

D

O

X

A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

<http://doxa.ua.es>

ÍNDICE

Cuestiones de teoría del Derecho

François Ost:

¿Para qué sirve el Derecho?... para contar hasta tres

What is Law for?... to Count up to Three 15

José Antonio Ramos Pascua:

Lagunas del Derecho y positivismo jurídico. Un examen de la concepción de las lagunas de C. Alchourrón y E. Bulygin

Legal Gaps and Legal Positivism. C. Alchourrón and E. Bulygin's Conception of Gaps under Examen 49

Rodrigo Coloma Correa:

Bases de un modelo conceptual para decidir hechos

Basis for a Conceptual Model for Decisions on Facts 69

María Beatriz Arriagada Cáceres:

Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas

Norms of Competence and Norms about Competence. Escaping from the Constitutive Rules 93

Rafael Hernández Marín:

El control de la actividad judicial y las teorías jurídicas actuales

The Control of Judicial Activity and Current Legal Theories 123

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz:

Sobre la opacidad referencial y la ambigüedad de dicto/de re en el Derecho

On Referential Opacity and De Dicto/De Re Ambiguity in the Law 147

Perspectivas históricas de la filosofía del Derecho

Benjamín Rivaya:

El exilio iusfilosófico español (1936-1977/1981)

The Spanish Iusphilosophical Exile..... 175

Oriol Farrés Juste:

La filosofía del derecho de Alexandre Kojève

Alexandre Kojève's Philosophy of Law..... 203

Leopoldo José Prieto López:

La soberanía en Vitoria en el contexto del nacimiento del Estado moderno: algunas consideraciones sobre el De potestate civili de Vitoria

The Sovereignty in Vitoria in the Birth of the Modern State: some Considerations on the De potestate civili of Vitoria..... 223

Luis Lloredo Alix:

Muertes y resurrecciones del positivismo jurídico: una crisis de doscientos años de duración

Deaths and Resurrections of Legal Positivism: a Two Hundred Years' Crisis..... 249

Notas

Roberto Lara Chagoyán:

Decidir, argumentar y engrosar: el caso Martín del Campo

Voting, Arguing and Drafting: Producing a Judgment to the Martín del Campo Case..... 281

Alberto Carrio Sampedro:

Hasta que la muerte los separa. Legítima, derecho de propiedad y prohibición de disposición del titular de los bienes: un ejemplo práctico de inconsistencia normativa

Until Death do Them Part. Legitimate Portion, Ownership and the Ban on the Disposal of Goods by the Property Holder: a Practical Example of Normative Inconsistency..... 301

Sebastián Reyes Molina:

Sobre derecho y la averiguación de la verdad

On Law and the Ascertainment of Truth..... 317

Tasia Aránguez Sánchez:

¿Es necesario un giro aretaico de la teoría de la argumentación jurídica?

Is it Necessary an «Aretaic Turn» in the Theory of Legal Argumentation? 337

Miguel Fernández Núñez:

La ponderación: análisis de la situación del debate en España

Balancing: Analysis of the State of the Debate in Spain..... 355

Entrevista

Manuel Atienza:

Entrevista a François Ost

Interview to François Ost..... 387

CUESTIONES DE TEORÍA DEL DERECHO

¿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.

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 mediante 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.