comenzando por la violencia de la justicia que uno se infringe a sí mismo. En estas condiciones, sigue P. RICOEUR, «solo aparece el horizonte del acto de juzgar; algo que finalmente es más que la seguridad: la *paz social*»[59]. No se trata solamente de la pacificación provisional

[56] L. BOLTANSKI habla igualmente en este contexto de «capacidad metafísica» mediante la cual la libertad se sobrepasa a sí misma (*L'amour et la justice comme compétences*, Paris, Éditions Métailié, 1990, 74).

[57] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social. Ou principes du droit politique*, Paris, Bordas, 1972, 84.

[58] P. RICOEUR, «L'acte de juger», en *Le juste*, Paris, Ed. Esprit, 1995, 185.

[59] *Ibid*., 190.

que deriva de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino también una armonía restablecida a partir del hecho de que se ha producido un reconocimiento mutuo: cada uno de los protagonistas, cualquiera que sea el tipo de acción que lleve a cabo, ha de poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de los respectivos puntos de vista. En este nivel, ascendemos a una concepción superior de la sociedad: no ya solo un sistema de distribución de bienes, sinónimo de justicia distributiva; sino la sociedad como esquema de cooperación: mediante la distribución, pero más allá de la misma, mediante el procedimiento, pero más allá del mismo, se deja entrever algo así como un «bien común» que, precisamente, hace de vínculo social. Un bien paradójicamente hecho de valores que eminentemente se pueden compartir. En este punto, la dimensión comunitaria ha tomado el relevo de la dimensión procedimental incapaz por sí misma de conjurar la violencia. Podríamos evocar aquí el ejemplo sud-africano de las comisiones de *Verdad y Reconciliación*, que «más que juzgar la historia, intenta aligerarla de la semilla del resentimiento que guarda en sus flancos y que puede hacer que se repita»[60]. Estos procedimientos, que son calificados como ejercicios de justicia «reconstructiva» o mejor «transicional», tratan sin duda de proteger la memoria y los derechos de las víctimas, pero también y, sobre todo, de garantizar aquellas condiciones que vendrían a constituirse en una especie de conjuro para evitar el retorno del pasado.

En resumen, la *distribución judicial* es a un mismo tiempo tanto la adjudicación de unos bienes (que nos separan), como lo que nos *hace ser parte* de la misma sociedad, esto es, aquello que nos acerca[61]. De esa distribución surge una propiedad emergente que es más importante que la parte que se le ha conferido a cada uno; tal es la armonía re-establecida, la cooperación reactivada.

3.1.2. La imposición de este equilibrio mediante la coacción generadora de confianza

La segunda finalidad intrínseca que le hemos de reconocer al Derecho es que asegura que el equilibrio definido en virtud de la primera finalidad sea operativo; no se trata aquí, en efecto, de una discusión académica, sino de la regulación en concreto de los grupos humanos. El compromiso jurídico tiene por vocación tener influencia sobre la realidad y guiar realmente las conductas. Bajo esta dimensión, el Derecho es indisociable de la coacción: ha de poder imponerse por la fuerza si fuera necesario. Se adivina, sin embargo, que el Derecho jamás se distinguiría de la fuerza al desnudo y de la violencia bruta si no sometiera el ejercicio de la fuerza a una regulación susceptible de someterla al control de un tercero. La evolución del Derecho, principalmente del Derecho público, ha de comprenderse en este sentido como una profundización constante de la disociación entre la persona del Príncipe que detenta el poder y las concretas prerrogativas asignadas a este poder. El Estado de Derecho, o el régimen del *Imperio de la Ley* no son sino esta imposición del tercero jurídico en el núcleo del ejercicio de la coacción y de los juegos de poder.

---

[60] A. Garapon, *Peut-on réparer l'histoire? Colonisation, esclavage, Shoah, op. cit.*, 10.
[61] *Ibid.*, 191.

De esta forma, la segunda finalidad a retener (imposición de la coacción) también es susceptible de producir propiedades emergentes (en este caso, el Estado de Derecho basado en la confianza) en la medida en que el mismo acompañe asimismo el movimiento de inscripción en el escenario de un tercero. Y es que la fuerza que moviliza y la paz que produce no son resultado de una fuerza bruta que se imponga sin mediación. Por consiguiente, y al contrario que su *imperium*, toma prestadas las formas y procedimientos del Derecho. A partir de textos preestablecidos y de roles instituidos, el ejercicio de este poder está, por definición, sujeto a limitaciones y a control. Mejor dicho, no es ejercido sino en el marco de esta habilitación legal, de manera que los gobernantes, que son solo mandatarios públicos, permanecen sometidos al Derecho. En términos de constitución simbólica, esto significa que los mandatos ordenados por los «tú», así como las eventuales sanciones que los acompañan, no son edictos personales que valdrían solo para sus destinatarios (como todos esos de los que los personajes de KAFKA se imaginan ser víctimas, de la misma forma que lo era él en su relación con su padre)[62], sino la actualización de una legislación que se imputa a «él». y en relación con la que los «tú» son asimismo destinatarios en el momento en que la situación en que se encuentren caiga bajo la prevista por la ley.

Un beneficio suplementario se desprende de esta inflexión que lleva a la autoridad a la perspectiva del tercero: deja entrever la posibilidad de un «cambio de posiciones» (todos potencialmente pueden acceder a las posiciones de poder) en la medida en que esta autoridad encuentra su origen en el respeto a la prescripción legal (el «él») y no en el hecho de tener una cualidad personal (condición natural o estatuto hereditario). PLATÓN y ROUSSEAU, entre otros, han subrayado esta inmensa ventaja del reino de las leyes. PLATÓN: «En una ciudad donde reine la ley sobre los jefes y donde los jefes pasen por esclavos de la ley, es la salud lo que puedo entrever en el horizonte»[63]; ROUSSEAU: «Un pueblo libre tiene jefes y no amos. Obedece a las leyes, pero no obedece más que a las leyes, y es mediante la fuerza de las leyes que no obedece a los hombres»[64]. A la inversa de lo que sucedía con la madre priora de BERNANOS que pretendía salvaguardar la ley, cuando estamos bajo un régimen jurídico es la ley quien cuida de los hombres[65].

3.1.3. Permitir cuestionar, dentro de las formas, este equilibrio

Una tercera finalidad completa el dispositivo: la posibilidad siempre abierta de cuestionar, si bien dentro de las formas y procedimientos legales, el compromiso definitivo. Apunto aquí a la «justiciabilidad» de las normas jurídicas, la capacidad para cuestionarlas, en la que J. CARBONNIER veía, y con razón, la característica por antono-

---

[62] F. KAFKA, «Un message impérial», en *Oeuvres complètes*, t. II, trad. por A. VIALETTE, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1980, 483: «El Emperador —se dice— te ha enviado a ti en particular, a ti lamentable sujeto, precisamente a ti el Emperador te ha enviado un mensaje»; *id., Journal*, trad. por M. ROBERT, Paris, Grasset, 1994, 414: «Justo estoy leyendo algo sobre tu caso», dice el jurista cuando el comerciante va a consultarle; *id., Lettre au père,* trad. por M. ROBERT, Paris, Gallimard (Folio bilingüe), 1995, 39: «O bien yo obedecía tus órdenes y era vergonzoso puesto que eran válidas solo para mí, o bien».

[63] PLATON, *Les Lois*.

[64] J.-J. ROUSSEAU, «Huitième lettre écrite de la montagne» (1764) en *Oeuvres complètes*, Paris, Seuil, 1949, 36.

[65] G. BERNANOS, *Les dialogues des carmélites*, Paris, Seuil, 1949, 36.

masia del Derecho: «La mejor caracterización de la norma jurídica es que la misma puede ser sometida a discusión, tiene una cierta naturaleza interrogativa. Lo característico del Derecho es que el mismo consiste en una institucionalización de esa discusión, es una institución de contestación organizada»[66].

El favor del que disfruta la dimensión «de confrontación» del Derecho contemporáneo —una cierta naturaleza interrogativa y como si estuviera siempre en suspenso— ha de comprenderse en un contexto marcado por tres fenómenos entretejidos: una concepción de la Democracia basada en la dignidad de los individuos más que sobre la soberanía de los Estados, un importante ascenso del poder de los jueces (y la pérdida correlativa del monopolio del legislador en la determinación del interés general), y también la importancia creciente de las instancias y jurisdicciones supranacionales en la producción del Derecho —los tres fenómenos se fortalecen mutuamente por la presencia de los otros—.

Fundamentando estos tres fenómenos: la prevalencia reconocida de los derechos del hombre. Con ellos, el Derecho positivo ha integrado como propios esos valores que en otro momento proporcionaban instrumentos externos a él para la impugnación del que era objeto. Al tiempo indeterminados en su contenido, y de un alcance que no termina de extenderse (principalmente por lo que a sus exigencias añadidas se refiere, la efectividad y la igualdad de disfrute), los derechos del hombre se han convertido en una palanca poderosa para cuestionar el Derecho positivo, y particularmente la ley, cuya validez se ha visto precarizada y aparece desde entonces condicionada a ellos.

En este contexto, es precisamente el desarrollo de los derechos llamados «procedimentales» el que es espectacular, algo que no deja de alimentar y reforzar la naturaleza auto-interrogativa del Derecho contemporáneo: derecho a la información (acceso a los documentos, transparencia y motivación de las decisiones...), a la participación, a los recursos —tanto útiles jurídicos propios de nuestro tercer fin, como de instrumentos de construcción de un espacio público, cada vez más transnacional, en cuyo seno se desarrolla un uso público de la razón a partir de los derechos fundamentales reconocidos por los individuos—.

Todo sucede, por tanto, como si el Derecho hiciera todo lo posible para darle una segunda oportunidad al debate, ya no al nivel superior de la adopción de la ley, sino a la escala individual del caso. Esta distinción de planos y funciones, que no ha estado vigente ni siempre ni por todos lados (con frecuencia una misma asamblea estaba investida con dos funciones, legislativa y ejecutiva, incluso tres: legislativa, ejecutiva y judicial), puede entenderse como un progreso del Derecho. Como si el Derecho, en función de una lógica realmente exponencial, edificara en todo momento escenarios de terceros, comprendiendo aquí sus propias instituciones; algo así como una puesta en escena constante, una «representación» para someter a debate su propia dramaturgia, una reformulación de sus propios actores, como si estuvieran siempre obligados a responder de sus acciones ante un controlador superior o más distanciando.

En todas estas hipótesis, lo que conviene poner bajo el foco de atención y estudiar es la brecha, el carácter operativo y productivo que genera esta distancia crítica que

---

[66] J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, A. Colin, 1972, 135.

el Derecho no ceja de cavar en relación consigo mismo. Algo que es fuertemente subrayada es la capacidad que manifiesta el Derecho en la auto-distancia: una capacidad reflexiva que se transforma a veces en procedimiento crítico volcado contra sí mismo. ¿No está acaso aquí el sentido profundo que se atribuye al adagio romano que todo jurista debería sin cesar guardar en el alma: *summum iu, summa iniuira* —el Derecho llevado al límite es el colmo del mal—? También J. CARBONNIER con buena inspiración escribe que «el Derecho es una máquina de generar dudas»[67]. Es esto también lo que le permite escribir que la exigencia de efectividad —una efectividad integral de la normativa— es «excesivamente peligrosa»[68].

Al inscribirse en esta perspectiva, el Derecho reactiva, en un sentido posiblemente emancipador, las calificaciones acordadas y las pruebas de juicio, que, en caso de cristalizar definitivamente, cerrarán a las personas y a las situaciones en escenarios intangibles y jerarquías alienantes. BOLTANSKI y THÉVENOT subrayan este riesgo inherente a las pruebas de juicio, y a las economías de la grandeza que les acompañan en las diferentes «ciudades»[69]. En relación con este riesgo muy real, me parece que el Derecho, multiplicando los procedimientos de apelación y los mecanismos correctores de toda suerte, estimulando las controversias doctrinales, reservando un lugar a las correcciones tradicionales y dejando siempre abierta la puerta a las transformaciones legislativas, multiplica los instrumentos que permiten redistribuir las cartas y reactivar el juego. En este sentido creo que son simplistas y tramposos los análisis que retienen solo las funciones de dominación del Derecho; así como M. FOUCAULT escribe: «El sistema de Derecho y el campo del Derecho judicial son el vehículo permanente de las relaciones de dominación, de técnicas de subyugación polimorfas; el Derecho, es preciso verlo, creo, no desde el lado de una legitimidad que ha de ser consolidada, sino del lado de los procedimientos de dominación que pone en marcha»[70].

Sin duda, la dialéctica obliga, «los replanteamientos» autorizados por el Derecho siguen siendo relativos, y su resultado nunca está garantizado; según los periodos y los lugares, es cierto que la finalidad de orden y la de aplicar la coacción ha supuesto que las controversias y las críticas se hayan reducido a unas pocas cosas. Pero es importante comprender que, en el régimen que estudiamos (la hipótesis favorable donde el Derecho se propone poner en marcha sus funciones al servicio de la justicia y de la democracia), el Derecho no se reduce a un *rule by law*, a un uso instrumental al servicio del poder o de la planificación, sino a un *rule of law*, que significa siempre una distancia entre quien lo utiliza y el instrumento, como si el Derecho tuviera su autonomía, su lógica propia, y fuera susceptible de ser revisado independientemente de la voluntad del agente. Eso que se deja entrever no es otra cosa más que una cierta indisponibilidad, una resistencia a la instrumentalización del escenario de un tercero, y del bien común del que es espacio para su construcción. De ahí que permita, al menos hasta cierto punto, el ejercicio del recurso con vocación «emancipatoria», el Derecho puede

---

[67] J. CARBONNIER, «Il y a plus d'une définition dans la maison du droit», en *Droit*, 11/2, «Définir le droit», PUF, 1990, 6.

[68] J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1971, 102. Una adaptación completa del hecho al Derecho se traduciría en un régimen policial; y, a la inversa, una adaptación total del Derecho al hecho priva al Derecho de su rol transformador y pedagógico.

[69] L. BOLTANSKI y L. THEVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, *op. cit*., 431-433.

[70] M. FOUCAULT, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France*, 1975-1076, Paris, Seuil, 2012, 24.

así ser visto, contrariamente a lo que sostiene FOUCAULT, «desde la perspectiva de una legitimidad a ser consolidada».

Las formas jurídicas que «ese cuestionamiento» toma prestadas son extremadamente diversas: peticiones, debates parlamentarios, revisión de tratados, renegociaciones de contratos, recurso a la justicia, control de constitucionalidad y de convencionalidad, cambios de jurisprudencia, controversias doctrinales... El Derecho acumula técnicas de adaptación y de corrección de sus reglas (por no hablar de los criterios de interpretación, de los que CARBONNIER decía que era la forma elemental de desobediencia): la ponderación de intereses, la *implementación* de los principios generales, las «acomodaciones (arreglos) razonables» en el sentido canadiense (traer excepciones a una regla general a favor de ciertos grupos minoritarios si la aplicación de tal regla se muestra indirectamente discriminatoria en relación con esos grupos), el «margen nacional de apreciación» en el Derecho europeo, la excepción de orden público en el Derecho internacional (que suspende la aplicación de tal o cual regla de Derecho extranjero en la medida en que resulta en un absurdo en el caso en cuestión), la teoría del abuso de derecho (que deniega a un particular el beneficio de un derecho subjetivo cuando el uso concreto que reclama del mismo se manifiesta como irrazonable), las diferentes teorías jurisprudenciales realizan una forma de equidad para el caso particular (equidad que si bien es muy real, rara vez se admite)... los casos son innombrables.

Al revés de la idea que nos hacemos de la rigidez de la dogmática jurídica y del rigor asociado a la coacción pública, es preciso admitir que estas acumulan mecanismos de puesta en cuestión, e incluso a veces de auto-neutralización. Más allá de los recursos jurisdiccionales clásicos y de los debates parlamentarios, todo sucede como si el Derecho, a través de todas sus ramas, multiplicara los mecanismos de corrección, las posibilidades de excepción, de derogación o de atenuación de las soluciones, las técnicas de auto-neutralización de sus opciones. Como si, marcado por la reversibilidad que conocemos tuviera que poder revisar su trayectoria en todo momento.

4. CONCLUSIONES

¿Qué cambia en el momento en que dos personas deciden dar un paso a la esfera del Derecho? Esa era mi pregunta al comenzar. El Derecho, así he respondido, pone sus finalidades (medición, limitación, entretejido) al servicio de la relación social primaria. Tiene lugar una reformulación, funcionalmente operativa, pero nada garantiza todavía que esa formalización ponga de manifiesto un deseo de justicia, o satisfaga la libertad, la igualdad y la dignidad de sus protagonistas. Hace falta para ello que esta juridificación sea inscrita en un plano superior, esa a la que denomino la escena de un tercero; siendo la construcción progresiva del Estado de Derecho y del justo proceso sus manifestaciones más notables.

Pero este ascenso del «uno» al «dos» y al «tres» es una operación inestable respecto de la que nada nos puede garantizar que sea perenne aun si se inscribiera en instituciones y se grabara en el mármol de las Constituciones. En todo momento la regresión está al acecho cuando el «dos» de la instancia técnica es directamente instrumentalizado por el «uno» de la relación social primaria y por el menos escrupuloso de

sus actores. Un bucle negativo entra en funcionamiento, de manera que, lejos de aportar un valor ulterior, el Derecho, prestando sus formas, su legitimidad y su coacción a un poder desnudo, agrava aún más el déficit de justicia de la situación. Esta fragilidad revela la naturaleza normativa del Derecho, que es al tiempo donde está su fuerza y su fragilidad: se inscribe en el orden de lo que es deseable, y no en el registro determinado de lo que es real. Deriva del valor y no solo del hecho. Igualmente conserva y con razón una desconfianza crítica en relación consigo mismo: *summum ius, summa iniuria*.

Esto me sugiere una última precisión, esencial. El tercero del que se trata a lo largo de todo este estudio ¿qué rostro, qué contenido darle? La pregunta es legítima y, sin embargo, hace falta saber resistir a la tentación de llenar algo que ha de seguir siendo un lugar vacío. El tercero de quién aquí se habla funciona como una referencia estructural, un operador dialéctico que impide al «uno» o al «dos» encerrarse en sí mismos. Podremos movilizarlo poniéndolo al servicio de tal verdad dogmática, podremos reclutarlo bajo la bandera de tal poder indiscutible, y será así que lo estaremos privando instantáneamente de esa posición trascendente e indisponible que le es propia.