DESTINOS DEL SUJETO EN LAS PARADOJAS DE LA CULTURA JURÍDICA

Mariano MARESCA*

SUMARIO: I. *Introducción*; II. *La autodescripción paradójica de la cultura jurídica*; III. *De la confianza al desencanto*; IV. *Tres momentos*; V. *Para concluir*.

I. INTRODUCCIÓN

Creo que todos experimentamos un cierto cansancio ante el simple planteamiento del problema del sujeto dentro de la cultura jurídica. Ese cansancio puede atribuirse, en primera instancia, al mero hecho de la repetición de unas tesis cuya antigüedad se remonta al principio de los siglos modernos, a la constitución de la cultura jurídica moderna. Pero el problema es más de fondo, porque si hoy retrocedemos ante el tema del sujeto es porque sospechamos que sólo podemos repetir aquellas viejas tesis, que son las que la cultura jurídica de los siglos XIX y XX codificó, y que esa repetición es algo más que una rutina: es, o puede ser, caer en una trampa que describiré con una imagen.

Se diría que, en la actualidad, la cultura jurídica juega en dos mesas a la vez. En una maneja el discurso del sujeto (sujeto de derechos, derecho subjetivo, autonomía de la voluntad como creadora de la esfera de relaciones jurídicas, etcétera), y en esa mesa es donde nos invita a apostar y derrochar nuestras reservas de humanismo y utopismo. En la otra mesa, en cambio, se juega sobre un tapete distinto y con otras cartas; en realidad, se juega otro juego, que es en el que verdaderamente se gana o se pierde la partida de entender cómo es hoy la reproducción de las relaciones sociales y cómo funciona el derecho dentro de ella. Esta segunda mesa sería la de la complejidad y la compatibilidad intersistémica, la autoreferencialidad del derecho y la autofundamentación de la ciencia jurídica.

* Universidad de Granada.

Cuando se nos invita a hablar del sujeto sentimos, por tanto, que de alguna manera estamos dando la espalda a una realidad que ya no habla del sujeto y en la que el sujeto de que nosotros hablamos ni habla ni comparece; es decir, que estamos usando un lenguaje (o jugando un juego) que pertenece ya a una prehistoria, a una mitología de la que nos empeñamos en seguir siendo prisioneros. De hecho, la cultura jurídica construida en torno al sujeto, el derecho subjetivo y la autonomía de la voluntad apenas si nos vale hoy para entender un sector muy reducido (cada vez más reducido) de las relaciones sociales: conflictos de menor envergadura, normalmente de derecho privado, que todavía se dejan entender desde aquellas viejas categorías. Y sin embargo esto es lo que normalmente se transmite a los estudiantes de derecho. De ahí que cuando hablamos ese lenguaje, cuando jugamos en esa mesa de la subjetividad, salte en nosotros el resorte que nos avisa sobre la inutilidad de nuestro discurso y, sobre todo, sobre la posibilidad de una recaída inconsciente en el idealismo jurídico mejor intencionado, pero idealismo al fin.

Argumentaré que nuestra sospecha de engaño está sobradamente justificada, pero que el engaño no tendríamos que atribuirlo a ninguna novedad teórica que nos hubiese dejado atrás repentinamente (Luhmann como “el conjunto de todos los males sin mezcla de bien alguno”, por usar la definición de infierno del Catecismo del padre Ripalda, texto que —mucho me temo— los españoles habremos hecho llegar hasta aquí). El engaño, es decir, el carácter idealista del discurso sobre el sujeto propio de la cultura jurídica, estaría en la misma raíz de dicha cultura; para aludir por última vez a la imagen que usé antes, las dos mesas han estado siempre ahí y el discurso jurídico-político siempre ha jugado a la vez en las dos. De ahí el cansancio: son trampas muy antiguas, porque son —esta es mi tesis— *trampas constitutivas*.

En mi intervención, seguiré este orden. Primero, y moviéndome en un nivel predominantemente filosófico, aludiré a lo que considero un movimiento esencial de la cultura jurídica, que es el del recurso a una autodescripción paradójica que ella hace de sí misma como estrategia para eludir (y así poder manipular) sus contradicciones. Segundo, y centrándome en el discurso jurídico moderno, seguiré sus momentos más significativos para, en cada uno de ellos, detectar el destino del sujeto. Terminaré con una conclusión abierta.

II. LA AUTODESCRIPCIÓN PARADÓJICA DE LA CULTURA JURÍDICA

Estamos familiarizados con una forma de explicar la historia de la cultura jurídica de los siglos XIX y XX que utiliza la paradoja como recurso privilegiado.

Es paradójico, en primer lugar, que el método sistemático, y toda la larga secuela de las variantes del conceptualismo jurídico, nazcan en la obra del cabecilla de la

revuelta historicista —rabiosamente antisistemática— contra el racionalismo constructivo, esto es, en Savigny. Es igualmente paradójico que el primer vuelco realista que se produce como reacción frente al dominio conceptualista lo protagonice un jurista como Ihering, que había iniciado su labor dentro del paradigma contra el que luego se volvería. Y es paradójico, en fin, que el curso de la historia de la cultura jurídica pueda leerse como un continuo movimiento de oscilación pendular que lleva del formalismo al realismo (o al historicismo o el sociologismo) y viceversa. Podríamos multiplicar los ejemplos. Las excepciones que, en la historia de la metodología jurídica, confirman la regla de esta oscilación pendular, son excepciones en la medida en que se inmovilizan en un extremo que se niegan a negociar; el caso más temprano es el de Julius von Kirchsmann, pero el más importante es el del Movimiento del Derecho Libre, la *Freirechtsschule*, que cuestionando el mismísimo principio de legalidad consigue enfrentar el pensamiento jurídico a un verdadero *horror vacui*.

Creo que esta acumulación de paradojas y, sobre todo, la complacencia en esta autodescripción paradójica, merecen una explicación detenida. Dicha explicación debe empezar en la relación de la cultura jurídica con lo real: no sólo con la realidad del derecho positivo, vigente, sino con todo lo real en su conjunto, con todo lo que, bajo el nombre de historia, señalaba el campo al que remitirse si se quería entender el derecho *científicamente*, es decir, de una forma alternativa y superadora del moralismo de la Ilustración. Y a este respecto me parece útil recordar un episodio que cierra de manera traumática el momento inaugural de la ciencia jurídica. Me refiero al debate que provocó la ruptura de la Escuela Histórica del Derecho escindiéndola en una ala romanista y otra germanista, como consecuencia de haber convertido Savigny y Puchta la idea de *sistema* en el núcleo central de la reconstrucción científica del derecho. Concretamente, fue la propuesta de dar al *Juristenrecht*, el derecho producido por la ciencia jurídica, el rango de manifestación creadora del *Volkgeist* (en definitiva, de una fuente del derecho), lo que hizo saltar la chispa: para Savigny y Puchta, la casta de los juristas, en la medida en que conocía científicamente los principios determinantes de la unidad orgánica del derecho, podía corregir el derecho vigente e incluso anticiparlo, trayendo a la luz “convicciones jurídicas” que todavía vivían en el inconsciente del *Volk*. Pues bien, cuando Beseler encabezó la escisión de la Escuela Histórica reivindicando el *Volkrecht*, el derecho que vive inmediatamente en el pueblo, frente al *Juristenrecht*, aunque lo hiciera desde una posición política reaccionaria que abanderaba el derecho tradicional germánico frente a la modernización del *Code* napoleónico impuesto militarmente en Alemania, estaba indicando de manera expresa cómo la instauración del método sistemático había supuesto *eo ipso* la apertura del proceso de divorcio entre la teoría y la práctica en el interior de la naciente teoría jurídica. La legitimidad del

método sistemático derivaba de su capacidad para retrotraer la multiplicidad del material jurídico empírico a una estructura formal simple; pero precisamente esa misma operación implicaba perder de vista el rango primordial que antes se reconocía a la historicidad del derecho. Por tanto, en ese momento inaugural de la ciencia jurídica decimonónica, la dificultad de articular teoría y práctica jurídicas de una manera convincente había emergido ya como un escollo considerable: sea cual sea la realidad de que habla la ciencia jurídica, ¿cómo se puede hablar de ella sin perderla, sin evaporarla en el *Begriffshimmel* de que hablaba Ihering o sin diluirla en una práctica legalista —pienso en la Escuela de la Exégesis— que sólo ve de lo real aquello que la forma jurídica deja ver? Es verdaderamente llamativo que un problema tan acuciante esté ya inscrito en la partida de nacimiento de la cultura jurídica. Y en la medida en que ese problema de la distancia entre la teoría y la práctica jurídicas ha sido y sigue siendo el “cabo de las tempestades” de nuestra cultura, parece inevitable la pregunta de si no estaremos ante una dificultad constitutiva de la misma, como si su historia, por su propio código genético, en el fondo consistiese solamente en una sucesión de formas distintas de manejar(se) esa contradicción. El soporte de nuestra cultura jurídica no serían, pues, las certezas del positivismo jurídico (tal y como las taxonomizó Bobbio, por ejemplo), sino un solar mucho menos estable y en el que se agita, sobre todo, la dificultad de articular de manera convincente la teoría y la práctica.

Mi hipótesis es que los escollos que representan cuestiones de este tipo la cultura jurídica los ha obviado sistemáticamente: es difícil encontrar, dentro del conjunto de las ciencias sociales, un campo menos sensible que el jurídico a los debates epistemológicos que se han ido desarrollando simultáneamente a su propia historia. De ahí que resulte tan cómodo el recurso a aquellas paradojas a la hora de explicar la historia de la cultura jurídica: es una estrategia que permite a ésta ignorar lo real como un campo atravesado de contradicciones, constituido sobre contradicciones e ininteligible sin contar con algo que cumpla una función parecida a la de la dialéctica.

Se trata, en realidad, de un designio muy antiguo. Si pensamos en Leibniz o Wolff, en seguida percibimos que la contradicción está excluida *ab initio* de la racionalidad jurídica. Para que llegue a ser un sistema, el derecho debe obedecer a una lógica que excluye lo impredecible y lo contradictorio. Leibniz, que políticamente era un realista, descubrió que la clave estaba en convertir los problemas jurídicos (es decir, las contradicciones concretas) en problemas lógicos. En este sentido, Leibniz aportó mucho más a la ideología jurídica contemporánea (y especialmente a la autoconciencia de los juristas) que los ilustrados que, en nombre de la Naturaleza, descalificaban el derecho vigente como injusto, inmoral y políticamente ilegítimo. Pero el proyecto de Leibniz (tan transparentemente expresado

en su carta al emperador Leopoldo I proponiéndole encerrar todo el derecho romano en un solo folio que sería “como un nuevo edicto perpétuo”) estaba destinado a chocar con lo real. De hecho, y como demostró Giovanni Tarello, el fundamentalismo racionalista que va de Leibniz a Wolff se tradujo en resultados prácticos tan importantes como el *Allgemeines Landrecht* de Federico II de Prusia, un “código” en el que la forma jurídica moderna encontró una primera plasmación casi perfecta. Pero este código prusiano, tan intachable desde la óptica de las exigencias formales, no puede ser considerado como derecho moderno, igualitario, porque no fue capaz de ponerse por encima de la contradicción real, histórica, que representaba la existencia de estamentos sociales que, en el código, todavía tuvieron un tratamiento diferenciado: era un derecho desigual que, al reconocer privilegios a la nobleza sobre la burguesía (por ejemplo, en la transmisión de la propiedad), todavía dejaba a la vista la contradicción histórica que el déspota ilustrado quería resolver con un imposible contrato social entre desiguales.

Si me demoro en estos primeros momentos de la cultura jurídica europea contemporánea es porque estoy convencido de que en ellos podemos descubrir la dificultad más apremiante con la que ésta ha tenido que enfrentarse: si la racionalidad jurídica excluye *ab initio* la contradicción, ¿cómo pueden el derecho moderno y la cultura jurídica contemporánea articularse con una realidad social que, antes que nada, consiste en una profusión de contradicciones?

Lisa y llanamente: la cultura jurídica ha resuelto su enfrentamiento con la contradicción convirtiéndola en algo distinto, lo que llamaré una *paradoja teórica débil*.

No hablo aquí de paradoja en sentido lógico, sino en el sentido que toma en la filosofía del siglo XIX como alternativa a la ontología dialéctica de Hegel. Hegel acoge la contradicción, pero la reconduce a una síntesis que la regenera, hasta llevarla a la plenitud de la realización del Espíritu. Lo importante a nuestros efectos es que hubo discípulos de Hegel que renegaban de él (porque no aceptaban la parálisis final de la dialéctica en una síntesis definitiva que para ellos representaba la aniquilación de lo singular e individual) pero que no querían renunciar a la capacidad de conflicto con la realidad que incorporaba la dialéctica. En un texto al que tengo especial aprecio, Sartre definió a uno de esos discípulos de la siguiente manera: “preso de la luz del reflector hegeliano”. Sartre hablaba de Kierkegaard, un hombre que reconvirtió la dialéctica hegeliana en la paradoja del *aut—aut*, es decir, en una *situación* que no puede ser superada desde dentro de sí misma, una necesidad de la que sólo cabe liberarse mediante el salto de la fe y situándose, por tanto, en un territorio distinto al de lo real. Pero la estrategia perfecta con la que enfrentarse a Hegel (a la contradicción y a la dialéctica) la descubrirían los neokantianos. En manos de los neokantianos, lo real (y lo racional) pierde su

naturaleza compacta de único territorio histórico sobre el que pensar y en el que situarse. Ellos recuperan la dualidad kantiana sujeto empírico-sujeto trascendental (en la que Kant quiso conciliar a Hume y a Rousseau) y la sitúan en el mundo de lo real para hacer que este mundo, que —insisto— en Hegel era único, se convierta en dos, el mundo de la Forma y el mundo de la Vida. Desde ese instante, lo racional dejaba de ser real y lo real dejaba de ser racional. Para la cultura jurídica, este paso es decisivo, porque regenera su destino idealista. Cuando Hegel afirmaba la identidad mutua de lo real y lo racional, por un lado estaba sacralizando lo real, en la medida en que lo identificaba con el despliegue del Espíritu, es decir, con lo racional. Pero también es verdad que, simultáneamente, Hegel estaba secularizando lo racional al obligarnos a aprehenderlo en lo real. Creo que no se ha sacado el partido suficiente a este vuelco secularizador que, *velis nolis*, hay en Hegel; sólo las *Tesis sobre Feuerbach* de Marx logran identificarlo. Lo que la posteridad no perdonó ni a Hegel ni a Marx fue precisamente esto. De ahí que los neokantianos jugaran tan fuerte la carta de sustituir la contradicción como constitutiva de lo real por una interminable negociación entre la Forma y la Vida. Con el nombre de Vida se acotaba un territorio de irracionalidad que la Forma podía controlar —formalizar— sólo parcialmente. Más claro: con el nombre de Vida, el neokantismo definió la sede una auténtica restauración religiosa en el campo de la filosofía. Desde entonces, el “excedente” de Vida (o de irracionalidad o conflicto) ha servido en las ciencias sociales para dos cosas: bien para justificar nostalgias humanistas que en el fondo sólo se sostienen sobre un soporte cristiano, bien para que la teoría sistémica, incluyendo ese “excedente” en el concepto de “ambiente”, simule una secularización de lo real que de hecho sólo encubre la sacralización de la “racionalidad” del conjunto del sistema (en el sentido de que ésta es inabarcable como tal “racionalidad” del conjunto). Pero en cualquiera de estos dos casos la forma fuerte de las sociedades modernas, el derecho, recuperaba un lugar pacificado, inmune respecto de lo real.

Repasemos, para comprobarlo, las ventajas de la paradoja sobre la dialéctica a la hora de describir su objeto y describirse a sí misma la cultura jurídica contemporánea. En vez de reconocer los contrarios en una existencia *simultánea*, los redistribuye en una secuencia *sucesiva* (eso es lo que hay detrás de la oscilación pendular antes descrita). Para escamotear la simultaneidad detrás de la sucesividad, hay que edulcorar el concepto de historia (de ahí el evolucionismo). Y en vez de enfrentar los contrarios en una *oposición sólo superable dialécticamente*, los convierte en opciones capaces de constituir una *complementariedad estable* (eso es lo que hay detrás de las apelaciones a la interdisciplinariedad). La relación de la cultura jurídica con lo real responde a esta estrategia. Se constituye sobre una

paradoja que, por respeto a los que en el siglo XIX arriesgaron mucho más a la hora de pensar contra Hegel, califíco como *débil*.

Confío en que la segunda parte de mi intervención permita aclarar y verificar este largo *excursus* filosófico.

III. DE LA CONFIANZA AL DESENCANTO

El discurso jurídico moderno (por no hablar del pensamiento jurídico clásico) nació dentro del discurso de la filosofía moderna. En la modernidad, la relación entre el discurso filosófico y el discurso jurídico es tan íntima que podemos afirmar que es mutuamente constitutiva. Baste un ejemplo: ¿qué fue antes, el *moi* de Montaigne o el hecho histórico de la emergencia del individuo como condición determinante a la hora de formular el problema de la construcción del orden?

Pero la cultura jurídica del XIX y el XX parece obstinada en olvidar y esconder esta progenie filosófica, urgida al parecer por un movimiento de fuga que la empuja a refugiarse bajo la garantía de “lo científico” con la que la cultura positivista quiso recubrir y poner bajo control la relación entre teoría y práctica. En efecto, si nos atenemos a la letra del positivismo jurídico, encontraremos dos movimientos ideológicos dependientes de aquel “olvido de la filosofía” y bien expresivos de sus resultados:

1º El discurso jurídico positivista nació con el descubrimiento del derecho como producto histórico, puesto en la historia por el hombre y, por esta misma razón, hecho cambiante, mudable, expresión de las posibilidades creativas e innovadoras del hombre. Sin embargo, tanto en los legisladores que hacen los primeros códigos como en los estudiosos que ponen en marcha la llamada ciencia jurídica, encontramos sistemáticamente la misma pretensión de hacer del derecho la *forma eterna de la vida social*, es decir, una estructura destinada a permanecer intacta para que, a través de ella, pueda discurrir toda la corriente del curso de la historia de las relaciones sociales. El derecho moderno, nacido de un corte seco (como el de la guillotina) con el pasado, fue en seguida pensado como una forma cuya duración histórica estaba asegurada por el carácter de eternidad que la burguesía —invirtiendo el sentido de la secularización que siglos atrás había puesto en marcha— atribuyó al tiempo histórico inaugurado y conquistado por ella.

2º El nacimiento del discurso moderno sobre el derecho exigió la lucha por la liberación de la tutela teológica. En ese momento, se abrían dos caminos posibles: el de un empirismo que arrancaba en Locke y culminaba en Hume

y, sobre todo, en Adam Smith, y el de un racionalismo que hacía objetivo suyo la construcción de una ciencia exacta de la moral, la política y el derecho. La apertura empirista conducía a la versión realista del positivismo jurídico; la apertura racionalista conducía a la variante conceptualista. En cualquiera de los dos casos, la liberación de la tutela teológica permitía esperar una comprensión del derecho como hecho de naturaleza histórica. Sin embargo, el resultado fue exactamente el contrario: desde principios del XVII, la ciencia jurídica quiere ser exacta —construida *more geometrico*—, y esta actitud responde, más que a una voluntad de comprender su objeto en toda su complejidad, haciéndose cargo —por ejemplo— de la contradicción entre Razón y Voluntad que lo atraviesa, a una inmovilización de dicho objeto en nombre de las exigencias de la ciencia. Y cuando el racionalismo es sustituido por el positivismo, sucede lo mismo desde que el positivismo impone su primera ley: el método crea el objeto. Así, la exigencia de certeza del método hace un perfecto *pendant* con la fundamental exigencia de previsibilidad que se demanda a la nueva forma jurídica (frente al caos del particularismo jurídico anterior).

En ambos movimientos encontramos, pues, que el compromiso filosófico inicial de la cultura jurídica se convierte en lo mismo: en poner toda esa cultura a trabajar en una teorización de la forma jurídica que presente a ésta como algo legítimo y necesario *al margen de lo que realmente la hace necesaria, que es el cálculo del capital*. En efecto: si en la economía de mercado los procesos adquisitivos y distributivos deben responder exclusivamente a la racionalidad económica (que no autoriza la toma en consideración de limitaciones morales o políticas, es decir, extraeconómicas, en dichos procesos), toda la progenie filosófica que se remonta a Grocio y a Hobbes queda finalmente reducida a un pragmatismo romo en el que la liberación de la teología ha sido sustituida por una servidumbre nueva y férrea, la que representa la autonomización de lo económico y la sustitución de cualquier racionalidad (o moralidad) heterónoma por el modelo de decisión que representa el mercado.

Difícil, pues, confiar en la historia tal y como nos viene contada. Pero esa es la historia de la cultura jurídica, y creo que sólo encontrando una forma lúcida de leerla podremos escapar a las trampas con las que arma su autodescripción. Leerla de una forma lúcida significa, para mí, tomarla en serio: empezar creyendo en sus enunciados (ante todo, en el de sujeto) y luego acompañarla en el proceso de desencanto a que nos conduce.

IV. TRES MOMENTOS

La explicación última de las insuficiencias de la cultura jurídica que usamos reside en la forma de articularse las categorías filosóficas de que esa cultura depende. Especialmente, pienso en tres de ellas: razón, sujeto y naturaleza. El derecho moderno fue pensado como hijo de dos madres, el sujeto y la naturaleza. Lo que ha ocurrido después es que la pretensión de hacer del derecho un “objeto de ciencia” resultó ser un camino que también se recorre en sentido inverso: sujeto y naturaleza, las dos madres, se convierten en “objeto de ciencia”, es decir, en realidades que hay que leer como mundos fijos, inmóviles, dados de una vez por todas. Así es como se explica el olvido de la historicidad del derecho, la final evaporación del sujeto y la reclusión del pensamiento jurídico en un ideal “científico” que lo estabiliza como definitivo: el carácter especular de la relación método-objeto hace que el ser —el sujeto y la naturaleza—, al prescribir al derecho sus condiciones de racionalidad (que son las del cálculo del capital), constituya al derecho como un deber ser que, en el camino, ha perdido toda su maleabilidad histórica.

Pero este proceso debe ser examinado más en detalle. Propondré a continuación una hipótesis de lectura de nuestra cultura jurídica articulada en tres momentos y que mirará ya, por fin, al destino del sujeto dentro de la misma.

1º El primero es el que llamaré *momento fundacional* del pensamiento jurídico (los siglos XVII y XVIII), con figuras tan centrales como las de Hobbes o Pufendorf, pero también Locke y la primera fase del pensamiento liberal.

En este primer momento, el *punto de partida* es la hipótesis del estado de Naturaleza. Pero esta hipótesis es, en realidad, un segundo paso. Para que sea posible formularla, antes se ha tenido que negar la piedra angular de la tradición aristotélica, la sociabilidad natural del hombre, en un movimiento de ruptura que se diría irreversible. Quizás toda la partida esté ya jugada en esta primera operación que hace del individuo humano un ser comprensible sólo como sujeto abstracto, mónada aislada sobre la que, en cuanto contenedor y contenido de la razón, se fundamentará la necesidad del contrato social que nos lleva a la “república de las leyes”. Es llamativo que en esta mitología tan simple y tan transparente haya algo que no se termina de entender: de una parte, el contrato social sólo puede ser el resultado de un acuerdo voluntario, pero de otra todos los teóricos del contrato social nos hablan de éste como un momento *necesario*, no ya por la razón, sino por las exigencias más elementales de los individuos, ya que si se quiere salvar la vida o cualquier otro bien no hay más salida que contratar. El contrato, pues, ¿voluntario

o necesario? Lo que ocurre es que dejar de ser individuo para convertirse en sujeto significa, entre otras cosas, dejar de ser un individuo no sociable, o al menos no asociado, para pasar a ser un socio comprometido en la conservación de un orden que se debe considerar como propio (Kant: vivir bajo el Estado es un deber moral). Y esto *nunca* ha sido una decisión libre, sino exactamente una exigencia necesaria de las mismas posibilidades de (sobre)vivir en el nuevo orden, pero entendiendo esto en sus términos históricos reales. Sin embargo, la justificación de esta necesidad (y de todo lo que deriva de ella: vivir bajo el Estado, deber de obediencia, límites de la libertad natural) se hace residir en una *antropología negativa* que, desde el *homo homini lupus*, hace a la insociable naturaleza humana *culpable* del conflicto, la irracionalidad y la injusticia.

En este mismo momento fundacional, el primer liberalismo que encontramos en Locke invierte esta última idea. La fuente de la conflictividad no es ya la naturaleza humana, sino el Estado, en la medida en que todo el poder que se concentra en él se convierte en un peligro para los derechos que todo individuo (es decir, el sujeto abstracto y universal) trae del estado de naturaleza. Como se sabe, en Locke el estado de naturaleza es prácticamente perfecto, porque en él sólo falta la figura de un juez que, decidiendo los conflictos que crean las violaciones de los derechos naturales, impida que dichas violaciones sean respondidas con otras, y estas a su vez por otras, prolongando hasta el infinito la cadena de la venganza. Esta importante matización, que atenúa la imagen absolutamente negativa del estado de naturaleza propia de los escritores del absolutismo y por esa vía aligera el peso de la culpabilidad de la naturaleza humana, se traduce en una suavización del paso del estado de naturaleza al contrato social y, consecuentemente, en que la sociedad, aunque todavía sea un artificio nacido del contrato, empiece a tomar otro carácter. Esto es muy importante. Locke identificó la autonomía individual con la condición propietaria (ser individuo libre es gozar plenamente de la disposición sobre las propias capacidades, y esa capacidad es lo que se define como propiedad); al ser esa autonomía un derecho natural (como, correlativamente, también lo es la propiedad) funciona como un límite al poder del Estado. *No era, pues, tan mala la naturaleza humana*: en cuanto el estado de naturaleza incluye la propiedad como un derecho natural, el paso del contrato social, al tener que *conservar* ese derecho, en la práctica se limita a deducir de la naturaleza humana la nueva estructura de lo social que la propiedad genera: el mercado. (Ciertamente, Locke deja bien claro que lo sustancial es la sustitución del principio de venganza por la existencia de una administración de justicia; pero no es menos claro que esa administración aplicará unas leyes cuyo contenido, como Locke se encarga de dejar bien sentado, tienen prefijado su contenido: el respeto de lo suyo de cada uno y, por tanto, la lógica propietaria).

Pensemos en ese extraordinario pensador que fue Mandeville. A él no le preocupa el problema de la sociabilidad natural (como, por lo demás, Hume tampoco necesita hablar del contrato social) porque piensa que es precisamente el instinto egoísta del hombre, entendido como deseo de beneficio y bienestar, lo que hace del individuo un hombre social. *precisamente porque el egoísmo lo empuja a la "douce violence" del intercambio.*

Lo que está ocurriendo en este proceso —que sólo puedo describir muy sumariamente— es una *naturalización del mercado* y, por tanto, una recuperación de la sociabilidad, pero destinada ahora a desarrollarse en la *bürgerliche Gessellschaft*, en el sistema de las necesidades, en la esfera de la circulación. Más claro: la beatificación de la naturaleza humana —la "rehabilitación de las pasiones" estudiada por Hirschmann— se traduce en la producción de una objetividad —la del mercado— que coagula lo real —y por tanto al individuo— en una estructura como la del mercado, ciertamente dinámica, pero también cerrada y exclusiva. En este contexto, el derecho se convierte en la gramática de esa objetivación, de esa necesidad que se ha hecho *decir* a la naturaleza humana, y como la sociedad, toma el adjetivo "civil" para presentarse como expresión de la autonomía que Locke había puesto en el sujeto como código genético del proyecto de la modernidad.

Esta síntesis presentaba, a pesar de todo, sus problemas, empezando por el de si la autonomía que finalmente lograba afirmarse en la historia con toda su capacidad constructiva e innovadora era la del individuo o la de lo económico. Cuando Kant intenta reconciliar al sujeto empírico y al sujeto trascendental, está señalando un conflicto de fondo: la objetividad del mercado excluye una moralidad distinta a la del mercado; de ahí que, a la hora de "explicar" el final feliz que él esperaba para la especie humana tuviera que confiarse a una fórmula tan paradójica como la de "la sociable insociabilidad" del hombre. En efecto, el espectáculo de la historia real de la humanidad no permite pensar sino en el caos como su forma de ser, pero si levantamos la vista hacia el futuro veremos que un "plan secreto de la Naturaleza" (que es un perfecto equivalente de la "mano invisible" de Adam Smith) llevará a la especie a su realización: de la insociabilidad, del egoísmo y las pasiones, nacerá un día la comunidad. Más claro es Rousseau. Para él, todo está equivocado desde el principio, porque justo en el principio se sitúa una representación tramposa del sujeto: lo que le reprocha a Hobbes es que haya imputado al hombre natural los vicios del hombre de la sociedad civil y corrupta, los vicios del hombre de la propiedad privada y la desigualdad. Rousseau, en primer lugar, rehabilita —en una clave preromántica— la naturaleza humana, pero no para deducir de ella el mercado, sino para abrir el horizonte histórico a una realidad nueva; y en segundo lugar rechaza la naturalización del mercado, la consolidación de una objetividad social y política que impide la revisión de los fundamentos de la polis y, por tanto,

bloquea la conciliación del hombre y el ciudadano. Aunque pensara al ciudadano como una especie de ángel liberado de toda necesidad material e histórica, lo significativo hoy para nosotros es que eso lo hiciera porque necesitaba situar en algún lugar ajeno a la objetividad de la sociedad civil —en el cielo (temible, por otra parte) de su república ideal— algo que en el espacio real de la historia había sido brutalmente desfigurado: el individuo de la especie humana.

2º El segundo momento es el *constitutivo* del discurso jurídico. Estamos en el siglo XIX, que se abre con la Escuela Histórica del Derecho. El final traumático de esta Escuela expresa una tensión entre nacimiento histórico del derecho y reducción sistemática del mismo que nunca se ha pacificado. Pero podemos entender mejor ahora su sentido. En esa tensión, lo que se repite son los efectos de aquel movimiento inicial del pensamiento moderno, la hipótesis del estado de naturaleza, que desarraigó al hombre de la historia para confinarlo en el interior de una objetividad que traiciona de la forma más completa lo que se había prometido, aunque se insista en llamarla “sociedad” o “naturaleza”. Esta ruptura es irreparable, y por eso el pensamiento jurídico vive condenado a aquella oscilación pendular: hoy un poco más de Forma, mañana un poco más de Vida. Pero Forma y Vida han sido construidas por y dentro de una razón que habla un sólo lenguaje: de nuevo, el de la *bürgerliche Gesellschaft* como un dato natural. Podrá el derecho, quizás, llegar a ser superfluo —estructura redundante, como dice el análisis económico del derecho—, pero la experiencia social nunca podrá ser pensada ni descrita en un lenguaje distinto si no se recuerda y se rectifica aquella progenie filosófica en la que, como decía, toda la partida estaba ya jugada y ganada.

Como antes me he detenido en este punto, quiero añadir sólo una última consideración. Para que nadie falte a la cita, he aquí que la entrega del individuo al sistema social, la obsolescencia práctica del sujeto como categoría central de la cultura jurídica, encuentran ahora una inesperada confirmación en relecturas de Savigny (la de Paolo Becchi) que ven el *Juristenrecht* como una primera formulación del derecho autopoiético, de forma que el final —por ahora— del discurso jurídico estaría ya inscrito en su principio. Conviene no olvidar esta observación.

3º El tercer momento al que quiero referirme, ya de forma brevísima, es el de la *segunda secularización*. Estamos en el siglo XX y, sobre todo, en Kelsen.

Como es sabido, Montesquieu y Voltaire discutieron fuertemente acerca de las reformas introducidas en las estructuras del poder por el rey Luis XIV de Francia, reformas que pretendían menoscabar el poder de la nobleza. Voltaire no podía dejar de saludar esas reformas como un momento de progreso, una hora feliz. La reflexión de Montesquieu, por el contrario, quizás por ser la de un conservador tan extraordinariamente inteligente, resulta más interesante. Lo que Montesquieu viene a decir es, en síntesis, lo siguiente. Esas reformas son un error porque dejan desnudo al Rey al despojarlo de la protección que le proporcionan los cuerpos intermedios; lo convierten en un ser mortal, humano, secular, es decir, en alguien que, al no estar separado de los demás por las distancias reales y simbólicas que crean las estructuras interpuestas, está al alcance de *cualquier hombre* que quiera tocarlo... o matarlo.

¿A cuál de estos dos pensadores ha seguido la burguesía? Creo que no ha tenido el valor de ser todo lo democrática que Voltaire proponía y que, en cambio, ha aprovechado bien la lección de Montesquieu. Pongamos al derecho en el lugar del Rey (Foucault llama a nuestros sistemas “monarquías jurídicas”), situemos en lo más alto la “forma eterna (inmortal e inaccesible) de la vida social”. Porque, en efecto, durante el siglo XIX el discurso de la ciencia jurídica era demasiado vulnerable; pese a todas las protestas de cientificidad, la asepsia valorativa brillaba por su ausencia y de hecho se argumentaba una *legitimación material* del orden: el orden y el derecho son legítimos porque son justos, porque realizan la justicia, los derechos subjetivos, los viejos derechos naturales del sujeto moderno. Demasiado arriesgado: desde tales planteamientos ¿cómo responder a la demanda de una igualdad real, no sólo formal? ¿cómo poner a salvo de la misma idea democrática a un derecho llamado a realizarla pero que no consigue hacer de ella una experiencia histórica reconocible? ¿cómo inmunizar al derecho respecto de la justicia?

Creo que fue Kelsen el que primero y mejor entendió este problema. Kelsen lleva a cabo una segunda y más radical secularización del pensamiento jurídico cuyo sentido esencial reside en la construcción de una teoría del derecho y el Estado *sin sujeto* (esa era la impureza a eliminar, la categoría con la que, como con el caballo de Troya, entraban todos los problemas en el viejo positivismo). Baste recordar toda su crítica de la noción de derecho subjetivo. Pero el propósito es más amplio: Kelsen no encuentra diferencias sustanciales entre iusnaturalismo y positivismo jurídico porque ambos se basan en categorías antropomórficas y naturalistas que es preciso desterrar. De esta forma, la depuración emprendida por Kelsen adquiere un carácter más grave aún: estamos, en efecto, al borde del silencio del discurso jurídico. Pues, en efecto, bajo esas condiciones sólo es posible argumentar una *legitimación puramente formal* del orden social y del derecho.

Pero esto es justamente lo que Kelsen buscaba movido, desde luego, por circunstancias históricas muy concretas en las que debe entenderse el programa del relativismo democrático que hay en la base de su proyecto. De hecho, esta fortísima autocensura impuesta al discurso jurídico funciona como una máscara: gracias a que éste “habla menos”, el derecho puede seguir siendo pensado como “forma eterna de la vida social”: hablar menos, pues, para recuperar la intangibilidad del orden.

Si hacemos balance del trayecto ejemplificado en estos tres momentos de la cultura jurídica, el resultado es claro: de la desaparición del individuo humano (que se convierte en sujeto abstracto) a la desaparición de la sociedad (que se convierte en naturaleza—mercado) y a la desaparición, finalmente, del sujeto. Me parece superfluo señalar cómo el paradigma sistémico hoy dominante prolonga y conecta perfectamente con las condiciones y el resultado de este proceso.

V. PARA CONCLUIR

Para concluir, recordaría dos cosas fundamentales que, por omisión, creo haber demostrado:

Primero. La condición de racionalidad del pensamiento jurídico ha sido sucesivamente interpretada como una exigencia de desalojar de dicho pensamiento cada vez más cosas, hasta llegar a un punto en el que, como ocurre hoy, los juristas no tienen ningún argumento *propio* y convincente a la hora de discutir —por ejemplo— la propuesta del análisis económico del derecho de sustituir la llamada ciencia jurídica por la ciencia económica. En realidad, los juristas no tienen nada propio que defender, porque ellos mismos, creyendo así salvar su discurso, lo han entregado a un mecanismo que sistemáticamente reproduce la entrega del mundo del derecho a una objetividad real que se explica mucho mejor con la teoría sistémica que con todo el viejo aparato de categorías de la dogmática. Los juristas han perdido toda capacidad de distancia respecto de su objeto, precisamente en la medida en que lo han hecho cada vez más irreconocible para ellos mismos. Por eso encontramos un panorama de crisis, tanto en el trabajo propio de la ciencia jurídica (el punto de vista interno) como en el de la crítica del derecho (el punto de vista externo).

Segunda. Para salir de esa situación, me parece indudable que hay que volver a hacerse cargo del tema de la subjetividad, asumiéndolo como un compromiso fuerte, en dos sentidos. Primero, en el sentido de que no podemos repetir (en esto Kelsen sigue siendo válido) un discurso sobre el sujeto dependiente de un pensamiento no secularizado, idealista y humanista, aunque tenga las mejores intenciones: la naturaleza humana acaba siempre siendo una caja vacía en la que cada

cual encuentra lo que previamente ha puesto en ella. Y segundo, en el sentido de que, si queremos que la recuperación del tema de la subjetividad nos sirva como palanca desde la que probar a articular un discurso nuevo sobre el sujeto, la sociedad civil, el poder, el Estado, etcétera, habrá que acabar con la clausura dogmática, es decir, habrá que rescatar el tema de la subjetividad de las manos de los juristas que lo han conducido al silencio. Es imprescindible la apertura del discurso sobre la subjetividad a saberes como la antropología o el psicoanálisis, capaces de dar una visión de la experiencia humana que restituya toda su complejidad real (no la complejidad abstracta dentro de la cual se la inscribe hoy). Esa apertura mostraría cómo el campo de la experiencia humana (que siempre es simultáneamente individual y social) no puede ser reducido a formas fijas; por el contrario, existe un continuo intercambio de transformaciones que es lo que puede hacer a esa experiencia creativa e innovadora, como demuestra la emergencia de problemas que sistemáticamente son entregados a otros saberes para que los gestionen desde su racionalidad parcial. La misma democracia es impensable fuera de este contexto intelectual más rico, recuperador de toda la problematicidad radical que hay en la experiencia histórico-social.

Espero que se haya notado que, en la reconstrucción del discurso de la cultura jurídica que he presentado, nunca he hablado de soberanía. Sencillamente, no hacía falta. Por eso, y para terminar, diría que el problema consiste en cómo reabrir el discurso sobre el derecho en términos que nos permitan tener a la vista la cuestión de la soberanía (y por tanto de la ilimitación esencial de la democracia). No creo que pueda aspirarse a una ciencia jurídica pura; es más, no creo que tal cosa sea deseable. Creo que la reapertura del discurso jurídico pasa por un proceso de contaminación histórica y política, cultural y social, hasta que el sujeto de que hablamos vuelva a resultarnos familiar, reconocible.