

SUJETO Y SISTEMA. LAS TRANSFORMACIONES EN LA DOCTRINA DEL DERECHO SUBJETIVO DURANTE EL XIX

José Luis MUÑOZ DE BAENA SIMÓN

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

Palabras clave: Derecho subjetivo. Individualismo. Dogmática jurídica.

Key words: Legal rights. Individualism. Legal dogmatics.

RESUMEN

El presente trabajo rastrea, tomando como punto de partida el llamado *método de las estructuras de pensamiento*, la influencia de las doctrinas escotista y ockhamista en las transformaciones sufridas por la dogmática del siglo XIX. Jalones de dicha transformación son la doctrina de Windscheid sobre el derecho subjetivo y las doctrinas de Jellinek sobre los derechos públicos subjetivos y la autolimitación del Estado, así como la distinción de Laband entre ley en sentido material y ley en sentido formal. Esta *multiplicación de las distinciones formales* acaba por disolver el sujeto moderno en el sistema. Sólo un enfoque radical permite entender el sentido de la modernidad jurídica: la escisión escotista y nominalista entre objeto y sujeto es la que explica en última instancia el individualismo liberal (posesivo) y sus consecuencias jurídicas.

ABSTRACT

This work traces, departing from the method of structures of thought, the influence of the doctrines of Duns Scotus and Ockham in 19th Century dogmatics. Milestones of this transformation are Windscheid's doctrine on legal rights and Jellinek's doctrines on public legal rights and the self-limitation of the state, as well as Laband's distinction between the material sense of law and the formal. This multiplication of formal distinctions dissolves the modern subject in the system. Only a radical approach enables us to understand the sense of legal modernity: the separation made by Scotus and nominalism between object and subject is what in the final instance explains liberal (possessive) individualism and its legal consequences.

1. INTRODUCCIÓN

La presencia de elementos ideológicos¹ en las doctrinas generadas por la dogmática del XIX ha sido tan resaltada, que sería imprudente insistir en ese punto. Mi intención es otra: mostrar que dicha dogmática oculta estructuras de

1. Utilizo este término en el sentido que lo opone a la pretensión de conocimiento cierto, objetivo, neutral y universal.

pensamiento filosóficas y políticas cuyo examen atento nos muestra continuidades sorprendentes. No puedo abordar aquí ni siquiera una pequeña parte de ese trabajo, ya en curso²; me limitaré a exponer, a modo de ejemplo, algunos de sus desarrollos con respecto a las doctrinas más reveladoras de la ideologización de la dogmática.

Comenzaré por lo evidente: los intentos de explicación dogmática del derecho subjetivo traslucen una oposición, presente durante todo el siglo XIX, entre lo privado y lo público. Pero esa oposición, lejos de ser elemental (lejos, aún más, de poder ser resuelta en algo así como el avance inexorable desde el iusnaturalismo al positivismo), trasluce otras más radicales: *subjetividad-objetividad*, *voluntad-norma*, *política-derecho*, *psicologismo-normativismo*, *empirie-necesidad lógica*, *legitimación-tecnificación*, *dualismo-monismo*. Todas ellas revelan un intento de neutralizar la carga ideológica que acompañaba a la doctrina revolucionaria del iusnaturalismo, pero también algo más profundo: el giro hacia el *sistema* de una teorización que desde el fin de la Edad Media se había centrado en el *sujeto*, giro que afectó decisivamente al discurso sobre los derechos.

El tratamiento que la dogmática civilista del XIX dio al derecho subjetivo ha hecho célebre la definición de Windscheid, que lo consideraba un “poder de la voluntad” (*Wollendürfen*). Es tópica la invocación a Kant como fundamento de esta postura, que es como decir al modelo liberal de sociedad y Estado. Pero no es el fundamento concreto (voluntad o interés) el que aquí trataré, sino el sentido de los argumentos que la dogmática utiliza. Intentaré ir más allá, viendo continuidades donde se suele hablar de cesuras. Ello me llevará, en apariencia, innecesariamente lejos: a la crisis de la filosofía medieval a finales del siglo XIII.

2. LAS POSICIONES ESCOTISTA Y OCKHAMISTA COMO ANTECEDENTES DE LA SUBJETIVIDAD MODERNA

La postura escotista supone, aún antes que la ockhamiana, la matriz del pensamiento moderno: la célebre distinción formal *a parte rei* supone un *tertium genus* introducido entre las distinciones aristotélicas de razón y real. André Muralt lo resume en estos términos:

...al llevar lo que el aristotelismo llamaba la distinción de razón razonada o la distinción virtual a una cierta distinción real en las cosas, es decir, a la famosa distinción formal *ex natura rei*, se pretende garantizar la correspondencia per-

2. Me refiero al proyecto conjunto que desarrollan varios profesores de la UCM y la UNED, y que pretende investigar las raíces escolásticas de la totalidad de los desarrollos conceptuales de la modernidad, la imposibilidad de hablar de una cesura entre *los antiguos* y *los modernos*; jalones de ese itinerario son los trabajos de los profesores Díaz-Otero (+), Gómez, Muínelo, Olivas y Utrera citados a lo largo de este texto. Agradezco particularmente al tercero de ellos la valiosísima ayuda que me ha prestado en la explicación del escotismo.

fecta y casi término a término de las formas conceptualmente consideradas por el intelecto y de las formas existentes en la realidad. A cada noción formalmente considerada corresponde así adecuadamente un cierto ser: *omni entitati formali correspondet adaequate aliquod ens*. Y Duns Escoto no se contenta con decir que las nociones que el aristotelismo consideraba como unas realmente, es decir, distintas virtualmente en la cosa, son ya actualmente varias en la cosa, es decir, formalmente distintas *ex natura rei*, con anterioridad a la operación de la inteligencia, sino que añade que las entidades que el aristotelismo consideraba como distintas realmente en la cosa, aunque no separables una de otra, como la materia y la forma unidas inmediatamente por sí en el compuesto sustancial, son separables realmente, si no separadas efectivamente (de Muralt, 1991: 86 y 87).

Esta pluralidad de formas rompió la unidad que, en el aristotelismo, vinculaba trascendentalmente la materia y la forma (en la sustancia física) y el sujeto y el objeto (en el acto de conocer), unidad que nos ha llegado a través de la doctrina hilemórfica aristotélica. La *unidad de materia y forma* que se hallaba presente en la concepción aristotélica de la sustancia física fue de este modo sustituida por una nueva unidad que *no sería ya unidad por sí, sino de orden. De este modo, la unidad sustancial quedaba salvada únicamente merced al papel completo que su forma ejercía sobre todas las demás.*

“...El léxico puede variar algo: Descartes puede hablar de realidad, Spinoza de esencia formal u objetiva, pero la continuidad terminológica es evidente.

Además, la argumentación es en ambos lados estructuralmente la misma. La filosofía moderna no ha parado hasta encontrar el medio de garantizar la correspondencia necesaria de la realidad o esencia objetiva de la idea, con la realidad o esencia formal de la cosa ideada. Descartes en las *Meditaciones Metafísicas*, Spinoza en el *Tratado de la reforma del entendimiento* y en la *Ética* y Leibniz en la casi totalidad de sus obras, proponen soluciones a esta dificultad que, aunque difieren ciertamente por el tema, coinciden con la estructura de pensamiento llevada a cabo por Escoto” (de Muralt, 1991: 93).

Esto supone la diseminación de las cosas en entidades formalmente distintas entre sí. El derecho, entendido al modo aristotélico, no era sino una *relación* trascendental entre personas y bienes, de modo que lo justo equivalía a lo jurídico, lo *a-justado*, sin que dicho ajustamiento requiriese la intervención de un principio, una forma independiente que lo operase. Esa concepción entró en crisis con la irrupción del escotismo, manifestando la necesidad del *tertium quid* que restaurara la unidad, la adecuación entre los términos de esa relación quebrada: *lo jurídico* y *lo justo*, cada uno de los cuales comenzó a ser objeto de discursos independientes. La posición ockhamista no hizo sino radicalizar la separación potencial entre el lenguaje y la cosa introducida por Escoto: pues la hipótesis nominalista de *potentia absoluta Dei* hacía posible que, si Dios así lo quisiera, el sujeto produjera “...un acto de conocimiento verdadero, independientemente, no sólo de la presencia, sino también de la existencia actual del objeto de ese acto

(...) habría, así, conocimiento verdadero, auténtico y legítimo, de una cosa que podría no existir” (de Muralt, 2002: 57 y 58). Esto lleva a buscar el fundamento del conocimiento cierto, ya *más allá, ya más acá de la relación sujeto-objeto*. Lo primero conduce al origen divino del poder político; lo segundo, al origen de éste en un acuerdo basado en la naturaleza humana.

En general, la posición ockhamista desemboca (con la excepción señalada de Hobbes) en el carácter teocrático del poder, pues la disolución de todo vínculo entre los sujetos y los objetos, el carácter arbitrario de toda forma, no permite encontrar *naturaleza humana* alguna. Por el contrario, las doctrinas pacticias suelen tener una impronta escotista, que permite instaurar un discurso sobre la *naturaleza racional humana* en la doctrina iusnaturalista clásica. El pacto social es un ejemplo privilegiado de ese *tertium quid* escotista a que antes me referí: una forma abarcadora o completa capaz de contener la multiplicación de ellas producida por la escisión de la antigua unidad política, informando la *materia* social. La manifestación más clara de dicho *tertium quid* fue en el mundo moderno la *ley*³. *La naturaleza racional humana surge tras la crisis del aristotelismo y no es, por tanto, su núcleo, como se ha sostenido tantas veces; pues su simple aparición, su constitución como objeto independiente de discurso, no es sino la reificación de una forma escindida que al independizarse causó, precisamente, la muerte de la estructura de pensamiento a la que pertenecía.*

Ese progresivo condicionamiento del acto de conocer por su instancia subjetiva marca, como es sabido, el comienzo de la *marcha triunfal* del sujeto en la filosofía occidental moderna, desde el *homo cogitans* cartesiano (de claro origen ockhamista⁴) hasta el Yo absoluto de Schelling y el Espíritu objetivo hegeliano. Es en el curso de esa marcha cuando se generan los *derechos naturales*, la forma más acendrada de la subjetividad moderna. En el XIX se produce una nueva crisis nominalista y la hipertrofia del sujeto desemboca en nuevas formas: el *metodologismo* y el *sistema*, que tienen como último referente al Estado. Es la inevitable parcelación de los saberes que el culto al método genera y exacerba (trasunto de una multiplicidad de formas) la que produce el despliegue, en el XIX, de nuevos *objetos formales*: el lenguaje, la economía, la vida, la historia⁵, los cuales se recortan sobre un fondo que los tenía como componentes sustanciales y, por ello, no necesitaba singularizarlos. Sin la comprensión del sentido de esas figuras —o, más claramente, de los motivos de que afloran sobre el fondo del que antes eran parte inescindible— no es posible

3. Obviamente, ésta ya no es producto de una supuesta ordenación de la razón humana hacia su fin, sino el producto de una voluntad con capacidad de imponerse.

4. Quebrado el orden natural, la única verdad es que *yo pienso*. La gran paradoja de la modernidad está servida: la omnipotencia de *Dios*, su carencia de límites, lo abole a favor de un *sujeto* que ha tomado su relevo del mismo modo en que, medio milenio más tarde, la expansión sin límites de ese sujeto deificado lo hará disolverse en el *sistema*.

5. Esa eclosión, típicamente nominalista, se produce desde el XIX. Como antes dije, el escotismo había conservado, después de todo, una cierta referencia a la cosa; el nominalismo, nuevamente triunfante durante ese siglo, había reificado el mismo *a parte rei* en una multitud de formas sin unidad de orden, disolviendo todo referente real en el hecho mismo del lenguaje.

la de la dogmática. Pues tras la capacidad de todas ellas para representar lo real no hay un progreso del *conocimiento jurídico* (como Foucault denunció lúcidamente), sino una *voluntad* del sujeto cognoscente de privilegiar una forma en cada circunstancia, con reducción a ella de todas las demás.

3. LA REDUCCIÓN FORMALISTA DE LA DOGMÁTICA

Precisamente la visión habitual de la ciencia jurídica es, durante todo ese siglo y parte del XX, resultado de una de esas reducciones: es formalista, hace abstracción del contenido (“dogmático” y, por tanto, variable). Por eso durante el XIX emerge la forma denominada *derecho subjetivo*, que *también* (como la propia “naturaleza humana”) *estaba allí, aunque no la viéramos*; pues no era sino la estructura lógica que permitía a los derechos naturales singularizarse frente a la extinta ley natural. Y emerge a modo de un trascendental (en sentido kantiano) a toda forma de juridicidad, del cual se hace pender todo el sistema conceptual, que emanaría de dicho concepto mediante deducciones lógicas (Puchta, 1845: 27).

Pero, desde Aristóteles, la lógica también ha mudado su papel. Ya no es la forma de todo discurso, la posibilidad misma de éste, sino algo más preciso: una forma reductora, reificada por el racionalismo que, en la materia que nos ocupa, había alcanzado el paroxismo con el sistema de Pufendorf. La forma logicista había sido la dominante en el ámbito jurídico (como lo fue, con Spinoza, la geométrica en el ámbito ético) y el advenimiento de los movimientos codificadores y de la Revolución habían mostrado su aparente idoneidad para cumplir con respecto al derecho positivo el mismo papel que había desempeñado con respecto al natural. La forma logicista es, en este sentido, *ideo-lógica*, no neutral, un pretexto idóneo para realizar el fin, nada inocente, que le cumple históricamente: evacuar, con su pretensión de forma excluyente, la carga ideológica de una juridicidad de cuño contractualista que es producto señalado de la subjetividad moderna y, como tal, arranca de una sana desconfianza ante un poder no legitimado. Pues, como mostró Adorno, si algo caracteriza al pensamiento burgués es el miedo a la emancipación que él mismo había alentado, el temor a que los mimbres (siempre hipotéticos e inestables) con que había urdido el nuevo orden se deshicieran.

“A la sombra de la imperfección de su emancipación, la consciencia burguesa tiene que temer ser anulada por una más progresista; barrunta que, puesto que no es toda la libertad, sólo produce una caricatura de ésta; por eso extiende teóricamente su autonomía al sistema, el cual, al mismo tiempo, se asemeja a sus mecanismos coactivos. La ratio burguesa emprendió la producción a partir de sí del orden que desde fuera había negado. Pero éste deja de ser tal en cuanto producido; es, por tanto, insaciable. El sistema era tal orden de forma absurdo-racional; algo puesto que se presenta como ser en sí. Tuvo que trasladar su origen al pensar formal separado de su contenido; no de otro modo podía ejercer su dominio sobre el material. En él el enfoque interfería con su propia imposibilidad; ésta precisamente condenó a la historia temprana de los sistemas modernos a la

aniquilación de cada uno por el siguiente. La ratio que, para imponerse como sistema, eliminaba virtualmente todas las determinaciones cualitativas a las que se refería, incurrió en una contradicción irreconciliable con la objetividad, a la cual hacía violencia pretendiendo concebirla” (Adorno, 1966: 31).

Ese miedo se conjura disolviendo todo deseo de emancipación ulterior en una sedicente juridificación (neutralización) de lo político que conduce a un *sistema de conocimiento* supuestamente sin pretensiones de tipo ideológico. Un sistema que, al pretenderse cerrado y autosuficiente, genera sus propias figuras y atrapa o redefine las preexistentes⁶. *Los conceptos de la teoría general, entre los cuales figura de modo señalado el derecho subjetivo, se disuelven necesariamente en relaciones entre los términos del campo teórico; en realidad, no son nada fuera de esas relaciones.*

Las figuras de la TGD, aprisionadas en esa retícula, sólo tienen sentido integradas en una *clasificación*. Son producto de sutiles relaciones mutuas que las definen por *contraposición*, es el sistema quien les proporciona su unidad (Hernández-Gil, 1979)⁷. Un concepto se define por el otro y nada es sin él; dada la factura lógica de tal oposición, puede sostenerse que agota los términos del campo, pero no debe olvidarse que el campo mismo en el que tales oposiciones se dibujan puede rediseñarse a una escala diferente en función de la óptica (la distinción formal) adoptada. En la TGD los términos se agrupan y reagrupan de forma que *lo que resulta fenoménico para algunos es esencial para otros, y viceversa*. Por ejemplo, si aceptamos que el concepto de derecho subjetivo es prescindible, habremos de replantear plenamente conceptos como norma primaria, norma secundaria, imperativo... Para un negador del derecho subjetivo, lo jurídico habrá de ser esencialmente sancionador, lo que conduce a considerar primarias a las normas que establecen la sanción (no a las que establecen u otorgan derechos; ni siquiera a las que contienen prohibiciones) y destinatarios de las mismas a los funcionarios (no a los ciudadanos)⁸. No es una cuestión relativa *al contenido de las figuras*, sino a *las figuras mismas y a su posición relativa en el sistema que las engloba y al cual se reducen*. Lo cual vale para cualesquiera de ellas: el imperativo, la directiva, el

6. El derecho civil tenía más de dos milenios, pero la dogmática no aparece hasta el XIX; los romanos conocían formas contractuales muy complejas, pero la teoría del negocio jurídico es savigniana.

7. En el circunstanciado estudio de este autor sobre Savigny pueden intuirse las raíces del problema: la pretensión de construir el sistema como un entramado de conceptos al margen de lo real, pretensión común a los iusnaturalistas (dado su método *more geometrico*) y a los kantianos (debido a su sustitución de la naturaleza por el sujeto cognoscente). Unos y otros pesan sobre el autor alemán, pese a su declarado historicismo orgánico. Igualmente en Schiavone, 1984: 59.

8. La crítica de Kelsen contra el positivismo decimonónico se traduce en uno de estos ajustes, llamado a simplificar oposiciones (derecho subjetivo-derecho objetivo, Estado-derecho...) que sitúan lo esencial de la dogmática precisamente en lo que, según él, trata de superar: los restos iusnaturalistas.

cuasimandato.... Si el derecho natural del racionalismo clásico es una imputación del *sujeto*, el derecho subjetivo lo es del *sistema*.

Esta sumisión al sistema dota a las figuras de la TGD de una cierta inestabilidad: constantemente definidas y redefinidas unas en función de otras, como los *trompe-l'oeil* surrealistas o ciertas imágenes de Escher, vemos una u otra, pero no podemos verlas ambas al tiempo, pues aceptar una supone negar la otra. Funcionan como dióscuros. Y esto puede decirse, en el límite, incluso de aquellas que se pretenden trascendentales al pensar jurídico, como el derecho subjetivo (Muñoz de Baena, 1992).

En los términos que estamos manejando, ese predominio se debe a que el derecho subjetivo construido por la dogmática decimonónica sustituye la unidad de materia y forma⁹, que lo hacía innecesario, por una forma *a priori* que hace abstracción de la materia, de la carga ideológica del iusnaturalismo revolucionario: recordemos la postura de Savigny sobre la relación jurídica y el derecho subjetivo, que se articula en torno a esa misma contraposición (Gómez, 2001: 186 y 187). El derecho subjetivo es el rey del nuevo universo jurídico autorreferente, la técnica que permite, mediante el recurso a una *voluntad* abstracta, reificada¹⁰, vincular una *materia empírico-psicológica* (los deseos e intereses de los sujetos¹¹) y una *forma jurídica* (los medios para su satisfacción): *lo que no puede entenderse si ambos no han sido, a su vez, previamente escindidos y reificados hasta tratarlos como entes reales. Como si tanto uno como otro ámbito no estuviesen, a su vez, hechos de un entretejimiento continuo de materias y formas*. Se trata, pues, de una hipóstasis de la forma "...como constitutivo del concepto de 'ciencia'. La 'forma' es el dios escondido de la nueva razón jurídica" (Schiavone, 1986: 60). Siempre hemos de vérnoslas con dioses, escondidos o no; con reificaciones (*deificaciones*), con abstracciones, formas multiplicadas, formas de formas.

4. LA IRRELEVANCIA DE LA POLÉMICA VOLUNTAD-INTERÉS

Volvamos al principio. La invocación por Windscheid de la voluntad como "objeto", "contenido" o "materia" de la "forma" en que consiste la protección jurídica es como no invocar nada: la voluntad es un término psicológico y ético del que sólo puede interesarnos, en este contexto, su re-construcción *normativa*... Y ésta es una reificación, una objetivación del hombre concreto que se traduce en pura voluntad *imputada*, en suma, pura petición de objeto. Ya en su día se censuró

9. Dentro de la cual el propio derecho subjetivo carecía de sentido, pues la ausencia de escisiones y reificaciones no había hecho aflorar la *idea* de subjetividad y, con la exacerbación de ésta, la necesidad del sistema.

10. Correlato de una subjetividad a la que he denominado, en otro lugar, *estilizada*, en el sentido de progresivamente apartada del sujeto concreto (Muñoz de Baena, 2004: 111).

11. La propia contraposición de uno y otro es errónea: no hay interés que no sea reflejo de una voluntad.

(Thon, 1878) que dicha invocación a la voluntad como fundamento del derecho subjetivo chocaba con los límites marcados por la capacidad de obrar¹². Otra vez la relación entre figuras, la continua posibilidad de reajuste del panorama, de aparición del *trompe-l'oeil*. *La voluntad legisladora del sujeto, marco insoslayable de la razón práctica, se impone aquí incluso en contra de sus determinaciones concretas*. Mantener una tal fundamentación, pues, obliga inmediatamente a recurrir a la construcción *ad hoc*. El problema no es que cualquier voluntad sea, para el derecho, una redefinición normativa y no un fenómeno empírico (todo el mundo estaría de acuerdo en esto); sino que esa voluntad re-construida debe tener una sustancia, no ser meramente ficcional. O, por decirlo pedestremente, *el sujeto debe poder saber lo que quiere*. Y eso no siempre ocurre: como observó Thon en su crítica a Windscheid, es la norma jurídica la que define (*¡normativamente!*) esa voluntad, lo cual deja en segundo lugar el contenido de ésta¹³. Puesto que es la ley la forma última (recordémoslo: el *tertium quid* capaz de unir lo escindido), la forma de formas que evita la dispersión y fundamenta el fundamento que llamamos derecho subjetivo¹⁴.

5. LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

La celeberrima doctrina de los derechos públicos subjetivos, de Jellinek, se presenta como un intento de juridificar el Estado y eso hace fácil imaginar a sus adversarios: las adherencias iusprivatistas, personalistas, psicologistas de la doctrina del contrato social y el jacobinismo post-revolucionario (Muñoz de Baena, 2002: 117). Nuevamente, reducir el fondo del asunto a un aspecto de la evolución de la ciencia jurídica (algo así como, recordemos, “el lento avance de los derechos humanos desde el iusnaturalismo al positivismo”) sería simplificarlo, como lo sería, por ejemplo, constreñirla a “un episodio del despliegue histórico de la lucha de clases” (es, desde luego, eso; pero es a la vez muchas más cosas)¹⁵.

12. En similar sentido, Kelsen.

13. *Zum Rechte des Geschützten wird das Eigenthum erst, soweit die Rechtsordnung aus einer Verletzung der Norm dem Geschützten einen Anspruch gewährt (...)* Ansprüche des Eigenthümers sind aber nur diejenigen, welche auf Erzwungung der den Sachgenuss schützenden Imperative gerichtet sind” (Thon, 1878: 177 y 178; resaltados en el original).

14. “Se cae así en el *legalismo* típico del pensamiento jurídico moderno, al confundir la forma propia del derecho con la ley, pues esta última es la que garantiza o representa la unidad o principio de la pluralidad de formas en la que se disgrega a partir de ahora la unidad real del derecho, como consecuencia de la distinción formal...” (Muñelo, 2005: 312).

15. El radicalismo post-revolucionario tampoco debe ser sobreestimado: ya en la Declaración de 1795, el genérico deber de obediencia contractualista se trasmuta en “...discursos sobre los ‘deberes’ de los ciudadanos (...) La inversión es total y completa. El buen orden político no se rige por la creatividad de las masas sino por su obediencia. El espacio político toma el lugar del espacio social” (Díaz-Otero-Olivas, 1997: 133).

Por eso la doctrina de Jellinek sobre los derechos suele ser enfocada a la luz de su concepción de la autolimitación (*Selbsverpflichtung*) del Estado: la especulación sobre los fundamentos del poder del Estado, de su legitimación y sus límites, es inseparable de la génesis de las doctrinas sobre los derechos. Y esto no cambia con el advenimiento del positivismo jurídico; las transformaciones en la estructura del discurso son mínimas, al menos desde el punto de vista epistemológico.

El discurso iuspositivista que alienta en la construcción del autor alemán se articula en torno a la reducción de la subjetividad a uno solo de sus modos: el *sujeto estatal*, que ya se anticipaba con claridad a finales del XVIII (Fichte, 1796: 222):

“...el Estado mismo se convierte en el estado natural del hombre, y sus leyes no deben ser ninguna otra cosa salvo el derecho natural realizado”.

Mediado el XIX, este *desideratum* se llevó a cabo hurtando todo planteamiento legitimador bajo el artificio (la *forma reificada*) de la *voluntad general*, que da lugar a la aparición del Estado; una vez establecido éste, que da por supuesto la existencia de aquélla, volver a la cuestión de la legitimación (y a su consecuencia más inquietante, la posibilidad de *retrocesión* del poder) carece de sentido: dicho discurso está ya resuelto en el *marco* en el que se plantea. Y esto es lo que hace Jellinek, quien resuelve la aparente contradicción del hecho de establecer límites al poder soberano afirmando que *el derecho subjetivo no es anterior al Estado, independiente de él, sino su producto*; la transmutación de la *societas* en Estado vacía de sentido lo político, siempre empírico y prudencial, y lo arroja fuera del ámbito del discurso jurídico, como si la criatura se independizara de su progenitor. Lo político queda así evacuado del discurso, convertido en una suerte de frontispicio, en las palabras iniciales que, al constituirlo y hacerlo posible, justifican todo cuanto viene después so pretexto de la inexorable evolución de la técnica jurídica¹⁶.

Se trata de una nueva manifestación del *predominio de la forma sobre la materia*: el desplazamiento del centro de imputación desde el sujeto (que había alcanzado el cénit filosófico, tras el sujeto trascendental kantiano, con el Yo absoluto de Schelling; que había llegado a la plenitud política con la *volonté générale* de Rousseau) hasta el Estado, Espíritu objetivo hecho juridicidad en Hegel que, recordémoslo, suponía “la *autoconciencia* particular elevada a su universalidad”, de modo que “...el Estado es lo *racional* en sí y para sí” (Hegel, 1820: 678 y 679). Abandonado el hombre concreto, transmutado continuamente en el pensamiento contractualista bajo las formas más diversas (pueblo, ciudadano), se retorna ahora a una figura hartamente familiar: el *súbdito*. No otro era el propósito de Hegel cuando negó la posibilidad de fundar el Estado en categorías iusprivatistas

16. Este aspecto encontró, sólo unos años después, su tratamiento más adecuado en una teorización como la weberiana, a la que Luhmann dio cumplida culminación con su visión sistémica.

(Hegel, 1820: 288); una negación que se encuentra asimismo en Jellinek (Jellinek, 1900: 48). También la concepción de la ley (cuyo formalismo denosta Hegel en Kant y en los historicistas) se transforma: muy certeramente, Hegel ve grandes similitudes entre el formalismo jurídico kantiano y el formalismo dogmático de Fries y Savigny, que sabe causantes de una común reducción de la ley a la subjetividad (Schiavone, 1984: 71 y ss.). La ley sólo puede concebirse, al modo hegeliano, como superadora de esa escisión entre la forma y el contenido, entre la universalidad y la determinación, a favor de un Estado que se atribuye funciones de dirección completa de la sociedad civil. Ese es el paso decisivo: la superación de la moralidad en la eticidad¹⁷, el advenimiento del *espíritu verdadero*, supone un paso más en la reificación a que vengo refiriéndome, al ontologizar y reificar Hegel lo que Kant mantuvo en el plano epistemológico, con el resultado de una total desaparición (abstractiva, neutralizadora, juridificadora) de la moralidad del sujeto concreto en favor de la eticidad de la ley; en suma, de la evacuación de todo contenido antropológico y, a la larga, de la acción social y política misma (Fuentes, 2001: 62 y ss.).

Con ello, el sistema avanza triunfante. Un sistema, lo he dicho anteriormente, que es a la vez de conocimiento y de poder. Acaso sean Adorno y Horkheimer quienes, entre nuestros contemporáneos, más lúcidamente han diagnosticado el modo de desenvolverse de aquél: la imparabable *abstracción* que convierte todo en fungible a través del valor de cambio, de la racionalidad científico-tecnológica. En estos dos ámbitos se ordena, se clasifica, se iguala. El Estado, versión hegeliana del sistema, disuelve la conciencia moral en la eticidad, abstracción sobre abstracción, sujeto reificado que ha perdido toda referencia al hombre concreto.

Por tanto, aunque el sistema de poder predicho por Hegel se materializó, el formalismo no desapareció del sistema de conocimiento. En su *Crítica de la Filosofía del Estado de Hegel*, Marx arremete precisamente contra él acusándolo de pasar del “formalismo del Estado” al “Estado como formalismo” y elevar sobre esto un contenido material propio, una nueva teleología que no hace sino suplantarlo, jesuíticamente, los fines reales del Estado, eliminando toda mediación posible:

“La burocracia se tiene a sí misma por el último fin del Estado; y como hace de sus fines ‘formales’ su propio contenido, constantemente está entrando en conflicto con los fines ‘reales’. Por tanto, se ve obligada a hacer pasar lo formal por el contenido y al contenido por lo formal (...) La ciencia *real* parece vacía, la vida real muerta, toda vez que este saber y vida imaginarios pasan por lo real” (Marx, 1843: 120 y 121).

17. “El mundo *ético viviente* es el espíritu en su *verdad*; tan pronto como el espíritu llega al *saber* abstracto de su esencia, la eticidad desciende a la universalidad formal del derecho” (Hegel, 1807: 261).

Pero, además, esta sustitución se da en todo el sistema, tanto en el ámbito del saber como en el del poder. La *jurisprudencia superior* de Ihering, posterior a la muerte de Hegel (correlato perfecto de la forma estatal de la segunda mitad del XIX, instrumento imprescindible de su dogmática) es modélica en ese sentido y hace pequeños todos los excesos que aquél había denostado en Savigny: pretende conseguir un *orden sistemático de la materia* que parte de la necesidad de la abstracción y posterior clasificación para definir el sentido de cada término en función del lugar que ocupa en ella¹⁸.

Ambas formas reificadas (el sujeto estatal trasmutado en forma burocrática que vemos en el primer caso, el sistema cognoscitivo formalista que aparece en el segundo) podemos reconocerlas como la primera y tercera posibilidades abiertas por la crisis del XIII, que de Muralt enumera a la perfección:

“La filosofía de la representación y de la conciencia puede, bien tratar de reducir el *cogitatum* al *cogito*, si no al *ego*, según todas las variedades del idealismo trascendental, subjetivo o intersubjetivo, y *abandonar definitivamente la referencia a un real independiente*; bien, por el contrario, convertirse, por una conversión radical —como la *Kehre* heideggeriana—, en una onto-logía en la que el discurso humano es el ser-revelado del ser mismo, apareciéndose en, por y a sí mismo; o bien por último, renunciar a reducir uno de los términos de la intencionalidad al otro, y constituir, según el modelo de la *suppositio* medieval, un *simbolismo lógico que permita al lenguaje sustituir operatoriamente a lo real*” (de Muralt, 1991: 69; los resaltados finales son míos).

Durante la segunda mitad del XIX, pues, la construcción del Estado contemporáneo desdibujó aún más la figura del sujeto individual en ese juego de posiciones relativas sobre el que se dibujaba la dogmática (y que, pese a sus pretensiones de resumir toda forma de racionalidad, no hacía sino reflejar el discurso jurídico-político imperante). La primacía pasó así al *deber*, categoría que recuperaría más tarde Kelsen. La subjetividad jurídica pasaba a explicarse como una mera creación del orden jurídico: no como una *sustancia*, sino como una *forma jurídica*, la forma de la ley¹⁹. Como hemos anticipado y aún veremos, esa forma estaba destinada a abstraerse dramáticamente de su contenido necesario con el advenimiento de las perspectivas dualistas generadas en la doctrina alemana del derecho público.

18. “Jeder systematische Fehler ist das Produkt und zugleich die Quelle einer mangelhaften Erkenntniss des Gegenstandes, ein falscher Wegweiser, und so lange die Wissenschaft noch die rechte systematische Stelle für den Gegenstand nicht gefunden, hat sie ihn auch noch nicht recht begriffen, denn begreifen heisst nicht, den Gegenstand bloss an und für sich erfassen, sondern auch in seinem Zusammenhange mit andern” (Ihering, 1858: 20). Sobre la *construcción* en Ihering y autores cercanos, Hommes, 1965.

19. Latorre observa, en su magnífica obra sobre el derecho subjetivo, que la distinción entre *derechos del hombre* y *derechos del ciudadano* se desvanece en Jellinek, lo mismo que la distinción entre *subjetividad jurídica* y *ciudadanía* (Latorre, 1996: 168 y ss.).

6. LA DISTINCIÓN ENTRE LEY FORMAL Y LEY MATERIAL

Un ejemplo cualificado del sentido oculto de la “juridificación de los derechos”, de su absorción por el Estado, es la utilización que de ellos se hace en la célebre distinción de Laband entre ley en sentido formal y ley en sentido material. Como es sabido, Laband distingue *legislación* (mediante la cual el Estado *prescribe jurídicamente*: se trata, pues, de una *Rechtsanordnung*) y *administración* (mediante la cual el Estado *actúa*: es el caso de la actividad jurisdiccional y de la administración en sentido material). La segunda categoría, que afecta al derecho público en su conjunto (incluido el constitucional), se caracteriza por su falta de referencia directa a los derechos de los súbditos. Sólo la ley en sentido material ha de someterse al control parlamentario: lo demás son meras actuaciones *ad intra* de la administración, que no constituyen propiamente derecho (Laband, 1878: 21 y ss.)²⁰.

La teoría labandiana se compone en términos dualistas, como lo es el mundo burgués al que se dirige, asentado sobre la separación entre Estado y sociedad. Ese abierto dualismo (tributario del mismo modelo de sociedad que alumbró la Revolución, pero acaso menos reconciliado con él) contagia a las construcciones jurídico-políticas de la época; un auténtico paroxismo de las diferencias, que aparece cuando la doctrina de los derechos se *neutraliza y juridifica*. Y lo hace con paradójico resultado: en el discurso teórico no hay ya más que un derecho, el derecho positivo, frente a la teorización del XVIII sobre los derechos naturales. Una vez eliminado el dualismo en el plano jurídico con el recurso a la categoría de lo dado, lo puesto (recordemos: de esa *forma completa* que es la *ley*), reaparece en otro estrato más profundo, aquel en el cual se hacen patentes las fracturas anticipadas a que antes me referí: *explícita o implícitamente, el dualismo de Laband contrapone forma a materia, externo a interno, jurídico a empírico y, cómo no, jurídico a político*²¹.

Esto quiebra la solidez y univocidad que presentaba la construcción jurídico-política de la ley. Efectivamente, en la concepción francesa post-revolucionaria puede hablarse hasta cierto punto de que la materia, el cuerpo social (o la parte de él que es políticamente relevante) se *informa*, en sentido gnoseológico. Por eso es monista: el mejor ejemplo es la concepción jacobina de la ley. La clave es el recurso a la construcción de una *volonté générale* que supone el acuerdo de todos con todos, dentro de una estructura conceptualmente iusprivatista (el contrato social): el resultado es un *cuerpo* político autónomo, cuya voluntad es siempre lo bueno. Los derechos quedan subsumidos en esa voluntad y es inconcebible que

20. V. asimismo al respecto el estudio introductorio de A. Rodríguez Bereijo “Laband y el derecho presupuestario del imperio alemán” (Laband, 1878: IX-LXXIII).

21. Lo que no es de extrañar: la dualidad que subyacía a todas las demás, la existente entre el Estado y la sociedad, no hacía sino traslucir la tensión que se daba entre el principio democrático y el estamental, que defendían Laband y sus patrones. Una dualidad denunciada por Marx (Marx, 1843:153).

la forma legal no los defienda: en el jacobinismo no hay ni puede haber conflicto entre ley y derechos.

Por el contrario, cuando la doctrina dualista alemana va imponiéndose en aras de la “juridificación” del Estado, la separación de forma y materia vuelve a hacerse drástica, pues esa operación no es ya referida al cuerpo social, sino al Estado. Un nuevo sujeto, no menos construido y artificial que los demás, pues los materiales con que se elabora son los de su época y relativos a ella. El proceso de su juridificación es el de la aparente absorción de lo empírico-político-ético por lo jurídico, de la soberanía absoluta (ya sea la del monarca o la del parlamento) por la del Estado y el derecho.

Sin embargo, las adherencias persisten. Laband pretende (hegelianamente, como Jellinek) eliminar todas las huellas empíricas del Estado. Pero el sujeto que diseña desde una óptica iuspublicista, la *persona jurídica estatal*, está lastrado desde el comienzo, precisamente, por determinaciones “empíricas” (esto es, no jurídicas, no formales): pues resulta arbitrario distinguir entre cuestiones referidas directamente a los ciudadanos o no referidas a ellos, ya que unas y otras no pueden regularse por el Ejecutivo más que en el marco previo de leyes que le otorguen la competencia correspondiente. Luego *el intento de juridificar el Estado pasa por el de distinguir (tramposamente) entre sus actuaciones ámbitos de juridicidad o de no juridicidad, pese a que todos deberían suponerse tales constitutivamente*. Este retorno solapado al dualismo es comprensible: el intento de neutralizar la ideología iusnaturalista supone pagar un precio, la juridificación total, y eso supone, si se aborda coherentemente, sujetar plenamente al poder ejecutivo a la voluntad del parlamento. Un precio que el beneficiario de las reflexiones de Laband, el gobierno prusiano, no estaba dispuesto a pagar.

El intento de abstraer lo jurídico con respecto a lo político, convirtiendo a aquél en la forma de éste —intento que no es sino una huida, como antes hemos dicho, de cualesquiera determinaciones empíricas, psicológicas, realistas (Jellinek, 1892: 34 y 35)²²— paga un alto tributo por buscar categorías propias que lo desvinculen de las iusprivatistas que habían predominado hasta entonces. Pues el resultado es una *personificación del Estado* que, al basarse en un modelo dualista, cierra, por así decirlo, en falso, generando un auténtico demiurgo que repite, en muchos casos de manera sorprendente, los discursos acuñados desde el final de la Edad Media, con toda su enojosa carga “empírica” y “psicológica”: los límites de su voluntad, el principio de no contradicción...²³.

22. “Eine juristische Theorie muss eben die Erscheinungen des Rechtsleben erklären können: sie darf weder psychologisch, noch naturwissenschaftlich, weder empirisch, noch realistisch, sie muss vielmehr ausschliesslich juristisch sein”.

23. Con implacable lucidez, Marx había denunciado medio siglo antes las trampas ocultas, la trasmutación de una personalidad (la del sujeto de derecho abstracto) en otra (la personalidad del Estado) y, pese a ello, su contenido de desnuda voluntad *empírica* del monarca, “...de la *voluntad individual*, de la autodeterminación infundada, del capricho” (Marx, 1843: 94 y 95).

No acaba de verse, en fin, qué modifica sustancialmente el discurso iuspublicista de finales del XIX con respecto a sus ilustres precedentes. Queriendo *hacer visibles* los derechos con respecto a la ley, los somete al Estado (al que Laband encomienda, incluso, la misión de definir *ratione materiae* qué actuaciones los implican). *La doctrina genera así una distinción, perfectamente arbitraria, entre juridicidad y tecnicidad, que quiebra el carácter universal de la ley formal para constituir un espacio no-jurídico.* Queriendo liberar al Estado de toda determinación empírica²⁴, no hace sino librar a la persona jurídica estatal (*sic*) un espacio de libre actuación, de libre —¡libérrima!— voluntad. La *autolimitación* del Estado *genera* los derechos públicos subjetivos, si bien a costa de presuponer la “prejuridicidad” de aquél, su “deseo” (enojoso psicologismo) de autolimitarse; pero ¿qué podría impelerlo a ello, sino precisamente los derechos?

Dejemos aparte la enorme similitud de este problema con los que trataron los escolásticos del XIII y XIV a propósito de la *potentia ordinata* divina. Me limitaré a sugerir que la autolimitación del sujeto estatal a la que se refiere Jellinek es trasunto de la del sujeto moral en Kant y procede, como ella, de *potentia ordinata*²⁵; la unidad estructural del discurso se mantiene, sólo cambia en él la elección del sujeto cuya voluntad ha de ser refrenada. El Dios de Escoto y Ockham, el sujeto moral kantiano, el Espíritu absoluto conducen a una necesidad: la de que, tras la sustitución de una naturaleza reificada por una libertad que no lo estaba menos, se controle al sujeto a quien ha privilegiado de ese modo. Resulta curiosa la similitud entre este sujeto jurídico estatal deseoso de autolimitarse y un monarca decimonónico que, jugando al *aggiornamento*, emite una carta otorgada. Cambiemos al sujeto de la actuación graciosa... y tendremos una sustancial identidad de comportamientos.

7. AJUSTES Y REAJUSTES

El itinerario ha de completarse. La relación jurídica con el Estado se coloca en el lugar del derecho subjetivo, en un nuevo ajuste de figuras que bascula hacia el *deber* como anterior al derecho y constitutivo de él; ajuste que estaba anticipado en Hegel (Díaz-Otero y Olivas, 1997:118): la relación Estado-súbdito, siempre partiendo de la autolimitación que la genera, implica deberes para ambas partes, el reverso de los cuales son eso que llamamos derechos. Aquí se introduce el célebre *reflexives Recht*, quebrando la concepción kantiana de la

24. “Die Bezeichnung: physische Person enthält eine contradictio in adiecto” (Jellinek, 1892: 28).

25. Agradezco esta observación a mi amigo y compañero el profesor Muinelo.

subjetividad como fundante de la juridicidad²⁶... Y dejando claro que lo relevante es el sistema²⁷.

El vaciamiento nominalista de toda esencia, de todo contenido necesario (que comenzó con los kantianos), se torna absoluto: no resta sino un *centro de imputación* cuyas manifestaciones son diversas, aunque todas ellas se refieren al *sistema*, denominador común que engloba lo político, lo jurídico, lo científico-jurídico: sistema de conocimientos, de procedimientos y actos (o de actos regulados por procedimientos) que atrae hacia sí todas las formas de la subjetividad. La común referencia es el *Estado*, centro de imputación absoluto. Contemplando panorámicamente los despliegues que hemos visto, aceptándolos de antemano como mutuamente implicados, es como podemos acercarnos a un cuadro suficientemente expresivo de nuestro problema, habitual —y banalmente— definido como “las vicisitudes de los ‘derechos humanos’ durante el tránsito del iusnaturalismo al positivismo jurídico”. Como hemos visto, tras todo ello (pero no como última explicación), aparece el Estado, y con él el intento de reducir todos los conflictos planteados bajo el artificio de la juridificación.

Pero, ya lo hemos visto, esa juridificación no es completa ni en Laband ni en Jellinek. Lo que no debe entenderse como un defecto: no estamos cuestionando la capacidad de autores de probada solvencia intelectual para llevar a buen puerto sus construcciones, sino la correlación de éstas con las figuras que manejan y despliegan y que no pueden resolverse en los esquemas habituales con que solemos explicarlos. Simplemente, esa juridificación incompleta, en los sentidos referidos (el de Laband, que hurta a la denominación de jurídicas las actuaciones *ad intra* de la administración; el de Jellinek, que paga el precio de una juridificación sólo parcial del Estado por *autovincularlo*), se revela como el resultado necesario de una suerte de *ley trágica que carga en el debe de la fundamentación cuanto anota en el haber de la juridificación*, como si resultase imposible acometer ambas tareas al mismo tiempo.

Los derechos se desdibujan así al trasmutarse en el reverso de deberes; la propia libertad pierde tanto el carácter sustancial, prejurídico que presentaba en los iusnaturalistas como la condición de sustituto de la naturaleza que le atribuyeron Kant y los kantianos. Los derechos de libertad no son tales derechos, puesto que

26. Una quiebra sólo aparente; pues su razón última estaba en el propio Kant, en su fundamentación de lo jurídico desde la moral categórica, en el (valga decirlo) giro deontológico que esto imprimió a las doctrinas iusnaturalistas ontológicas, que habían puesto en primer lugar el derecho subjetivo, haciendo pasar a primer lugar a la necesidad *moral* de cohonestar voluntades... sujetas a deberes que se constituyen *jurídicamente*. Los kantianos, al pasar del deber moral al derecho como medio coactivo para la coexistencia de libertades, preludiaban ya el *reflexives Recht*.

27. En este sentido, Barcellona ha resaltado la similitud entre el pensamiento sistémico de Luhmann y el positivismo kelseniano: ambos reflejan una tendencia común, caracterizada por un *proyecto jurídico* de neutralización del conflicto a través de formas, un *proyecto científico* en orden a reducir el acontecer a cálculo y un *proyecto filosófico* de abandono de la modernidad. El autor italiano estima que todo ello estaba ya prefigurado en el intento, esencialmente alienador, de separarse del ser (Barcellona, 1987: 33 y 38).

carecen de objeto (Laband, 1876: 141). Unas figuras avanzan a costa de otras, porque lo único que no varía es su pertenencia al *sistema*. Latorre lo ha descrito con sumo acierto a través de una metáfora que refuerza cuanto se dijo antes sobre los dióscuros: el estatus pasivo funda el negativo (es decir, los derechos de libertad), pues la libertad individual no es sino un reflejo de la autolimitación del Estado. La relación de ambos viene dada por esa condición limítrofe, como la del agua y la arena en la playa (Latorre, 1996: 176 y 177).

Pero hay otras metáforas igualmente reveladoras de la imposibilidad de obviar el sistema, como la que sostienen (en la línea marxiana) que la propia libertad no es sino una figura del intercambio de bienes asegurado por el Estado burgués. *Lo cual no deja de ser comprensible: el empeño por juridificarla la ha desdibujado*. Démosle entrada, pues nos permitirá traer a colación un último ejemplo de hasta qué punto la entrada en el panorama de un nuevo elemento, el *trabajo* (otra *forma reificada* al socaire de las circunstancias históricas) modificó las posiciones relativas de las piezas del sistema. Preuss lo afirma con precisión:

“...la libertad no es una cualidad natural del hombre, sino una forma social específica de relaciones sociales específicas, tanto como el valor de una mercancía no es una cualidad objetiva de los bienes, sino que ha sido producido en las condiciones, socialmente determinadas de la producción de mercancías (...) La libertad burguesa... es en general una *libertad de actuar*, en cuya esfera de aplicación material el trabajo ha perdido toda determinación concreta, y así como el valor de uso de una mercancía, se transforma en la forma de manifestación de su valor en las condiciones de la producción de las mercancías, así también, las acciones concretas del individuo se transforman en la forma de manifestación de una *capacidad de actuar* que a él le corresponde, más allá de la cual, no hay para el individuo ninguna otra forma de actividad social” (Díaz-Otero y Olivas, 1997: 138).

Este fragmento nos muestra el modo en que diferentes ámbitos del discurso (lo prejurídico, lo jurídico, lo económico...) remiten durante el XIX a su matriz común: la multiplicación de las distinciones formales tras esa segunda escisión (el fin de la *episteme* clásica) que está en la génesis misma de las *ciencias humanas*, escisión que sólo el sistema encauza y neutraliza. Y a su trasluz vemos, además, el profundo sinsentido de tratar la dogmática jurídica como una construcción dotada de racionalidad específica relativa a procesos meramente jurídicos, autorreferente en mayor o menor grado. Pues la *libertad* burguesa, que fue tratada como un *derecho natural*, como una sustancia preestatal durante el XVIII, se hace durante el siglo siguiente inseparable del *trabajo* y ambos determinan, en su trabazón mutua, el tratamiento jurídico-político de los derechos subjetivos, su engarce en un sistema que es jurídico, pero que es también, a la vez, muchas cosas más.

Otro ejemplo cercano. Si Foucault (1966) fechó en el XIX la aparición del *trabajo* como objeto formal de las incipientes *ciencias humanas* (frente a la *riqueza* que había dominado la *episteme* clásica), ello se debe a que su figura comenzó a recortarse durante esa época, a costa de un desplazamiento relativo

de los elementos del discurso. Desplazamiento (y esto, evidentemente, no está en el Foucault de *Las palabras y las cosas*) generado por la transformación de las relaciones sociales y los medios de producción, los cuales situaron al trabajo en una posición diferente, limitándose a *hacerlo visible*, ya que *nunca había dejado de estar allí*. El trabajo se transmutó así en otra forma, reificada con respecto a las restantes por las circunstancias materiales. Por eso afirma Preuss, y no hay aquí contradicción alguna con lo anterior, que “el trabajo ha perdido toda determinación concreta”. *Ese es, precisamente, el requisito fundamental para tornarlo en nuevo objeto formal: abstraerlo, desvincularlo (como a la libertad, como a los derechos, como al Estado mismo) de sus determinaciones empíricas y, en cierto modo, de su relación con las cosas; regularlo y extraer a la vez de él patrones regulativos, ayudando a constituir un nuevo centro de imputación*. Al hacerse visible y reificarse, el trabajo (que presenta la ventaja, tan estimada en la sociedad burguesa positivista, de ser fácilmente medible, calculable, estimable, retribuible) pasa a ostentar el patrón de valor que en su día tuvo la *riqueza*. Y, como tal, sirve de medida incluso en ámbitos tan poco “económicos” como el de la libertad, cuyo referente empírico, la efectiva conducta de los hombres, se halla igualmente (como el valor de uso de las mercancías) recortado y plegado sobre esa determinación objetiva, ese nuevo centro de imputación extraído, como el otro, de la entraña misma de las cosas (pero también, por reificado, fatalmente ajeno a ellas), que es la *capacidad de obrar*. La libertad, el reducto intangible constituido en *telos* de la mayoría de las manifestaciones de la subjetividad moderna, no posee, en efecto, nada sustancial una vez que es asumida por el sistema. Por eso niega Adorno que el *principium individuationis* (y, por tanto, la libertad que de él deriva) sea metafísicamente irreductible:

“...ésta [la libertad] es más bien un momento en sentido doble: no es aislable, sino entreverada, y, por lo pronto, nunca es más que un instante de la espontaneidad, un punto nodal histórico, desfigurado bajo las condiciones actuales” (Adorno, 1966: 206).

En efecto, la libertad, que emergió *in media res* de las formas de la subjetividad, que se reificó fugazmente con Kant (para ejemplificar, en singular, el *reino moral* frente a las *libertades jurídicas* anglosajonas), se desdibuja con Hegel y sus seguidores. Pero no ha desaparecido: simplemente, ha cambiado su posición relativa. También, volviendo a la dogmática, la capacidad real del hombre concreto para hacer cosas concretas estaba ahí, estuvo ahí siempre; sólo su reificación la desplazó, arrancándola de su antiguo lugar para contraponerla a la *capacidad jurídica*, para llenar un nuevo hueco en las necesidades de ese sistema de conocimiento y poder que representa la dogmática (como lo representan también, por poner sólo dos ejemplos, la economía política o la ciencia de la administración); en suma, para hacer de ella un referente *normativo* del derecho subjetivo, a cuyas dificultades hemos ido asistiendo. Recordemos: tanto si el fundamento se instala en la voluntad como si lo hace en el interés, el hombre concreto encuentra fuertes

dificultades para reconocerse en esa voluntad reconstruida, de naturaleza esencialmente ficticia; para, como antes dije, *saber lo que quiere*. Y con ello voy, al fin, cerrando el largo bucle que comencé al inicio de estas páginas.

8. (CASI UNA) CONCLUSIÓN

Hemos hecho un recorrido, lleno de reiteraciones y de circularidades, a partir del concepto de derecho subjetivo, intentando mostrar cómo dicho concepto, supuesta “espinas dorsal”, “estructura lógica” o “trascendental” de los derechos humanos en su versión positivista decimonónica, no puede ser entendido sino a la luz del puesto que ocupa en un sistema dogmático que (como construcción mutable, inestable, permanentemente conectada con los campos de lo político, de lo económico, de lo filosófico-académico, de lo científico-natural) remite a campos aparentemente muy distintos de los que suele manejarse.

Se hace necesario referirse una vez más, a modo de conclusión, al origen teórico del problema: la *multiplicación de las distinciones formales*. Al reificarse el sujeto, la hipóstasis resultante se apropia de toda realidad, hasta que se hace imposible reconocer al hombre concreto. Esta estructura de pensamiento, comprensiva como pocas, permite ver desde lo común al derecho subjetivo y al objetivo, al Estado que los reúne en ese imposible maridaje capaz de generar tantas crisis durante el XIX y el XX. *Si el pensamiento ilustrado (y en particular, el jurídico de Kant y sus herederos) inaugura un modo plenamente nuevo de conocimiento, lo hace en términos que aún no han sido explicados*. Tampoco, huelga decirlo, es éste el lugar para hacerlo; me limito a afirmar que un *pathos* realmente ilustrado no debería refutar dicha estructura con el argumento de que ella misma no es, a su vez, ilustrada, cuando lo que pretende no es sino serlo más coherentemente.

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, TH. W.: *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad*. Madrid: Akal, 2005 (1966). Ed. de R. Tiedemann *et al.*, trad. de A. Brotons sobre la ed. de 1970, 505 pp.
- BARCELONA, P.: *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996 (1987). Trad. de J. E. García, pres. de Mariano Maresca, 166 pp.
- DÍAZ-OTERO, E., OLIVAS, E.: *Metafísica e historicidad en los derechos subjetivos*. Madrid: Dykinson, 1997, 209 pp.
- FERRAJOLI, L. *et al.*: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. Trad. de A. de Cabo y G. Pisarello, 392 pp.
- FICHTE, J. G.: *Fundamento del derecho natural según los principios de la doctrina de la ciencia*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994 (1796), sobre la ed. alemana de la Akademie der Wissenschaften de Baviera (no consta fecha). Trad. de L. Villacañas, M. Ramos y F. Oncina, est. int. de J. L. Villacañas, 430 pp.

- FOUCAULT, M.: *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas*. México: Siglo XXI Editores, 1990 (1966). Trad. de E. C. Frost, 375 pp.
- La arqueología del saber*. México: Siglo XXI Editores, 2003 (1969). Trad. de A. Garzón, 355 pp.
- FUENTES ORTEGA, J. B.: “Notas para una crítica del enfoque ‘gnoseológico’ de las ciencias (de G. Bueno) desde una perspectiva ‘noetológica’, con especial atención a (i) la relación entre la idea general de ciencias(s) y la idea de conocimiento, (ii) la concepción de las ‘ciencias humanas’ y (iii) las implicaciones históricas y socio-políticas de ambas cuestiones”. *Cuaderno de materiales*, nº 16, 2001, pp. 36 y ss.
- GÓMEZ GARCÍA, J. A.: *El historicismo filosófico-jurídico de F. K. von Savigny*. Madrid: UNED, 2001, 303 pp.
- “La estructura filosófica de los modelos procedimentalistas de justicia: los modelos de ‘ética discursiva’ de Jürgen Habermas y de Kart-Otto Apel”. Granada: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40, 2006, pp. 171 y ss.
- HEGEL, G. W. F.: *Fenomenología del espíritu*. Madrid: FCE, 1985 (1807) sobre la 6ª ed. de J. Hoffmeister (Hamburgo, 1952), trad. W. Roces y R. Guerra, 483 pp.
- Fundamentos de la filosofía del derecho*. Madrid: Libertarias-Prodhuvi, 1993 (1820) sobre la ed. de K. H. Ilting (Stuttgart, 1974), trad. C. Díaz, 802 pp.
- HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS, A.: “La noción de sistema en Savigny”. Valparaíso: *Revista de Ciencias Sociales*, nº 14 (monográfico sobre Savigny y la ciencia del derecho), 1979, pp. 273 y ss.
- HOMMES, H. J.: “Zum Begriff der ‘Juristischen Konstruktion’. Eine Analyse der Auffassungen bei von Jhering, Gény, Scholten und Meijers” (1965). *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976 (pp. 327 y ss.). Ed. W. Krawietz, 437 pp.
- IHERING, R. v.: “Theorie der juristischen Technik”. *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1976 (pp. 11 y ss.). Ed. W. Krawietz, 437 pp.
- JELLINEK, G.: *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1963 (1892) sobre la 2ª edición (Tübingen, 1905), 366 pp.
- Teoría general del Estado*. Granada, Comares, 2000 (1900). Ed. de J. L. Monereo, trad. y pról. de Fernando de los Ríos sobre la 2ª ed. alemana (no consta año), 788 pp.
- KANT, I.: *La metafísica de las costumbres*. Madrid: Tecnos, 4ª ed., 2005 (1797). Est. prel. de A. Cortina, trad. de A. Cortina y J. Conill, 374 pp.
- LABAND, P.: *El derecho presupuestario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979 (1871). Trad. J. Zamit, est. prel. de Álvaro Rodríguez Bereijo, 135 pp.
- Das Staatsrecht des deutschen Reiches*. Aalen: Scientia, 1964 (1876-1882), sobre la ed. Tübingen (1911-14). Vol. I, 532 pp.
- LATORRE, M.: *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*. Milán: Giuffrè, 1996, 445 pp.
- MARX, K.: *Crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2002 (1843). Trad. y notas de J. Mª Ripalda sobre la ed. de 1927, intr., bibl. y cron. de Á. Prior. 217 pp.
- MUINELO, J. C.: “La estructura de la filosofía jurídica kantiana. Sus orígenes medievales en Escoto y Ockham”. *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº XXII (2ª época) 2005, pp. 291 y ss.
- MUÑOZ DE BAENA, J. L.: “El debate sobre la ‘ciencia jurídica’ desde una perspectiva gnoseológica”. *El basilisco*, nº 14 (2ª época), 1992, pp. 47 y ss.

- “Fundamentos filosóficos de los derechos humanos”. *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos* (coord. Y. Gómez). México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos-UNED, 2004, pp. 93 y ss.
- MURALT, A. DE: *La estructura de la filosofía política moderna. Sus orígenes medievales en Escoto, Ockham y Suárez*. Madrid: Istmo, 2002. Trad. de F. León y V. Fernández. 185 pp.
- La apuesta de la filosofía medieval. Estudios tomistas, escotistas, ockhamianos y gregorianos*. Madrid: Marcial Pons, 2007 (1991). Trad. de J. A. Gómez y J. C. Muínelo (en prensa).
- PUCHTA, G. F.: *Cursus der Institutionen*. Bd.1, Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk, mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1893 (1845), 582 pp.
- SCHIAVONE, A.: *Los orígenes del Derecho burgués. Hegel contra Savigny*. Madrid: EDERSA, 1986 (1984). Trad. de A. Baffi y H. Kanemann, 110 pp.
- THON, A.: *Rechtsnorm und subjektives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*. Aalen: Scientia, 1964 (1878), 374 pp.
- UTRERA, J. C.: “Teología nominalista y racionalidad ilustrada. Los orígenes nominalistas de la filosofía del derecho kantiana”, mimeo.
- WILHELM, W.: *La metodología jurídica en el siglo XIX*. Madrid: EDERSA, 1980 (1958). Trad. de R. Bethmann, 152 pp.