

PROBLEMA

Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho **7**

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA
DE LA JUSTICIA*

François OST**

Resumen:

El duodécimo camello es una metáfora que ha sido utilizada por autores como Niklas Luhmann y Günter Teubner, para mostrar una versión de la racionalidad del sentido del derecho moderno. En esta entrega, François Ost propone una lectura que busca superar las paradojas, y nos ofrece doce versiones originales, cuyos contenidos nutren el debate sobre la racionalidad, función e identidad del sistema jurídico. En definitiva, el texto es una invitación a reflexionar sobre la creatividad que debe asumir el derecho para crear condiciones de justicia social.

Palabras clave:

Filosofía del derecho, racionalidad, justicia, sistema.

* Título original: "Le douzième chameau ou l'économie de la justice", par François Ost, in *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruxelles: Bruylant, 2004, pp. 843-67. Traducción en español por Pauline Capdevielle (becaria del Programa de Becas Postdoctorales en la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas) y Germán M. Sandoval Trigo. Se agradece a la editorial Bruylant la cesión de derechos de la traducción en español al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** François Ost es profesor y vice rector de las Facultades Universitarias de Saint Louis de Bruselas.

FRANÇOIS OST

Abstract:

The twelfth camel is a metaphor that has been used by authors such as Niklas Luhmann and Günter Teubner to demonstrate a version of the rationality of modern law. In this paper, François Ost exposes his own thoughts on the metaphor, and tries to go beyond paradoxes by providing twelve original readings, which in turn, give valuable insights for current debates about rationality, function and identity of legal systems. In sum, this paper is definitively an invitation to think about the creativity that law requires for reaching social justice.

Keywords:

Philosophy of Law, Rationality, Justice, System.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

SUMARIO: *Prólogo. I. Enfoque matemático. Las virtualidades de i , número imaginario. II. Enfoque psicológico. Los arcanos de un testamento. III. Enfoque jurídico. El derecho sucesorio contemporáneo. IV. Enfoque bíblico. El juicio de Salomón. V. Enfoque antropológico. La astucia con la realidad. VI. Enfoque autopoietico. Las paradojas del derecho y el camello de Gödel. VII. Enfoque sociológico. De la utilidad de la ficción en derecho. VIII. Enfoque filosófico. Más está en ustedes. IX. Enfoque hermenéutico. La anticipación de la perfección. X. Enfoque simbólico. El tercero y la venda. XI. Enfoque filosófico 2. Juzgar: desempatar y hacer tomar parte. XII. Duodécima lectura.*

PRÓLOGO

Una antigua tradición beduina cuenta este relato:

Un padre (algunos sostienen que se trataba de un jeque muy rico), sintiendo cerca su fin, hizo los preparativos de su sucesión. Su rebaño de camellos debía ser compartido entre sus tres hijos (Ahmed, Alí y Benjamín, aunque los nombres varían de una versión a la otra) según el orden siguiente: el primero, en virtud del derecho de primogenitura, recibiría la mitad; el segundo, heredaría un cuarto; en cuanto al menor, se contentaría con la sexta parte. Poco tiempo después, cuando murió, sus hijos quedaron confundidos: el reparto resultaba imposible, pues el rebaño contaba exactamente de once camellos. Como ya habían llegado al conflicto debido a este reparto imposible, acordaron someter el caso al Cadí. Éste, tras haber escuchado a las partes, reflexionó, trazó algunos signos en la arena, y finalmente declaró: “Tomen uno de mis camellos, hagan su reparto, y, si Alá quiere, me lo devolverán”. Asombrados, pero sin ánimos de contradecir a hombre tan sabio, los hijos se fueron con el camello del juez. Sin embargo, no tardaron en percatarse del ingenio del Cadí: con doce camellos, el reparto resultaba muy fácil –cada quien recibió su parte y el duodécimo camello no faltó en ser restituido enseguida.

FRANÇOIS OST

Quién era este Cadí y cuál era su justicia, la historia no lo dice. A decir verdad, olvidamos todo de él, salvo el corto relato que se acaba de compartir.¹ Por nuestra parte, quisiéramos tomar esta historia en serio, animados por el presentimiento que su enigma podría enseñarnos algo esencial en cuanto a la economía de la justicia. ¿Qué significa este duodécimo camello? ¿Qué del préstamo de este camello simbólico es revelador de la obra de justicia?

Para abordar tales preguntas, formularlas de manera más precisas e intentar darles una u otra respuesta, proponemos multiplicar los ángulos de enfoques; desarrollaremos doce lecturas de la historia, como cortas meditaciones, entre las cuales el lector escogerá su favorita. Adoptando un modo de reflexión circular, pasaremos tal vez varias veces por un mismo lugar, como pasa en el desierto; el lector indulgente querrá ver, más que un estancamiento en el mismo lugar, una progresión en espiral que enriquecerá con resonancias múltiples nuestra primera intuición. Tal vez una aproximación de la justicia necesita esta suerte de vagabundeo: ¿Acaso el descubrimiento de la ley no exigió, también, la travesía del desierto?

I. PRIMERA LECTURA. ENFOQUE MATEMÁTICO. LAS VIRTUALIDADES DE i , NÚMERO IMAGINARIO

Sin lugar a dudas, los signos trazados por el Cadí en la arena eran números; importa pues, en primer análisis, aclarar la historia desde el punto de vista matemático. Compartir once camellos según las proporciones del testamento paternal resultaba efectivamente muy poco satisfactorio: el primer hijo recibe $11/2$, es decir 5,5 camellos; el

¹ El origen de las buenas historias es siempre inasignable: la tenemos de N. Luhmann ("La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit", *Droit et société*, núm. 47, 2001, p. 15 y ss.), quien la tenía de J.-P. Dupuy (*Science et pratique de la complexité*, Actes du colloque de Montpellier, mai, 1984, p. 303). Pero, ¿de dónde la tenía él?

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

segundo hereda de $11/4$, es decir, 2,75 camellos; en cuanto al tercero, tendrá el amargo placer de verse gratificado de $11/6$, es decir, de 1.8333 camellos. Algo salta a la vista: la devolución implica recortar tres camellos, operación bastante mal vista en una economía de subsistencia, como la de las tribus del desierto. Por otro lado, aparece un resto importante cuando se aclara el cálculo: una parte no despreciable de la herencia no se atribuye (la suma de las tres fracciones elevándose a 10,0833, el saldo no atribuido se eleva a $11 - 10,0833$, es decir, 0.9167 camellos).

En cambio, añadir un duodécimo camello hace del reparto un juego de niños: el primogénito recibe $12/2$, es decir, seis camellos; el segundo hereda de $12/4$, es decir, 3 camellos, y el tercero beneficia ahora de 2 camellos ($12/6$). Por otro lado, ya cumplido su propósito, el camello de justicia puede ser restituido a su erudito dueño, ya que la suma de los camellos distribuidos se eleva esta vez a exactamente once ($6+3+2$). Todos se van satisfechos: los hermanos, el juez, y, podemos apostar, los tres camellos que escaparon al recorte.

Empezaremos a acercarnos a la inteligencia del plan del Cadí cuando notemos que el duodécimo camello (es decir $1/12^a$) llena exactamente el déficit revelado en el testamento paternal: en efecto, el padre atribuía respectivamente la mitad, el cuarto y el sexto de su herencia, es decir, $11/12^a$ de éste. El préstamo del camello de justicia reconstituye la unidad; la astucia del juez deshace la “trampa” contenida en el testamento. ¿Esta astucia del juez tiene por efecto, nos preguntaremos, perjudicar a uno de los hijos o modificar las proporciones de la sucesión? En absoluto: el primero recibe 6 camellos (en lugar de 5,5), el segundo recibe 3 (en lugar de 2,75) y el tercero hereda de dos camellos (en lugar de 1,83333): o sea, una ventaja para cada uno, que corresponde a su parte respectiva de herencia (una mitad, un cuarto, un sexto).

A estas alturas, el misterio parece aclararse y espesarse a la vez: se entiende bien el papel jugado en la distribución

FRANÇOIS OST

por este providencial duodécimo camello, pero a la vez, como un truco de magia desmitificado, quedamos perplejos ante la hazaña: ¿cómo este truco puede a la vez satisfacer a todos y desvanecerse al mismo tiempo en las profundidades del desierto? Es posible que a los aficionados de aritmética pura no les guste mucho esta historia: lejos de proporcionar una solución exacta, conforme a los datos del problema, el plan del Cadí transforma discretamente los términos —son once camellos que son compartidos y no 10,0833. Una historia de juez, en definitiva, más que de matemático; una parábola de justicia aproximada más que un ejercicio de rigor formal. Sin duda, no es casualidad si su recuerdo se transmitió más en las escuelas de derecho que en las academias de matemáticas.

Y sin embargo... es posible que los matemáticos, a su vez, hagan uso en algunas ocasiones de la astucia teórica y no desdeñen pequeños rodeos por el imaginario. Una obra muy estimulante de Luc De Brabandère² evoca al respecto el ejemplo del número i que se puede calificar a la vez de número primo “complejo” (es su nombre oficial), imaginario, y hasta imposible, en cuanto se define como un número que, multiplicado por sí, da sin embargo un resultado negativo ($i^2 = -1$, o $i = \sqrt{-1}$). A pesar de esta imposibilidad, o más bien gracias a este estatus imaginario, el número i es objeto de un uso muy intensivo, e incluso se revela uno “de las herramientas más fuertes en matemáticas, uno de las que permitieron por ejemplo el nacimiento de la física teórica”.³

Quedémonos otro instante en el país de las matemáticas. Una historia como la del Cadí y de los tres hermanos incita a imaginar toda clase de variantes, para poner a prueba toda su fecundidad y tal vez sus límites. Recordamos una que podría ilustrar sino la ética del juez, la economía del

² Brabandère, L. De, *Il était une fois la multiplication. Ou (re)découvrir le plaisir des mathématiques*, Bruxelles, De Boeck, 1992, pp. 40-42.

³ *Ibidem*, p. 41.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

consultante.⁴ Se trata ahora de compartir treinta y cinco camellos; hay todavía tres hermanos, pero las proporciones son diferentes: una mitad, un tercio, un noveno. Mismo aprieto de los hijos y misma proposición del consultante: prestará un treintaseisavo camello a fin de facilitar el reparto. Pero esta vez, el reparto se refiere a una suma inferior de una unidad a los 35 camellos de la herencia (en efecto, el primero recibe $36/2$, es decir 18 camellos, el segundo hereda de $36/3$, es decir 12 camellos, mientras que el tercero se contenta de $36/9$, o sea 4 camellos —es decir, en total, 34 camellos). ¿Qué hacer con los dos camellos restantes? El consultante había, por supuesto, previsto esta pregunta: el treintaseisavo camello, que sólo estaba prestado, le corresponde por derecho; en cuanto al treintaicincoavo, le corresponde también, esta vez, por el precio de su intervención. ¿Lucro de la justicia o justa remuneración del trabajo? No nos quedaremos con esta cuestión y seguiremos adelante con el Cadí y su duodécimo camello.

II. SEGUNDA LECTURA. ENFOQUE PSICOLÓGICO: LOS ARCANOS DE UN TESTAMENTO

Considerada desde el punto de vista de la psicología del testador, el viejo beduino del desierto, esta sucesión un poco perversa suscita confusión, incluso, cierto malestar. Obviamente, podríamos disiparlo invocando un error material: hablaríamos hoy día de un error de captura en el testamento; también, podríamos imaginar ayer que, en el umbral de la muerte, el padre no hubiera expresado claramente sus últimas voluntades. Bastaría que el segundo hijo fuera dotado de un tercio en lugar de un cuarto de la sucesión, para que el recorte se realice sin obstáculos.

Podríamos también pensar en la aparición de un acontecimiento externo y posterior a la voluntad del testador: por

⁴ Agradezco a la señora Myriam Bayet por haberme señalado esta variante.

FRANÇOIS OST

ejemplo, una enfermedad que hubiera diezclado el rebaño entre la expresión de voluntad del padre y el momento de su deceso, reduciéndolo de cuarenta y ocho camellos por ejemplo a once infelices sobrevivientes. En esta línea hipotética, también hubiéramos podido imaginar soluciones alternativas a las del Cadí: por ejemplo, esperar el crecimiento natural del rebaño y operar el reparto cuando el número adecuado de animales fuera disponible. Sin embargo, esta alternativa naturalista nos extraviaría en consideraciones contingentes (¿Consta el rebaño de machos y hembras? ¿Tienen la edad para procrear?, etcétera) y nos privaría, además, de una reflexión sobre el alcance propiamente simbólico de la intervención del juez, que es nuestro tema.

Además, siempre hay que tomar las historias en serio y no pretender resolverlas imaginando circunstancias ajenas. Estamos pues, esta vez, entre la espada y la pared. ¿Cómo interpretar esta enigmática última voluntad del beduino? No nos sorprenderemos, en primer lugar, de constatar la desigualdad de las partes atribuidas respectivamente a los tres hijos. Salvo sucumbir a un anacronismo agravado de etnocentrismo, convendremos que el derecho de primogenitura representó uno de las más antiguas y más constantes características del derecho de sucesión. En cambio, no podemos dejar de constatar, como ya lo hicimos, una doble trampa en el testamento: implica la ejecución de varios camellos y, por otro lado, no cubre la totalidad de la herencia.

Podríamos deducir, sería la primera interpretación plausible, que se trataba de un padre perverso que utilizó su patrimonio como medio *post-mortem* de sembrar la discordia entre sus hijos. Tal vez, como Edipo maldiciendo Eteocles y Polynices, quería vengarse de ellos y ajustar las cuentas de alguna antigua afrenta. No podemos con certeza desestimar tal hipótesis —hay incontestablemente, en este caso, una violencia larvada que tendrá precisamente el juez que desactivar. El hecho de que se trate de lazos de sangre y de un asunto de familia no permite, ni mucho menos, invalidar esta conclusión, tal como nos lo recuerda el psicoa-

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

nálisis. El juez también lo sabe, él que vio acumularse ante él infanticidios más o menos eufemizados y las peleas de hermanos enemistados. De allí, ver en esta historia un eco del asesinato del padre, seguido del recurso deferente a su tótem (el juez, sustituto de la figura paternal) y del respeto escrupuloso de su tabú (el duodécimo camello restituido y símbolo de la ley que hace el vínculo social), hay un paso que dudamos en dar.

Por lo demás, nada prohíbe formular una hipótesis más optimista: tal vez, después de todo, el padre era también un sabio que, habiendo anticipado perfectamente las consecuencias de los acontecimientos, quería transmitir un mensaje encriptado a sus hijos. Tal como el labrador de la fábula de La Fontaine, que por testamento interpuesto, revelaba a sus hijos que el verdadero tesoro enterrado en el campo familiar no era otro que el trabajo que se despliega para hacerlo fructificar, el beduino del desierto deseaba tal vez compartir otra cosa que camellos. Pero precisamente, ¿compartir qué? Estamos confrontados de nuevo a nuestro enigma.

III. TERCERA LECTURA. ENFOQUE JURÍDICO.

EL DERECHO SUCESORIO CONTEMPORÁNEO

Reflexionando en el siglo XXI, podemos estar tentados de preguntarnos sobre cómo sería ejecutado hoy en día el testamento. En derecho belga,⁵ se plantearía primero la cuestión de saber si la reserva no ha sido tocada (artículo 913 del Código Civil): lo que es el caso en efecto, ya que cada uno de los hijos tiene el derecho de obtener por lo menos un cuarto de la sucesión. De manera que el menor, que sólo recibe un sexto, podría pedir la reducción de la parte del mayor. Nos preguntaremos después cómo compartir la porción de la herencia no incluida en el testamento, es de-

⁵ Agradezco a Géraldine Hollanders por estas precisiones sobre el derecho belga.

FRANÇOIS OST

cir $1/12^a$ o $33/36^a$. Observaremos primero que, al contrario del antiguo adagio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, esta posibilidad está expresamente prevista por el artículo 895 del Código Civil (“todo o *parte* de sus bienes”). En derecho alemán, la elección se abre entre dos modos de arreglo: o el resto es compartido en proporción de la parte de herencia de cada uno de los beneficiarios (art. 2089 del BGB) —lo que es la traducción abstracta de la solución del Cadí, el camello se transforma en regla general—, o el saldo es compartido según las reglas generales de la devolución sucesoria (art. 2088 del BGB). La elección de la solución se inspirará de la interpretación de la voluntad del testador.⁶ En Bélgica, la cuestión es resuelta por el artículo 745 del Código Civil: los hijos “suceden por iguales proporciones y por cabeza”. De eso resulta que cada uno de los tres hijos nota el incremento de un $1/36^a$ a su parte. Tras este ajuste, la parte de cada uno se eleva respectivamente a $19/36^a$, $10/36^a$, $7/36^a$. Sin embargo, ya que la herencia sigue remitiendo a once camellos, y que las fracciones no son reducibles a unidades enteras, el recorte de animales parece imponerse. Evitaremos esta solución procediendo en dos tiempos: primero, el reparto *en nature* del máximo de animales: el primero recibirá 5 sobre su parte de 5,8 ($11 \times 19/36$), el segundo heredará de 3 camellos sobre su parte que se eleva a 3,05 ($11 \times 10/36$), en cuanto al tercero, recibirá 2 sobre una parte de 2,13 ($11 \times 7/36$). El saldo, es decir, un camello restante, será vendido, y en un segundo momento, su precio repartido según la proporción entre los tres hermanos.

Esta solución contemporánea inspira dos comentarios. El primero busca subrayar, como podíamos esperarlo, el progreso y hasta el triunfo de la idea de igualdad, en sociedades de fundamento individualista, en donde el derecho de primogénito perdió toda justificación. La segunda observación remite al papel de medio jugado por el dinero, como

⁶ Teubner, G., “Les multiples aliénations du droit: sur la plus-value sociale du douzième chameau”, *Droit et société*, núm. 47, 2001, p. 76, n. 1.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

“equivalente universal”, que dar fluidez a las cosas, y ponerlas de nuevo en circulación. El papel de entre-dos, de relación mediadora representada por el camello del Cadí, se encuentra aquí relevado por el equivalente monetario.⁷

IV. CUARTA LECTURA. ENFOQUE BÍBLICO. EL JUICIO DE SALOMÓN

Nos acercaremos de nuevo a nuestro tema, del universo antiguo y semita, evocando el juicio de Salomón, relatado en el *Libro de los Reyes* (Primer libro, II, 16-28), cuya lógica interna, de mayor inteligibilidad por apuesta en la vida, no deja de tener relaciones con la decisión del Cadí. La historia, bien conocida, es de una sencillez enternecedora: dos prostitutas, que compartían la misma casa, dieron a luz a pocos días de intervalo. El hijo de una fallece durante una noche; inmediatamente, su madre opera la substitución de los niños y pone el hijo vivo, el de la otra mujer, a su seno. Por la mañana, la madre del niño vivo se percata del engaño y reclama a su hijo. Ninguna madre desiste —y ahora el caso es llevado ante el Rey-juez Salomón. ¿Cómo desempatar aquellas dos prostitutas, cuya palabra es marcada por la sospecha, y cuyo litigio es desprovisto de testigo? ¿Cómo decir el derecho en una disputa que presenta tan poco cuño jurídico? Divina inspiración de Salomón: jugar el derecho contra el derecho, empujar el juridicismo hasta lo absurdo para sacar otra cosa.⁸ Ya que estas dos mujeres reclaman

⁷ Sobre el papel del dinero, *cfr.* J. Clam, “Monnaie et circulation. Contribution à une analyse structurelle du médium monétaire”, en *Archives de philosophie du droit*, t. 42, 1988, pp. 153 y ss. *Cfr.* también del mismo autor, “Monétarisation, généralisation de l’envie et paradoxe du droit”, en *Droit et Société, Ibidem*, pp. 155-182.

⁸ Shakespeare sabrá recordar esta lección en su famosa meditación en la cual Portia ordena que sea retenido una libra de carne de Antonio, pero una libra de carne solamente, en beneficio del acreedor Shylock en el *Mercader de Venecia* (*cfr.* Ost, F., “Temps et contrat. Critique du pacte faustien”, en *Annales de droit de Louvain*, 1999, p. 17 y ss.).

FRANÇOIS OST

justicia, cada una exigiendo que lo suyo le sea restituido (*suum cuique tribuere*), “¡que se corte el niño a la mitad (el texto hebraico dice «*guizro*», lo que significa literalmente “*trancher*”,* término cuyas connotaciones jurídicas redoblan aquí el sentido material),⁹ y que se dé la mitad a cada una!” Al hacerlo, Salomón provoca, en el margen del juicio jurídico, un psicodrama cuyo desenlace será decisivo: a falta de prueba jurídica, a falta de título de filiación, se suscitará uno del más profundo de las entrañas de las madres. La primera, en efecto, (la que fue marcada por la muerte) asiente decididamente al juicio: “no será ni a mí, ni a ti, corten” – revelando asimismo que es una ley de muerte que la anima, obscuro talión que exige una implacable igualdad aritmética. La otra en cambio, exclama: “Por favor mi señor, dele al niño *nacido*. De muerte no lo hará morir”. Aquella, animada por una lógica de vida (“sus entrañas”, dice el texto, “se habían emocionado”), no puede resignarse a esta equidad mortífera: ya que uno de los dos hijos había muerto, que la igualdad sea restablecida por la vida más que por la muerte —aunque hubiera tenido que desposeerse de su título legítimo de maternidad. No acepta que el niño *nacido*, un ser *vivo*, sea confundido con una cosa o un cadáver de animal, que debería efectivamente compartirse a la mitad en caso de polémica indecible, según el derecho hebraico de la época. En un arranque de amor maternal, esta mujer supo elevarse a una lógica superior: desistirse de su derecho para que la vida triunfe. Ahora, es exactamente la actitud que Salomón había anticipado en el albedrío de la verdadera madre. Revocando su decisión, exclama enseguida: “Denle el hijo vivo, no lo maten. ¡Ella es la madre!”

Así Salomón, con el montaje de este psicodrama y un juicio en dos tiempos, pudo restaurar el derecho disputado.

* El autor juega con la palabra *trancher*, la cual, en francés, significa a la vez cortar y decidir. [N. de los T.].

⁹ Seguimos aquí la valiosa lectura del relato por Draï, R., *Le mythe du talion. Une introduction au droit hébraïque*, Aix-en-Provence, Ed. Alinea, 1991, p. 166.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

Pero él mismo pasó por un momento de no-derecho: nada le autorizaba, en derecho hebraico, a ordenar la ejecución de un niño inocente. Tal como la verdadera madre estaba lista a renunciar a su derecho y a hacer consagrar una filiación errónea, Salomón, “por una buena causa”, iba a mandar ejecutar al niño. Pero de este no-derecho surge un derecho superior al pobre rigor igualitario del talión. Así se opera un cambio de nivel (de la apariencia a la realidad, de la envidia al don, de la muerte a la vida) que, a la vez, desbloquea una situación indecible y conecta la regla jurídica a fuentes más positivas (confianza en el futuro más que rumia del talión). De manera similar, lo veremos, la decisión del Cadí, además de evitar la ejecución de algunos camellos, procede también en dos tiempos, agregando primero un duodécimo camello no incluido en el reparto, a fin de asegurar el cumplimiento satisfactorio, regresando después el camello a su dueño —como si el derecho sólo lograra realizarse mediante este rodeo, por lo imaginario, un error, o una anomalía en el estricto plan de la justicia distributiva.

¿Se distanciaría la verdadera justicia de la estricta igualdad? El ejemplo del “voto de Athena”, otra ilustración proveniente del derecho pre-moderno, debería persuadirnos. Inspirada por la legendaria absolucón de Orestes contada por Esquilo en *Las Euménides*, el derecho ateniense del procedimiento criminal del siglo V antes de Cristo conocía la regla según la cual, en caso de empate de los votos dentro del jurado, el acusado debía ser absuelto.¹⁰ Asimismo, mientras el acusador necesitaba una mayoría para triunfar, el acusado vencía, por su lado, a favor de una simple igual-

¹⁰ Aristóteles, *Constitution d’Athènes*, 63, 1: «Él que tiene una mayoría, tiene la victoria; si los votos son iguales, es el defensor». En *Las Euménides*, Esquilo hace decir a Atena, quien de hecho vota también a favor de Oreste: “La victoria es a Oreste, si la decisión es tomada a la igualdad de los votos” (v. 741).

FRANÇOIS OST

dad.¹¹ Extraña aritmética, y sin embargo, buena justicia: ya se entendía, en esa época, que la situación de inferioridad del acusado justificaba que una ventaja le fuera otorgado durante el recuento de los votos —la partición de los votos expresaba, por lo menos, que había logrado superar su desventaja inicial.

Por su voto, y sobre todo por la regla que instauro, Athena rompe la lógica, cíclica y mortífera, de la venganza en espejo. Sobre la balanza de la justicia, otros pesos se impondrán más que el estricto “toma y daca” del talión.

V. QUINTA LECTURA. ENFOQUE ANTROPOLÓGICO.

LA ASTUCIA CON LA REALIDAD

Nos acercaremos todavía un poco más a nuestro tema, evocando, pero en unas palabras solamente, por falta de competencia, los fundamentos antropológicos de la justicia de las sociedades no-occidentales. Un colega antropólogo, consultado sobre este asunto, evocaba la “astucia característica del derecho musulmán”.¹² Se trataría menos, en este caso, de dominar la realidad en todas sus dimensiones que aceptarla en su complejidad e imprevisibilidad, y valerse con astucia de ella. En este contexto, el juez se presenta menos como el experto que elabora una respuesta racional, abstracta y general, que como el sabio que, con una pequeña nota original, restaura la armonía nublada. Al límite, la vida es percibida como un juego, no exento de misterio y malicia, dentro del cual hemos de entrar con soltura, como un “entrar en el baile”. Ya habíamos subrayado al respecto

¹¹ Loraux, N., “La majorité, le tout et la moitié? Sur l’arithmétique athénienne du vote”, en *Le consensus, nouvel opium?, Le genre humain*, núm. 22, automne 1990, p. 1021.

¹² Eberhard, Ch., correo electrónico dirigido al autor fechado del 17 de noviembre de 2002.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

la “astucia”* del Cadí, el cual, prestando su camello, entendía como “deshacer” la trampa que ocultaba el testamento.

VI. SEXTA LECTURA. ENFOQUE AUTOPOIÉTICO.

LAS PARADOJAS DEL DERECHO Y EL CAMELLO DE GÖDEL

Definitivamente, nuestros camellos viajan mucho en el tiempo y el espacio. Los creíamos olvidados en los confines del desierto, y ya hacen un regreso notable en la sociología del derecho más reciente. Niklas Luhmann, líder de la sociología del derecho contemporánea en Alemania, les consagra un importante artículo póstumo publicado en septiembre de 2000 en el *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, mientras que el número 47 de la revista *Droit et Société* reúne cuatro estudios en torno a la traducción del texto.¹³

Para la teoría autopoietica —hay que recordarlo—, el derecho se analiza como un sistema autorreferencial cerrado que se desarrolla “autopoieticamente”, es decir, que reproduce, por medio de la diferencia entre derecho y no-derecho, el derecho a partir del derecho atribuyendo a las comunicaciones afectadas una calidad normativa. Tal enfoque sistémico hace surgir inmediatamente una paradoja de la cual no sale el derecho: el derecho, para ser operacional y autónomo, define lo que es jurídico a partir de sí mismo (generalmente por referencia a una regla superior, o a la decisión de una autoridad jurídicamente instituida), pero se encuentra en la incapacidad de “saltar por encima de sus propios hombros” para fundar jurídicamente el reparto que opera entre el derecho y el no-derecho. Todas las grandes teorías del derecho tropiezan sobre este tipo de paradoja constitutiva: los teóricos del contrato social tuvieron estas

* En idioma original, el autor usa la palabra *ruse*, que remite a un procedimiento hábil, pero a veces desleal, usado por alguien para conseguir o realizar lo que desea. Lo hemos traducido aquí por astucia, igual que en el título de la quinta lectura [*N. de los T.*].

¹³ Luhmann, N., “La restitution du douzième chameau...”, *op. cit.*, pp. 15-73.

FRANÇOIS OST

dificultades, pero también, más recientemente, Kelsen con su norma fundamental y Hart con su regla última de reconocimiento.

La sociología autopoietica de Luhmann no cesó de debatirse entre estas paradojas y, en su estudio más importante sobre el tema, el autor hace del duodécimo camello el símbolo de dichos debates paradójicos. El asunto, reconoce Luhmann, es que el duodécimo camello era y no era necesario. El sistema jurídico lo utiliza sin poseerlo; eso vale a reconocer que el duodécimo camello es una paradoja y que el sistema sólo funciona (sólo es capaz de decisión) si se deja fundar sobre tal paradoja.¹⁴ El sistema jurídico enfrenta aquí dificultades de las cuales Gödel dio, en 1931, con su famoso teorema relativo a la autolimitación de los sistemas formalizados, una expresión matemática. Se resumirá en una palabra diciendo que los sistemas formales que contienen proposiciones autoreferenciales producen proposiciones indecidibles, y que sólo pueden, por lo tanto, cerrarse o fundarse *ab extra*.¹⁵

Podríamos multiplicar al infinito los niveles jurídicos, imaginar por ejemplo “un derecho superior para camellos, tal como un derecho constitucional”,¹⁶ y en definitiva siempre vendrá un momento en el cual la ambivalencia (la indecidibilidad) de la proposición autoreferencial fundadora (“todo eso es derecho”) aparecerá en su desnudez: para el sistema eso será derecho ciertamente, pero para el observador externo (el sociólogo) nada autoriza a sostenerlo (ni tampoco la proposición opuesta: “eso no es derecho”). Salvo, claro está, si llamamos, en última instancia, el duodécimo camello.

Asimismo, se plantea la pregunta (pero en un sentido muy particular que importa no trivializar): ¿Debe restituirse el duodécimo camello? A este nivel, uno ya lo intuye, Luhmann no piensa directamente en los tres hermanos, sino en

¹⁴ *Ibidem*, p. 17.

¹⁵ *Ibidem*, p. 70, nota 125.

¹⁶ *Ibidem*, p. 17.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

el razonamiento que conduce a desempatarlos y que podría, o reconocer su deuda respecto de este suplemento externo, que opera como un fundamento de derecho divino acudiendo al rescate del déficit de racionalidad interna al sistema, o, al contrario, ocultar este fundamento, internalizarlo, positivizarlo, y finalmente usarlo sin pensarlo más. La primera actitud (que consiste en “devolver” el camello) es la del derecho natural, que paga su deuda a la trascendencia que asegura la operacionalidad del derecho. El hecho que el camello sea a la vez necesario y no necesario remitiría a su origen religioso.¹⁷ La segunda actitud (que consiste en “conservar” el camello), hace inmanente la paradoja —es el punto de vista del positivismo jurídico que pretende romper con toda trascendencia y que pretende fundar el derecho sobre la eficacia de sus propias operaciones de validación (lo que, en última instancia, vale en consagrar la violencia— *gewald*, “golpe de derecho”, escribe Derrida— constitutiva del acto jurídico que, el primero, logró imponerse).¹⁸ La teoría positivista acompaña este movimiento esforzándose en des-paradojar el derecho. En cuanto a la sociología sistémica (autopoiética), que observa el sistema desde el exterior, constata que el camello no dejó de ir y venir, y que, a pesar de todos sus esfuerzos para guardar el camello, el derecho positivo (teoría y práctica) no logra liquidar su paradoja, inclusive al costo de la aplicación de su codificación sistemática derecho/no derecho. Es que cada una de sus decisiones (supuestamente encaminadas a garantizar el cierre y la operatividad del sistema) es a la vez e inevitablemente, reconducción de la ambivalencia y de la indecidibilidad constitutiva del sistema (¿qué es lo que garantiza que tal decisión no es, por ejemplo, arbitraria?).

Este cuadro de análisis permite a Luhmann abordar un número impresionante de cuestiones de teoría jurídica: validez, argumentación, relaciones derecho-política, derecho-sociología: tantas ocasiones para establecer “camellógra-

¹⁷ *Ibidem*, p. 19.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 19-20.

FRANÇOIS OST

mos”,¹⁹ cada vez que una paradoja es identificada y que la teoría sistemática preserva su ambivalencia al respecto del derecho positivo que intenta desparadojarlo reduciéndolo a una codificación binaria y un juego de nociones contradictorias.²⁰ Ya se habrá entendido: bajo la pluma de Luhmann, el misterioso duodécimo camello es pensado como un operador de complejidad, que no deja de reintroducir del otro en el juego de la autoreferencia; como el “parasito” de Michel Serres, señala el regreso episódico del tercero reprimido.²¹ En cuanto a saber si, en definitiva, hay que regresar el duodécimo camello, es una cuestión que se guardará de zanjar.²²

¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

²⁰ A este juego, el duodécimo camello es puesto *à toutes le sauces*: como podemos ver: “el duodécimo camello aparece como una paradoja” (p. 12), “la positividad del derecho, es el duodécimo camello, pero solamente cuando no es restituido” (p. 19), “Kelsen identificó el duodécimo camello como norma fundamental (p. 23), “hemos buscado el camello como unidad, tal vez sea una diferencia, o bien la unidad de una diferencia” (p. 24), “el duodécimo camello, que sin embargo garantiza la decidibilidad, es la violencia” (p. 29), “a eso corresponde una variable del camello simbólico: una relación circular entre interés y valuación” (p. 41), “un nuevo nombre del viejo camello es entonces: la redundancia” (p. 51), “ese parásito es el duodécimo camello” (p. 64), “¿es el duodécimo camello el tercero excluido que regresa en el sistema? (p. 71), “habría tal vez que concebir el duodécimo camello como un observador” (p. 73)... Eso es mucho, en efecto, por un solo camello. En todos casos, lo bastante para que el viejo beduino pierda la cabeza... ¡y lo omite en su testamento!

²¹ *Ibidem*, p. 58; M. Serres, *Le parasite*, París, 1980.

²² *Ibidem*, p. 70. Podemos leer, en la misma revista (*Droit et Société*, *op. cit.*) un comentario crítico de este artículo por M. Neves (“Et si le douzième chameau venait à manquer? Du droit expropriateur au droit envia”, pp. 101-121) lo cual, analizando la situación de países periféricos de la sociedad capitalista contemporánea (aquí Brasil), considera que el duodécimo camello no ejerce su papel simbólico (es “usurpado”) en cuanto que el derecho es directamente y brutalmente instrumentalizado por los intereses socioeconómicos dominantes. En estas condiciones, “los camellos reales, como expresión de derechos elementales, son robados por la sociedad” (p. 120).

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

VII. SÉPTIMA LECTURA. ENFOQUE SOCIOLÓGICO.
DE LA UTILIDAD DE LA FICCIÓN EN DERECHO

Discípulo de Luhmann y teórico del derecho, G. Teubner no usa la teoría autopoietica para estudiar los fenómenos de cierre y de autoreferencia del derecho, sino más bien, las relaciones del derecho con su medioambiente. Por lo tanto, su pregunta vuelve: ¿cuál es la plusvalía social del duodécimo camello?²³ En términos imagéticos, la pregunta puede formularse de la manera siguiente: ¿el duodécimo camello del Cadí es un espejismo o un oasis en el desierto?²⁴ La respuesta cabe en la paradoja según la cual el camello jurídico es evidentemente una ficción, pero en este caso, una ficción útil, cuyos efectos sociales son suficientemente reales para resolver el litigio que quedaba indecible. En eso, Teubner recusa los análisis dominantes en sociología del derecho que no cesan de denunciar la alienación de los conflictos sociales por el derecho. Conocemos los reproches: formalismo abusivo, conceptualización excesiva, desposesión de los justiciables de su expediente, chicanas procesales... todo conspiraría a este travestismo ilegítimo del pleito por la técnica jurídica. No obstante, el ejemplo del duodécimo camello muestra que es todo lo contrario lo que se observa: es precisamente porque el derecho retraduce el litigio en su lenguaje propio que lo puede resolver; es porque lo transforma que le abre salidas insospechadas: subiendo en la inteligibilidad (introduciendo un duodécimo camello, jurídico, en el rebaño), abre cauces de solución.

Podemos ver en esta operación el efecto de esta «*artificial reason of law*» que Sir Edward Coke valoraba para preservar la autonomía del derecho contra sus tentativas de manipulación por parte del soberano. Esta “razón artificial” es productora de ficciones cuyo papel es reconstruir el ambiente externo del derecho, pero esta vez a la manera del derecho: el duodécimo camello es evidentemente una ficción de este

²³ Teubner, G., “Les multiples aliénations du droit...”, *op. cit.*

²⁴ *Ibidem*, p. 76.

FRANÇOIS OST

tipo, pero el Cadí debe mantener la ilusión que su camello es real. Como lo dice bellamente Teubner: “el oasis donde pasta el duodécimo camello es sólo un espejismo del derecho, y empero, el juez puede enviar a los hermanos en litigio al oasis para el préstamo del camello”.²⁵ Lo entendimos: sin esta reconstrucción artificial del conflicto (la argumentación ficticia del número de camellos que compartir), la repartición quedaría insatisfactoria, hasta imposible. Tal como el arte, el derecho produce una realidad segunda, algo como una surrealidad (“eso no es un camello”) en la cual evolucionan camellos artificiales, gracias a los cuales los camellos reales pueden crecer y multiplicarse.

La parábola del Cadí es, en este sentido, ilustración de la función del derecho entero: instituir un mundo artificial de procedimientos, de reglas, de representaciones que dan sentido y forma al mundo empírico. Y en esta vía, nada detiene la imaginación del derecho, que no dudó, por ejemplo, en acordar la personalidad jurídica a un patrimonio, una colectividad política, a una sociedad comercial... ¿y porque no a los camellos mismos? «*Should camels have standing?*». Haciendo eco al famosísimo artículo de Chr. Stone «*Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects*»,²⁶ Teubner evoca con humor esta eventualidad que hoy se hace plausible por múltiples signos: así la constitucionalización de la protección del medioambiente, el reconocimiento progresivo de los derechos de los animales, la toma en cuenta de un perjuicio propiamente ecológico... En la “séptima ciudad”, de la cual habla B. Latour —la ciudad ecológica²⁷— seguramente se encontrará un juez que acepte, en el juicio de los tres hermanos, la intervención volun-

²⁵ *Ibidem*, p. 80.

²⁶ Sobre este artículo (que estuvo a punto de convencer la Corte Suprema de Estados Unidos) y las discusiones que generó, *cfr.* Ost, F., *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, La Découverte, 1995, p. 172 y ss.

²⁷ Latour, B., “Moderniser ou écologiser? A la recherche de la Septième Cité”, *Écologie politique*, 13, 1995, p. 5 y ss.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

taria de camellos que fácilmente harían valer el “perjuicio grave y difícilmente reparable” que no faltarían en sufrir en caso de reparto de los animales en *nature*.

VIII. OCTAVA LECTURA. ENFOQUE FILOSÓFICO.

MÁS ESTÁ EN USTEDES

Es tiempo de hacer una pausa. La lectura precedente, señalando el “*como si*” a la raíz del discurso jurídico, nos hizo poner el dedo en uno de sus rasgos esenciales. ¿Cómo, por lo tanto, volver a estimular la reflexión y a profundizarla? Invitando esta vez el filósofo a unir su voz a esta meditación.²⁸ Para el filósofo, la naturaleza simbólica del duodécimo camello no deja lugar a dudas: es a la vez presente y ausente.²⁹ Presente porque resulta perfectamente operacional; ponerlo en circulación produce efectos de realidad altamente beneficiosos: el buen desenlace del reparto y el reflujó de la violencia que amenazaba. Pero ausente también, en múltiples sentidos. Diremos primero que este camello escapa a todo anhelo; nada puede apropiárselo, ni los herederos (imaginamos el escándalo si uno de los hermanos se lo adjudicase), ni el juez (sería incongruente imaginar que éste tenga un criadero de camellos —y porque no de cabras y de gallinas, para otros litigios— en el patio trasero de su tribunal), ni incluso el padre muerto (la psicología de las profundidades y la antropología del sacrificio nos recuerda que esta fantasía delirante causa no obstante estragos). Pero también está ausente en segundo grado, teórico, en sentido que la parábola misma resiste a toda explicación definitiva. Como un enigma con función de iniciación, la historia encierra un excedente de sentido que no agotaremos todavía— la aporía matemática abre la vía al imaginario interpretativo.

²⁸ Agradezco a mi colega Guillaume de Stexhe por haberme inspirado las reflexiones siguientes.

²⁹ Cfr. Sibony, D., *Entre-deux. L'origine en partage*, Paris, Seuil, 1991, p. 57: “lo simbólico llama el entre-dos, es el detonante del entre-dos”.

FRANÇOIS OST

Precisamente, una interpretación posible de este simbolismo consiste en subrayar que éste se inscribe —como lo habíamos sugerido respecto del juicio de Salomón— en una lógica positiva del “más está en ustedes”. Lanzando su camello imaginario en los canales del reparto, el Cadí amplía contrafácticamente la base compartible (se trabaja con base en “12” y ya no en “11”, para lograr distribuir 11 camellos reales, y no 10,0833 como en el testamento del padre)... ¡y funciona! La apuesta en el sentido, puente lanzado hacia lo desconocido, encontró una salida y forzó el paso. El “como si” del performativo jurídico provoca efectos benéficos, cuando la opción inversa era tan plausible. Como la segunda prostituta en el juicio de Salomón, hubiéramos podido entrar en una política de lo peor, detenernos a las previsiones negativas y encerrarnos en un guión violento y finalmente mortífero. Deteniéndose a la “letra” del testamento, el Cadí no hubiera actuado menos como hombre de derecho, pero esta maximalización del derecho no hubiera faltado en provocar más daños (*summun ius, summa iuiria*). Como es el caso en el campo de la educación y de la pedagogía, el juez tal vez no tiene otra opción que dar a los que llamamos “sujetos de derecho” una grandeza superior a la que es suya —por lo menos, la que se adivina en el primer examen. Única manera para él de traerlos a la “altura” de la posición necesaria para “superar” el conflicto que los mantenía prisioneros.

Esta apuesta positiva que, anticipando el futuro, lo hace suceder, se encuentra en las antípodas de la lógica friolenta de “más vale pájaro en mano que ciento volando”. En lugar de aferrarnos a los pedazos de camellos, aceptamos jugar el juego de la intervención de un tercero y tomamos el riesgo de un guión inédito (tomar prestado el camello del juez)—teniendo al final una conclusión que resulta benéfica para cada uno.³⁰

³⁰ Habría que evocar aquí la parábola de los talentos, otro texto a la lógica paradójica: a él que poco tiene, se le quita, y a él que más tiene, se da todavía más (Mateo, 25, 14-30). El mal servidor, que no tenía confianza en

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

IX. NOVENA LECTURA. ENFOQUE HERMENÉUTICO. LA ANTICIPACIÓN DE LA PERFECCIÓN

Regresemos una vez más a nuestros camellos, o más precisamente al testamento repartidor de camellos, y preguntémosnos sobre la más jurídica de las actividades: la interpretación —en este caso, la interpretación de las voluntades del testador.³¹ Estas, ya lo vimos, generan varias dificultades: sólo conciernen una parte de la sucesión, y generan la matanza de varios camellos. En estas condiciones, la decisión del Cadí se apoya en una lectura “optimizante” del testamento: consiste en darle un efecto útil ejecutándolo de la manera más razonable posible. Haciéndolo, el juez realiza la mayor convergencia posible entre la voluntad del testador y algunos principios racionales admitidos en la comunidad, tales como el principio de respeto de la vida, el principio de prohibición del despilfarro y el principio de afectación de todos los bienes.

Podemos ver en esta lectura optimizante del texto algo como la “regla de oro” de la interpretación. El teórico del derecho estadounidense Lon Fuller lo ilustra precisamente con un ejemplo sacado de la interpretación de las voluntades de un padre fallecido.³² Se trata de un inventor que, en el momento de finalizar su más reciente invento, siente que sus fuerzas se van y llama a su hijo a su cabecera. Sin embargo, fallece antes de haberle podido explicar la destinación de la invención y sin haber terminado los planes. Le

el amo, escondió finalmente el talento que había recibido, en lugar de hacerlo fructificar como lo hicieron los dos buenos servidores. Los talentos (a entender como símbolos de la fe) piden circular y ser puesto en práctica; podríamos decir “arriesgado” en el intercambio social —únicamente este riesgo asegura su multiplicación. Una multiplicación necesaria ya que, es siempre un poco más allá que se hace la recolección. (“El amo sega donde no había sembrado”).

³¹ Agradezco a Maris Köpcke por haberme sugerido las reflexiones siguientes.

³² Fuller, L., *The morality of law*, New Haven and London, Yale University Press, 1978, p. 85 y ss.

FRANÇOIS OST

queda al hijo entrar lo mejor posible en las vistas de su padre para dar “uso útil” a las maquetas en construcción y a los planes que les acompañan. Sin el prejuicio favorable según el cual todo eso “debía servir a algo”, “quería decir algo”, sin esta anticipación cooperativa respecto de un sentido útil y racional de la invención, el hijo no hubiera tenido, desde luego, posibilidad alguna de sacarle provecho.

Todo pasa como si (de nuevo un “como si”) el texto pidiera ser interpretado y reconstruido a partir de este prejuicio favorable. Umberto Eco expresa bien esta idea cuando dice que el texto es una máquina para fabricar su lector modelo y su autor modelo.³³ El lector modelo es el intérprete cooperativo, tal como nuestro Cadí, que sabe leer entre líneas, llenar los vacíos de la escritura, y remitir el texto a un autor modelo que *quiso* decir algo racional, útil, justo, o hermoso, según el contexto interpretativo en el cual nos situamos. Este “querer decir”, un tanto objetivado e idealizado, lo llama Eco *intentio operis*, la intención de la obra (aquí un texto a vocación jurídica), a distinguir del *intentio auctoris* (la voluntad subjetiva del autor que puede estar por debajo de este ideal por razones contingentes: error o perversidad, como lo supusimos en nuestro caso).³⁴ Es este *intentio operis* que orienta el proceso interpretativo y que, como un sésamo, da acceso al texto y acaba con sus principales dificultades.

En su vocabulario propio, H.-G. Gadamer, otro representante importante de la corriente hermenéutica, habla de *Vorverständnis*, de pre-interpretación o de prejuicio fecundo que el interprete debe aceptar (de hecho, como jurista, no tiene elección, es aquí el punto de vista interno que le es designado) para ser “al buen entendedor pocas palabras”.³⁵ Pero el interprete no está alienado por esta pre-interpreta-

³³ Eco, U., *Les limites de l'interprétation*, trad. par M. Bouzaher, París, Grasset, 1992, p. 41.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Gadamer, H.-G., *Vérité et méthode*, trad. par E. Sacré, París, Seuil, 1976, p. 69.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

ción que postula la plenitud del texto (Gadamer habla de “anticipación de la perfección”);³⁶ en un segundo tiempo, no falta en enriquecerlo tomando en consideración las particulares del caso concreto y del contexto.³⁷ Así se cierra el famoso “círculo hermenéutico”: la pre-interpretación permite tomar el caso (su codificación, su calificación) en una perspectiva reconstructiva, pero, a su vez, las particularidades de la situación no dejan de enriquecer el texto y volver a lanzar su proceso de interpretación.

Entre el movimiento de ida y vuelta del duodécimo camello (a la vez necesario e innecesario) y la situación aparentemente (pero sólo aparentemente) tautológica del círculo hermenéutico, hay más que una fortuita coincidencia: en ambos casos, se trata de un movimiento en espiral, abierto y fecundo. El duodécimo camello es como una imposición del juez, el clic que hace entrar a los hermanos en la ronda del círculo hermenéutico; basta entonces con anticipar la perfección del texto para que éste manifieste efectos tan benéficos como inesperados.

No hay, en esta operación, ni prestidigitación, ni magia excepcional; remite, en cambio, a la práctica cotidiana del oficio de juez quien, prestando oído a las partes, se posiciona para hacer justicia.* R. Dworkin pudo mostrar que era lo ordinario del juez-intérprete que esforzarse en reconstruir el sistema jurídico y los principios de la comunidad política “en su mejor momento”;³⁸ nosotros también hemos subrayado la recurrencia del argumento proveniente del

³⁶ *Ibidem*, p. 133.

³⁷ *Ibidem*, p. 172.

* En idioma original, el autor hacer un juego de palabra entre *prêter*, prestar, y *rendre justice*, que significa literalmente entregar la justicia pero comúnmente, hacer justicia [*N. de los T.*].

³⁸ Dworkin, R., *Law's Empire*, London, Fontana Press, 1986, cáp. VII.

FRANÇOIS OST

“postulado de racionalidad del legislador” en la práctica interpretativa de las cortes y de los tribunales.³⁹

X. DÉCIMA LECTURA. ENFOQUE SIMBÓLICO. EL TERCERO Y LA VENDA

La alegoría de la justicia (la espada, la balanza y la venda), así como la posición de tercero del juez, va a permitirnos, en esta décima estación, seguir con nuestra meditación. ¿Hemos subrayado lo suficiente la originalidad de la posición del Cadí? En esta historia de camellos de número insuficiente, de padre perverso y de hermanos pendencieros, ¿qué es lo que tiene que ver el juez, en verdad? El Cadí es perfectamente exterior, completamente ajeno. Y aún así, le toca arreglar el conflicto. Progreso considerable. En otros tiempos, el caso se hubiera arreglado en el rincón de una duna; Caín no tuvo tantos escrúpulos respecto de Abel. Sin duda, el verdadero acto de nacimiento del derecho se encuentra en este gesto con el cual los hombres dejan de hacerse justicia por sí mismos, y convienen, de un acuerdo común, confiar el arreglo del litigio a un tercero.⁴⁰ Un tercero... “este personaje que no lo es del todo”, escribe muy justamente A. Garapon.⁴¹ A la vez en la acción y fuera de la acción, ¿no es también él, como el duodécimo camello, presente y ausente, necesario e innecesario? Imparcial, como él —literalmente ajeno a las partes, y sin embargo, condición de posibilidad del reparto. A igual distancia de las partes, el tercero hace posible el intercambio al igualar los pro-

³⁹ Ost, F. y van de Kerchove, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruselas, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 411 y ss.

⁴⁰ Es la tesis del filósofo A. Kojève (*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, París, Gallimard, 1982, p. 191): “Una situación cualquiera se vuelve una situación jurídica únicamente porque provoca la intervención de un tercero. Asimismo, para entender el fenómeno jurídico, hay que analizar la persona de este tercero”.

⁴¹ Garapon, A., *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, París, O. Jacob, 1997, p. 100.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

tagonistas; desde ahí puede “triangular” sus relaciones gracias a su posición de exterioridad incluida. Mientras la pelea encerraba a los hermanos en un plan de dos dimensiones (que la malignidad del padre había sin duda contribuido a encerrar), el juez reabre el juego al introducir la tercera dimensión de la ley (aquí la del justo reparto, de la violencia descartada, de la vida respetada). Allí donde amenazaba la fusión mortífera, el juez reintroduce algo del “otro”, y así el lenguaje y el vínculo social.⁴²

Sabemos la utilidad del ritual judicial para crear las condiciones de la imparcialidad del tercero: un espacio en ruptura con el mundo cotidiano (el árbol de justicia, el recinto sagrado, el palacio de justicia), un tiempo procesal en ruptura con la duración habitual, una renuncia del juez quien al vestir la toga, endosa la persona alegórica del tercero imparcial que pretende ser, como si él también, tuviera que volverse un tercero. Como escribe H. Arendt, juzgar implica sustraerse del mundo, porque es “cerrando los ojos que uno se vuelve un espectador imparcial”.⁴³

Donde encontramos la alegoría de la justicia con venda —la venda, sin duda el símbolo más importante y menos entendido de la justicia.⁴⁴ Sin él, la espada sólo produciría una justicia brutal, poco diferente del talión, y la balanza sólo ofrecería un pesaje puntilloso, sin verdadera medida. En nuestro caso de camellos, vemos bien que es precisamente para escapar de la espada que los hermanos acuden al juez. La espada que hubiera cortado los camellos en pedazos y tal vez mañana armado la mano de los hermanos mismos. Y aún así, la espada es también necesaria a la justicia: la de Salomón que, para producir una justicia superior, finge cortar el niño; y la decisión del Cadí acaba tam-

⁴² Con mucha razón, A. Garapon hace el paralelo entre esta prohibición de hacerse justicia por sí mismo y la prohibición del incesto: en ambos casos, se trata de introducir del otro en su “entre sí” (*op. cit.*, p. 100).

⁴³ Arendt, H., *Juger. Sur la philosophie politique de Kant*, Paris, Seuil, 1991, p. 105.

⁴⁴ *Cfr.* Ost, F., “Justice aveugle, médias voyeurs”, *Juger*, 1996, pp. 24 y ss.

FRANÇOIS OST

bién por *trancher** pero suavemente, para desanudar la intriga, tras la intervención del duodécimo camello.

¿La justicia del Cadí sería entonces la de la balanza? Lo podríamos pensar, él que aparece como el experto en cálculo, el mago de las justas proporciones. Sin embargo, ya lo vimos, el estricto pesaje de las partes conduce a un resultado muy poco satisfactorio. La simple lógica de la balanza no nos arranca todavía de la contabilidad igualitaria del talión (“ojo por ojo, diente por diente”). A lo mucho producirá un juego a suma nula, donde lo que se gana es necesariamente retenido sobre la parte del otro.⁴⁵ Pero la justicia del Cadí no es de este especie: sin duda maneja con arte la balanza, pero le imprime también otra medida —ya no la del “toma y daca”, siempre demasiado corta respecto del desafío real del litigio (la paz social, el reconocimiento de los jugadores), sino más bien la de una apuesta sobre el más, que caracteriza los juegos cooperativos a suma positiva. Pero la venda es necesaria para anticipar sobre esta repartición inédita donde lo que cada uno gana no es obtenido en detrimento de la parte de los demás. El Cadí tuvo que olvidar las turbias motivaciones que presidieron al acto fallido del padre (la fracción de camellos faltante en el testamento), de manera similar tuvo que abstraerse de las invectivas de los hermanos (la arrogancia del primogénito, las recriminaciones del menor, etcétera) para imaginar una balanza que llenaría todos estos déficits.

XI. UNDÉCIMA LECTURA. ENFOQUE FILOSÓFICO 2.

JUZGAR: DESEMPATAR Y HACER TOMAR PARTE

Para esta undécima lectura, dejaremos nuevamente la (pen)última palabra a un filósofo. En un texto tan corto como profundo, que parece haber sido escrito para nuestra historia, Paul Ricoeur se interroga acerca de la finalidad del

* De nuevo la palabra *trancher*, a la vez cortar y decidir [*N. de los T.*].

⁴⁵ Agradezco a Massimo Vogliotti por haberme sugerido esta idea.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

acto de juzgar.⁴⁶ Al final de una suerte de fenomenología del juicio, distingue una finalidad corta “en virtud de la cual juzgar significa *trancher*, en vista de terminar con la incertidumbre”, de la cual opone una finalidad larga “eso es la contribución del juicio a la paz pública”.⁴⁷ En el primer sentido, la sentencia** pone fin a un debate, virtualmente interminable, con una decisión que se volverá definitiva con el fin de los plazos de recursos y con su ejecución a cargo de la fuerza pública. Haciéndolo, el juez cumple una primera función: habrá atribuido la parte que corresponde a cada uno, en aplicación del viejo adagio por el cual los romanos designaban el papel del derecho: *suum cuique tribuere*. El juez habrá atribuido partes o rectificado las partes indebidamente acaparados por uno u otro —en una palabra: habrá re-partido*** las partes. Asimismo, opera como una institución esencial de la sociedad que J. Rawls presenta precisamente como un vasto sistema de distribución de partes. En este primer sentido, juzgar es entonces el acto que separa, que desempata (en alemán, *Urteil*, juicio es explícitamente formado a partir de *Teil*, que significa la parte).

Pero el acto de juzgar no se agota en esta función separadora. Si es cierto que, más fundamentalmente, se produce en el fondo del conflicto social y de la violencia larvada, el proceso, y el juicio que lo cierra, han de perseguir una función más amplia, una alternativa institucional a la violencia, empezando por la violencia de la justicia que se hace uno mismo. En estas condiciones, sigue P. Ricoeur, “aparece que el horizonte del acto de juzgar, es finalmente más

⁴⁶ Ricoeur, P., “L’acte de juger”, *Le juste*, París, Ed. Esprit, 1995, pp. 185-192.

* De nuevo *trancher*, cortar y decidir [*N. de los T.*].

⁴⁷ Ricoeur, P., « L’acte de juger », *Le juste*, *op. cit.*, p. 185.

** El autor juega con la palabra *arrêt*, que remite a la vez a la idea de detenerse y a una decisión de justicia [*N. de los T.*].

*** El autor descompone la palabra *dé-partager*, que significa desempatar y que está formado a partir de la idea de repartir [*N. de los T.*].

FRANÇOIS OST

que la seguridad, *la paz social*".⁴⁸ No solamente la pacificación provisional que resulta de un arreglo impuesto por la ley del más fuerte, sino una armonía restablecida por el hecho de que un reconocimiento mutual se produjo: cada uno de los protagonistas, cual sea la suerte de su acción, debe poder admitir que la sentencia no es un acto de violencia, sino de reconocimiento de puntos de vista respectivos. A este nivel, nos elevamos a una concepción superior de la sociedad: no solamente un esquema de distribución de partes sinónimo de justicia distributiva, sino la sociedad como esquema de cooperación: por la distribución, pero más allá de ella, por el procedimiento, pero más allá de este, aspirar algo como un "bien común", que precisamente concretiza un vínculo social. Un bien, paradójicamente, hecho con valores eminentemente compartibles. En este punto, la dimensión comunitaria tomó el relevo de la dimensión procedimental, incapaz, ella sola, de conjurar la violencia.

En resumen, el *reparto* judicial es al mismo tiempo la atribución *de partes* (que separan) y lo que nos hace *tomar parte* a la misma sociedad, es decir lo que nos acerca.⁴⁹ De la repartición surge una propiedad emergente, más importante que la parte que le corresponde a cada uno: la concordia restablecida, la cooperación revitalizada. A eso se agrega también que la decisión no tiene vocación exclusiva de decir el derecho en el caso particular; a ella se relaciona también, poco o mucho, un valor de precedente para los casos futuros... ¿El duodécimo camello habrá tenido crías?

XII. DUODÉCIMA LECTURA

Así, llegamos, con la duodécima lectura, al final de nuestro periplo.

¿Duodécima lectura? La suya, obviamente, querido lector; la mejor, seguramente.

⁴⁸ Ricoeur, P., « L'acte de juger », *op. cit.*, p. 190.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 191.

EL DUODÉCIMO CAMELLO, O LA ECONOMÍA DE LA JUSTICIA

*
* *
*

... y para terminar, esta historia que relataba Edmond Jabés.

“¿Cuántos sentidos puede tener un versículo de la Escritura?”, pregunta un discípulo al rabino.

“Cada versículo del libro, contesta el rabino, puede tener hasta sesenta sentidos”.

“¿Y cuál es el verdadero?, inquiriere el discípulo.

“El sesenta y uno”, contesta el rabino.⁵⁰

⁵⁰ Al revés de esta historia que vuelve a abrir el juego de las interpretaciones, podríamos estar tentados, en el momento de concluir este breve estudio, de juntar las intuiciones principales, con el riesgo de allanar la inspiración y dejar ir lo esencial. Nos contentaremos aquí de algunas palabras. Recordemos primero lo adquirido: para calificar la decisión del Cadí, utilizamos las siguientes expresiones: aumento de la inteligibilidad por apuesta en la vida, cambio de nivel en relación con la simple igualdad del talión, paradoja, tercero excluido-incluido, astucia, ficción útil, “como si” performativo, “más está en ustedes”, apuesta en el sentido, círculo hermenéutico, anticipación de la perfección, tercero como personaje que no lo es completamente, mirada interior de la venda, condición de posibilidad del reparto, juego cooperativo de suma positiva, concordia como propiedad emergente del reparto... Tal vez sea posible desprender dos líneas de fuerza de este material. Por una parte, la idea del duodécimo camello como condición de posibilidad: fundamento presente/ausente, sería a la vez dentro y fuera del sistema, como la mancha ciega (la venda de nuevo) que permite ver, la casilla vacía que asegura el movimiento del juego. Por otra parte, se desprende la idea de apuesta, de postulado, de pretensión a la base del acto performativo: es la idea de *jump*, de salto en lo vacío, de primer paso (él que cuesta, pero también él que prueba el movimiento caminando; eso no es establecido... y no obstante “ça marche” (funciona).

Obviamente, podremos preguntarnos cómo diferenciar esta apuesta positiva (que se declina en términos de vida, de concordia, de justicia) de la apuesta negativa: el farol, la impostura, la mentira. ¿Cómo desempatar el juego a suma positiva, que agrega un camello, de la trampa que se roba uno? Aquí la pregunta relanzada, a meta-nivel ético. Para afrontar esta interrogación al cuadrado, ¿acaso necesitaremos un camello número cuarenta y cuatro?