

EL BASILISCO

Revista de materialismo filosófico

Nº 58 (2023), páginas 85-98

Luis Carlos Martín Jiménez

IES Antonio Jiménez-Landi

ORCID 0000-0003-3809-8966

Comentarios críticos a los fundamentos de la filosofía del Derecho de Hegel

Resumen:

Una filosofía del Derecho que se precie tiene que ser capaz de enfrentarse con cualquier otra doctrina jurídica. Doscientos años después de la publicación de los Fundamentos de la filosofía del Derecho de Hegel, parece apropiado ejercer la crítica de sus aspectos más interesantes. Por ejemplo, para separar lo específico de las categorías jurídicas de otras categorías con las que está involucrado, pero con las que no puede confundirse (políticas, económicas, morales &c). O para establecer el grado de cientificidad de un núcleo del Derecho cuya racionalidad dialéctica ni puede cerrar su campo, ni se confunde con la filosofía. O para seguir la necesidad de un orden histórico del Derecho sin que su "universalidad" se pierda en los brumosos mitos del espíritu germánico. Pero pese a la distancia que nos separa de Hegel, coincidimos en su crítica al subjetivismo kantiano, a saber, la actual doctrina de los derechos subjetivos, una lacra que sufre el ejercicio del Derecho al perder de vista su función esencial, la eutaxia del Estado, acarreado consecuencias nefastas para los mismos sujetos en los que se dice fundamentar el Derecho.

Palabras clave: Filosofía del Derecho, materialismo filosófico, Hegel, Gustavo Bueno.

Abstract:

A self-respecting philosophy of law must be able to deal with any other legal doctrine. Two hundred years after the publication of Hegel's Fundamentals of the Philosophy of Law, it seems appropriate to criticize its most interesting aspects. For example, to separate the specific of the legal categories from other categories with which it is involved, but with which it cannot be confused (political, economic, moral &c). Or to establish the degree of scientificity of a nucleus of Law whose dialectical rationality cannot close its field, nor is it confused with philosophy. Or to follow the need for a historical order of Law without its "universality" getting lost in the misty myths of the Germanic spirit. But despite the distance that separates us from Hegel, we agree in his criticism of Kantian subjectivism, namely, the current doctrine of subjective rights, a scourge suffered by the exercise of Law by losing sight of its essential function, the eutaxy of the State, bringing dire consequences for the same subjects on which the Law is said to be based.

Keywords: Philosophy of Law, Philosophical materialism, Hegel, Gustavo Bueno.

EL BASILISCO

Fundador

Gustavo Bueno

Director

Gustavo Bueno Sánchez

Secretaría de Redacción

Amparo Martínez Naves (Fundación Gustavo Bueno)

Consejo de Redacción

Jesús G. Maestro (Universidad de Vigo)

José Arturo Herrera Melo (Universidad Veracruzana, México)

Íñigo Ongay de Felipe (Universidad de Deusto)

Patricio Peñalver (Universidad de Murcia)

Elena Ronzón (Universidad de Oviedo)

Pedro Santana (Universidad de La Rioja)



Todos los artículos publicados en esta revista han sido informados anónimamente por pares de evaluadores externos a la Fundación Gustavo Bueno.

EL BASILISCO se publica con periodicidad semestral. Véanse las normas para los autores en: <http://www.fgbueno.es/edi/basnor.htm>

<http://www.fgbueno.es/bas>
basilisco@fgbueno.es

ISSN 0210-0088 (vegetal) - ISSN 2531-2944 (digital)
Depósito Legal: O-343-78



© Fundación Gustavo Bueno * Avenida de Galicia 31 * 33005 Oviedo (España)



Artículos

Comentarios críticos a los fundamentos de la filosofía del Derecho de Hegel

Luis Carlos Martín Jiménez

IES Antonio Jiménez-Landi
ORCID 0000-0003-3809-8966

La filosofía del Derecho de Hegel supone la culminación de una tradición de pensamiento jurídico típicamente alemana. Enfrentarnos a ella requiere ejercer la crítica y demolición de una concepción idealista de la realidad cuyas leyes universales y necesarias creen, o fingen creer, conocer. De hecho, el carácter subjetivista y práctico de esta tradición encuentra en el Derecho su mejor expresión, por tanto, el Derecho será una de las batallas decisivas que hay que librar en la lucha contra el idealismo espiritualista que la dialéctica hegeliana supone haber ganado. El desmoronamiento progresivo de Dios como fundamento de la providencia que rige el mundo no se llevará el fin de la historia con él, sino que se transformará, con Hegel, en una dialéctica inmanente igualmente necesaria que subordina el Estado al Derecho y el Derecho a un Sujeto Absoluto con aspecto ario.

El análisis o disección de la obra hegeliana que supone el canto del cisne de la filosofía del Derecho elaborada por filósofos, no significa que nos sumemos a los juristas de profesión que a partir de entonces se van a arrojar la formulación de los principios o los fundamentos del Derecho; nosotros no somos juristas, antes bien, nuestra posición supone la inversión de la

tesis hegeliana que hemos citado, por ejemplo, la crítica a la idea de Estado de Derecho (al que algunos añaden su carácter democrático) y, por ende, a la idea de Derecho absoluto. A nuestro modo de ver, es el sujeto el que se subordina al Derecho, y éste al Estado, que lejos de identificarse con el fracasado imperio alemán, transcurre por imperios universales como el español, un imperio hecho por legistas con base monárquica.

La exposición en forma de las bases de una filosofía del Derecho que nos permita llevar a cabo esta crítica se puede encontrar en *La esencia del Derecho*¹. Aquí nos limitaremos a señalar la influencia que la obra de Hegel haya podido tener como gozne entre la concepción del Derecho natural cuya tradición hereda, y la deriva jurídica o gremial que en líneas generales han desarrollado los profesores de Derecho sobre estos temas.

Los comentarios que llevaremos a cabo van dirigidos a situar las tesis de Hegel desde nuestras coordenadas y diagnosticar el estado de la cuestión en que se encuentra el Derecho.

(1) Luis Carlos Martín Jiménez, *La esencia del Derecho. Una filosofía materialista de las categorías jurídicas*, Pentalfa Ediciones, 2021.

1. La tradición jurídica alemana en que se inserta la filosofía del Derecho de Hegel

Por no remontarnos a la filosofía española del s. XVI como base de la dialéctica que dará como resultado el gran ciclo de la filosofía alemana, obviaremos la referencia a los moralistas que elaboran los grandes tratados “jurídicos” de la escolástica española, ya sean de la escuela de Salamanca (Francisco de Vitoria, Luis de Molina, Domingo de Soto, Melchor Cano, &c.) o en particular, del frente jesuita que está educando Europa, con Francisco Suárez a la cabeza². Pero aunque no entremos en las nuevas formulaciones de raíz ius-naturalista que los teólogos españoles están elaborando ante la aparición del “nuevo mundo”, conscientes de que están ante algo completamente insospechado que requiere la actualización de la fundamentación y aplicación de las leyes positivas, la dialéctica teológica que se dispara en Europa con el Imperio español es imprescindible para entender el cisma protestante y las sucesivas fundamentaciones del Derecho que llevarán a cabo lo que Gustavo Bueno denomina “inversión teológica”, a saber, la progresiva ocupación del lugar de Dios por la ciencia natural, la economía política, y el ius-racionalismo jurídico (la quema pública de tratados de Mariana o Suárez en Francia o Inglaterra así lo demuestran).

Comenzaremos por referirnos al Derecho que se hace en el contexto protestante en la medida en que se levanta contra el dominio propio del Derecho canónico o Derecho común europeo administrado por la Iglesia de Roma. De hecho, la “causa” que origina el cisma se suele poner en la venta de indulgencias que inclinan la “justicia divina” y que administraban banqueros alemanes como los Fugger. Lutero ve a los juristas como lacayos del Papa y al propio Papa como jurista de Dios, por lo cual, el jurista aparece como el mayor enemigo de una teología “del libre examen”, cuya “novedad” consiste en volver a la Biblia que multiplica por miles la imprenta de Gutenberg. Por eso, a la razón, “la más grande puta que tiene el Diablo”, según dice Lutero en el *Sermón del segundo domingo después de la Epifanía* del 1546, “nadie la puede juzgar”³, tesis que anticipa las intenciones kantianas que limitarán el uso de la razón pura cognoscitiva, en realidad, la ciencia natural y la matemática, a unos fenómenos cuyo fundamento nouménico está en la práctica “pura” de una “humanidad santa”, es decir, en el “deber ser”. En palabras del Prólogo a la segunda edición de la *Crítica de la Razón Pura*: “tuve pues, que suprimir el saber para dejar sitio a la fe”.

(2) Luis Carlos Martín Jiménez, *La implantación política de la filosofía alemana*, El Basilisco, nº 50, 2018.

(3) Ignacio Carlos Maestro Cano, *La visión protestante del Derecho*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº108, 2016.

De modo que el paso de una fundamentación del Derecho teológica a otra antropológica se hace a través de un fideísmo que aborrece la razón (en realidad, las nuevas ciencias) y que se abre paso transformando el fundamento voluntarista divino en una voluntad “santa” humana, lo que se positivizará en los códigos jurídicos de los nuevos Estados protestantes que se irán formando en la Europa de las guerras de religión. Se disputan la ordenación de un mundo ajeno al católico Fernando I y su dictum: *fiat iustitia et pereat mundus*. Y es que el fundamento de la ley de los nuevos Estados protestantes, según la cual la confesión religiosa del rey se aplica a todo su territorio, *cuius regio, eius religio*, formaliza la inversión de la fórmula tradicional de la política de los Reyes Católicos según la cual *cuius religio, eius regio*. Lo que en realidad significa eliminar una supuesta voluntad divina para poner la voluntad del legislador (disfrazada de voluntad general o del pueblo soberano), estableciendo las nuevas bases del positivismo jurídico.

Elius-racionalismo que lleva adelante la secularización del Derecho (Grocio, Pufendorf, &c.) oculta la dialéctica de imperios que subyace a estas nematologías, a saber, la oposición de imperios depredadores como el inglés o el holandés a la monarquía católica española que domina el mundo. Será Baltasar de Ayala quien formule las nuevas bases del Derecho Internacional (*Del Derecho y de los oficios de la guerra y de la disciplina militar*, 1582) en términos que Hegel articula como historia universal que desemboca en la tradición germana. Lo que hace que inmediatamente se le atribuya el papel de filósofo oficial de la monarquía prusiana.

Ahora bien, la historia de los “rótulos” que definen la concepción del Derecho es más compleja. Después del intento de elaboración de una *philosophia legalis*, referida a los fundamentos y primeros principios de las leyes, la filosofía del Derecho se fue configurando, según se distanciaba del Derecho natural o de gentes, a través de la *philosophia iuris*, un intento de desmarcarse de los fundamentos teológicos del Derecho (*Philosophia iuris vera*, Franciscus Julius Chopius, 1650)⁴. Con la *Rechtsphilosophie* o *Philosophie des Rechts* que culmina en Hegel, se traslada la reflexión jurídica a las Facultades de Derecho donde se desarrolla una filosofía de juristas hecha para juristas que llega hasta la actualidad.

En el terreno filosófico anterior a Hegel, el Derecho tuvo una presencia muy notable. Basta recordar que el llamado padre de la filosofía alemana, G. W. Leibniz fue jurista de profesión, ejerciendo de juez de apelación en Mainz (lo que al parecer le encantaba), siendo consejero de justicia en Hannover y Berlín, así como legislador del código de Derecho civil imperial de 1678. Su iusracionalismo se funda en la justicia teológica cuyos principios eternos rigen en todo lugar, una doctrina

(4) Rafael Ramis Barceló, *El nacimiento de la Filosofía del Derecho. De la Philosophia iuris a la Rechtsphilosophie*, Dykinson, 2021.

racional cuyo método o arte combinatorio permitiría elaborar un Derecho universal, pleno, coherente y absoluto. En el caso de Emmanuel Kant, el lenguaje jurídico será omnipresente en toda su obra, hablando de tribunales de la razón, juicios y legislaciones universales, jurisdicción de la razón práctica pura &c., ocupándose del Derecho en la *Rechtslehre* de la *Metafísica de las costumbres* (1796), cercano el final de su vida. Una obra cuyos principios se pueden constatar en la actualidad de ideas como el arbitrio de la libre voluntad “exterior”, que en realidad son una suerte de “literatura normativa” formal y vacía de imposible aplicación, que nos pone ante un mundo inexistente, aquel donde “la libertad de unos no interfiera con la libertad de otros según una ley universal”. Unos fundamentos subjetivistas que va a criticar Hegel, pues la libertad individual como criterio al que debe referirse toda la sistemática jurídica no estaría supeditada al Estado, sino a un imperativo categórico que se desarrollará en formulaciones como la actual Declaración universal de los Derechos Humanos de 1948.

2. El lugar y la fundamentación del Derecho en la obra de Hegel

Comentaremos los pasajes más interesantes de la filosofía del Derecho hegeliana para marcar las diferencias con las ideas del Derecho en que nos movemos desde el Materialismo Filosófico (aprovecharemos la ocasión para señalar las ideas que “traduce” Carlos Marx al campo de la economía política)⁵.

Los *Grundlinien o Fundamentos de filosofía del Derecho* que Hegel publica en 1820 se subtitulan “o compendio de Derecho natural y ciencia del Estado”, recogiendo las pretensiones de cientificidad de su primer ensayo sobre el Derecho, titulado, *Sobre las maneras de tratar científicamente el Derecho natural (su lugar en la filosofía práctica y su relación constitutiva con la ciencia positiva del Derecho)* de 1803. Será interesante resaltar algunos cambios de una obra a otra.

En 1803 se queja Hegel de que se denomine “ciencia” a una teoría del Derecho (Hobbes, Locke, Rousseau &c.) de carácter empírico que desde los hechos jurídicos levanta principios racionales o fundamentos del Derecho. Lo mismo piensa de las ciencias del Derecho formalistas de Kant y Fichte, cuando la única ley que reconocen, la voluntad pura formal (el imperativo categórico), se opone a la conciencia real del sujeto y deriva en la idea de Derecho como coacción (o compulsión). Con la eticidad (*sittlichkeit*), término que deriva de *sitten* (costumbres), Hegel se refiere a la necesidad lógica inserta en la

propia historia de los hechos, sentido plasmado en cada momento histórico de los pueblos, donde brota su unidad científica. En el sistema de leyes que expresan la cultura del pueblo se funden la moralidad y el Derecho abstracto o natural. De modo que, en vez de coacción, el Derecho es exteriorización o manifestación de la libertad. Resaltaremos dos diferencias fundamentales respecto de su canónica y última formulación. La primera consiste en pasar de comprender el ejercicio de la libertad vinculada al sujeto a vincularla al Estado, y la segunda, en la misma línea, pasará de identificar la eticidad con la figura del pueblo “como potencia ética natural”, a identificarla con lo “ético”, representado por la figura del Estado “como saber legal de sí”.

El Derecho también aparece en la *Fenomenología del Espíritu* (1807), donde la eticidad sigue a la Razón, cuando se ocupa del Espíritu (antes de la figura de la Religión): la primera parte se ocupa del Espíritu verdadero o eticidad, dividido en familia, pueblo y Estado de Derecho, y termina con la persona (siendo sus otras dos partes, la cultura y la moralidad). Se trata de un orden inverso (por lo menos en parte) al que seguirá en los *Fundamentos*, y que ya vimos aparecer en la estructura de la segunda edición de la *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas* (no en la primera de 1817, sino en la de 1830, donde ya no aparece la idea de pueblo, sustituida por sociedad civil). Este “compendio enciclopédico” de su filosofía se divide en una Ciencia de la Lógica, una Filosofía de la Naturaleza y una Filosofía del Espíritu, y es en esta última parte, concretamente en la dedicada al Espíritu Objetivo, en la que se tratan las ideas jurídicas.

En efecto, en la *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*, el Espíritu Objetivo se divide en Derecho (propiedad, contrato y derecho, frente al entuerto), moralidad (propósito, intención y bien y mal) y eticidad (familia, sociedad civil y Estado). De modo que el lugar que ocupa el Derecho es muy notable, pues se vincula con la realidad en general, como existencia de la voluntad libre, no ya en sentido limitado como Derecho jurídico, sino abarcando toda la existencia de las determinaciones de la libertad. En cuanto Derecho abstracto, aparece de forma inmediata en la persona a través de la propiedad. El segundo momento de la voluntad libre aparece como Derecho de la voluntad subjetiva en la moralidad. Para finalmente, realizar la necesidad de su concepto en la eticidad: como Espíritu inmediato en la familia, en sus relaciones mutuas como sociedad civil (*bürgerliche*), donde aparecen categorías jurídicas como la administración de justicia (la ley vigente, el tribunal y la prueba), para terminar como realidad orgánica efectiva en la constitución política.

Ahora bien, es en los *Fundamentos de la filosofía del Derecho* donde encontramos la formulación de las categorías jurídicas en su involucración con otras categorías (políticas, morales, económicas, históricas

(5) Utilizaremos la edición G. W. F. Hegel, *Filosofía del derecho*, con introducción de Carlos Marx, por la Editorial Claridad, Buenos Aires, 5ª edición, Digital Titivillus, agosto de 1968.

&c.) e integradas en sus fundamentos filosóficos, en particular la Lógica. En el Prefacio ya se presentan algunas líneas que marcarán los desarrollos del Derecho actual. En la primera se trata de buscar una teoría del Estado, es decir, una teoría del mundo ético (el de la razón estatal), ni del pueblo, ni de la religión, ni del sentimiento subjetivo, sino del concepto y estructura de la realidad del Derecho como teoría del Estado. Lo que a nuestro modo de ver supone confundir las categorías jurídicas, en lo que tienen de esencial, con las categorías políticas, por ejemplo, identificándolas con la legalidad, una tesis casi hegemónica hoy día que identifica el Derecho con la normativa.

En su famoso Prólogo, Hegel se dirige contra el subjetivismo que niega lo real y juzga con el sentimiento desde sus representaciones formales, así como contra un “deber ser” que dirige la realidad de antemano. Se trata, de nuevo, de hacer una ciencia del Estado tal y como es, una ciencia objetiva donde se parte de la realidad y luego la filosofía se hace cargo de ella: “el Búho de Minerva inicia su vuelo en el crepúsculo”. De hecho, la realidad se identifica con la racionalidad: “todo lo que es racional es real y lo que es real es racional”. Defendiendo un monismo de la inteligibilidad al que nos oponemos tal y como aparece en la segunda parte de su fórmula, pues si bien “todo lo racional es real”, no “todo lo real es racional”. No creemos en un monismo o identificación de lo real y lo racional, pues la racionalidad no se desarrolla a través de una lógica dialéctica del Espíritu que lo abarque todo. La racionalidad, suponemos, es institucional, lo que no significa que todas las instituciones sean coordinables con todas y formen una unidad. De hecho, el mundo que se configura de este modo no agota la materia o campo de lo real, por lo que no todo lo real es racional.

Si el proyecto hegeliano lo consideramos fallido, es porque opera con una idea de enciclopedia o unidad de las ciencias al que nos oponemos de plano. Categorías jurídicas, políticas o históricas no son conmensurables, ni cabe vincularlas como “saber del pensamiento de la ciencia lógica hacia la verdad”. Nosotros partimos del campo propio de cada una de ellas y de la especificidad de sus conceptos, aunque existencialmente no quepa separarlas. Que lo racional sea real no significa la eliminación de las inconmensurabilidades entre disciplinas e incompatibilidades entre instituciones. Precisamente el origen y la necesidad del Derecho deriva del conflicto permanente entre instituciones, por ejemplo, entre las éticas y morales. El Derecho no es la ciencia del Estado, ni el Estado agota la realidad del Derecho. Nuestra tesis pone en el proceso judicial un núcleo jurídico donde no puede entrar la política, pues tiene un funcionamiento, unos ritmos y una estructura “cerrada” a intervenciones externas (*iuris tantum*, si no se demuestra lo contrario). Lo que no quiere decir que la esencia del Derecho, producto de ese núcleo, comprenda un cuerpo judicial (cargos, conceptos, procesos,

operativa, jerarquía, & c.) ajeno a la normativa legal generada en el contorno del Derecho, la política en que se inserta todo sistema jurídico, sin confundirse con él.

Las ciencias antes que tender a la unificación, se limitan entre sí, y antes que alcanzar la objetividad que pretende Hegel, se desarrollan, como es el caso del Derecho, a través de una practicidad operativa cuya recurrencia es técnica, artística, en términos de la *Teoría del Cierre Categorical*⁶, una metodología β -operatoria.

En todo caso, nos proponemos seguir el texto hegeliano, a cuyo tamiz, vayan apareciendo con suficiente claridad diferentes aspectos de nuestra doctrina del Derecho.

En su Introducción repite Hegel la pretensión de estar haciendo una ciencia filosófica del Derecho “§1- la ciencia filosófica del Derecho trata el concepto o idea del Derecho en su realización”, confundiendo de nuevo el bloque que constituyen las ciencias, con el bloque que vincula las ciencias con la filosofía. Desde nuestro punto de vista la filosofía no es una ciencia, ni del Derecho, ni de nada. La filosofía es un saber de segundo grado, es decir, requiere del saber científico y técnico, pero la concatenación sistemática de ideas que elabora es apagógica, dialéctica, se hace frente a terceras doctrinas, nunca como teoría científica. La filosofía se ocupa del fundamento del Derecho, pero no como dice Hegel en el segundo párrafo de la introducción, en cuanto es una “parte de la filosofía”. Del mismo modo, en su idea de realización del Derecho como Estado, está confundiendo la inserción del Derecho en el Estado, pues no hay Estado sin Derecho, con la idea de “Estado de Derecho” en su sentido de genitivo objetivo, como si el Estado adquiriera su realidad específica desde las categorías jurídicas (y no como Estado de cultura, o Estado sanitario, o Estado gendarme &c.), cuando, aun negando ningún tipo de independencia judicial (como tampoco es independiente el político del sistema jurídico que le puede llegar a juzgar por malversación o sedición), no cabe confundir las elecciones con un tribunal popular, o el parlamento con el “politizado” Tribunal Constitucional, ni confundir el Tribunal de Cuentas con el Ministerio de Hacienda, y así sucesivamente. Si tuviéramos que señalar el momento de la “realización del Derecho” habría que referirse de nuevo al proceso judicial, el *iudicium* como institución ceremonial donde cobran realidad códigos, imputaciones, pruebas, sentencias y el resto de conceptos del campo jurídico.

Afirma Hegel que el Derecho es positivo “§3- como autoridad legal y desenvolvimiento histórico nacional”, es decir, como “auto-determinación racional de la nación”. Ahora bien, esto supone que algo en el “universo” puede desarrollarse separado del resto, no al modo del Dios aristotélico, sino más bien al modo del *Estado comercial*

(6) Gustavo Bueno, *Teoría del Cierre Categorical*, Pentalfa Ediciones, 1992-1993.

cerrado de Fichte, donde se vincula tal “autonomía” a una idea de nación política de estirpe “jurídica” contemporánea de Hegel. Pero el Derecho no aparece con la nación, ni con un Estado separado del resto, antes al contrario, el Derecho se inicia con el imperio romano en tanto co-ordinador de múltiples “naciones étnicas”. Dado que la función del Derecho es eutáxica, todo imperio diapolítico que se extiende por una pluralidad de pueblos o etnias requiere de un proceso que tramite los desajustes que van referidos principalmente a la propiedad y el comercio, por lo que más que “desenvolvimiento” de una sustancia propia, el Derecho se realiza como una praxis procedimental de conflictos entre partes con normativas (religiosas, morales, productivas, sociales &c.) en conflicto permanente.

Se afirma en el párrafo 4, que “el campo del Derecho es, en general, la espiritualidad y su próximo lugar y punto de partida es la voluntad, que es libre”. Nos encontramos, como explica Hegel en la *Enciclopedia*, con un Espíritu que es inteligencia, produciéndose como Espíritu práctico. Esta idea “teórica” de practicidad, y otras semejantes, ha conducido a situar la esencia del Derecho en torno a las facultades del sujeto, bien en el sujeto que reclama un derecho conculcado poniendo una demanda, bien en el juez cuyo juicio racional impone su voluntad. Nuestra doctrina del Derecho comprende la practicidad del Derecho, su carácter técnico o artístico, como “ciencia prudencial” de modo operativo, físico, quirúrgico, no como praxis argumentativa o vinculada a la voluntad del sujeto. Es decir, el “campo” en el que se desarrolla el Derecho como tal, requiere un *hic et nunc*, por ejemplo, una sede judicial concreta y un tiempo fijado, desde el momento en que se admite a trámite una denuncia y se fijan los plazos del proceso, o desde el momento en que se inicia un procedimiento contencioso-administrativo. Es evidente que en el campo del Derecho no entran los “espíritus” y menos una libertad metafísica cuya voluntad, cuando se nieguen sus pretensiones, tendrá que acatar las sentencias de modo coactivo, por la fuerza y la violencia, si no con la muerte (como por otro lado admite Hegel).

Nos encontramos en esta Introducción con alguna de las famosas “sentencias” de Hegel, modelo de síntesis de su doctrina. aunque no siempre acertadas. Así, se afirma en el párrafo 7 que “la libertad del querer es como la gravedad del cuerpo”, una analogía ontológica que Kelsen repite a su modo cuando dice en la *Teoría pura del Derecho* (1934), que la imputación es en el Derecho como la causalidad en Física, siguiendo la analogía entre leyes del reino natural y leyes del reino “cultural”. Sin duda, cabe afirmar que el campo subjetivo de los deseos, las intenciones y las pasiones ocupa en el Derecho un estrato de fenómenos cuyo papel será necesario determinar en cada caso, por ejemplo, en cuanto material vinculado a los “hechos” que se juzgan, pero nunca en cuanto contenido formal del proceso judicial

(y menos en la prueba), cuya pulcritud y frialdad trata de ajustarse a la rigurosidad del protocolo. En este caso, las analogías entre relaciones categoriales psicológicas (libertad/querer) y físicas (gravedad/cuerpo) no creemos que estén ajustadas. Nos parece que, para Hegel, igual que la gravedad es el campo de fuerzas que determinan el movimiento de los cuerpos, así, la libertad es el campo de fines, de posibilidades, que posibilitan el querer individual (como dirá en el párrafo 10, “la libertad es facultad, es decir, posibilidad”). Si dudamos de la analogía es porque no consideramos que se trate de una proporcionalidad aritmética o propia, sino que más bien, es poética o impropia, ¿por qué?, porque la determinación gravitatoria del cuerpo es lo contrario que la posibilidad volitiva del querer, entre otras cosas, porque el querer no se elige libremente, sino que viene dado. A no ser que nos acordemos, contra la concepción hegeliana, de la idea de libertad de Espinosa, pues si la libertad no consiste en la posibilidad de la voluntad, sino en “seguir la necesidad”, entonces sí podemos establecer una proporción compuesta donde las leyes de la Física son tan obligatorias como las leyes “humanas” o psicológicas. En cualquiera de los casos, la diferencia entre la necesidad física y la psicológica es gnoseológica, pues la segunda es posteriorística, es decir, necesaria una vez que ha pasado, pero no dada a priori por una ley que conocemos de antemano al modo del desarrollo hegeliano del espíritu.

Argumentos parecidos podrían aplicarse a Kelsen cuando se perciben las diferencias entre la causa física de un movimiento y la causa voluntaria que inicia un procedimiento judicial. Por ejemplo, porque la causa física que genera un movimiento como efecto que modifica un esquema material de identidad (una bola que choca con otra cambiando su estado de reposo o de movimiento inercial), es contraria a lo que pasa en Derecho, donde el efecto que se quiere conseguir con la imputación es precisamente la vuelta a un estado que se ha conculcado, y además, estaría por demostrar que esa causa tenga efecto alguno, pues si el juez sentencia en contra de la demanda deja las cosas como estaban.

Cabe resaltar, en otro orden de cosas, la consideración de las figuras jurídicas como propias de la “Autoconciencia”: “§21- La autoconciencia es el principio del Derecho, de la moralidad y la política (la ética)”. A nuestro entender, este párrafo permite interpretar la crítica que hace Marx a los *Fundamentos*, en tanto identifica a Hegel con la autoconciencia alemana, y, por tanto, contraria a la realidad que para Marx explica el Derecho, a saber, la conciencia alienada por la lucha de clases. Por otro lado, también nos permite entender la matriz que ofrece Gustavo Bueno de la totalidad de la filosofía hegeliana⁷.

(7) Gustavo Bueno, *En torno a la distinción morfológico/lisológico* (y 3), El Catoblepas, nº 65.

El cuerpo de los *Fundamentos* se divide en la consabida trilogía: Derecho abstracto, moralidad y ética. La Primera parte dedicada al Derecho abstracto prefigura una gran parte del terreno de la economía política de Marx, pues se divide en la propiedad, el contrato y lo injusto. En efecto, para que la persona exista “§41- debe darse una esfera externa de libertad..., una cosa..., lo exterior en sí mismo”. De modo que “§43- el Espíritu degrada su interioridad a la contigüidad y a la exterioridad... la enajenación” (lo que Marx llamará trabajo alienado). Como se ve, Hegel da por supuesto lo que será el punto de partida de la economía liberal: “la voluntad de la persona sobre la cosa es el absoluto Derecho de apropiación del hombre sobre todas las cosas”. En este sentido seguimos a Hegel en el papel que tiene la propiedad en el Derecho, pero le abandonamos en el carácter individual que le atribuye, pues a nuestro modo de ver, para que haya propiedad individual primero se tiene que dar la apropiación del territorio por el Estado, figura que aparecerá al final de los *Fundamentos*.

En el párrafo 47 se especifica que “como persona, yo tengo, al mismo tiempo, mi vida y mi cuerpo como cosas solamente en cuanto es mi voluntad... y lo poseo”, lo que nos sitúa en la tesis de un sustancialismo del Espíritu como poseedor de su cuerpo (lo externo). Por otra parte, se suele poner como gran hito del Derecho el *habeas corpus* (“tendrás tu cuerpo”), cuando a nuestro modo de ver no puede haber posesión sobre nuestro propio cuerpo si como pensamos: yo soy mi cuerpo.

Ahora bien, para Hegel la igualdad de las personas abstractas “§49- incluye el reconocimiento de los demás”. Una idea que pasa por evidente, si suponemos la sociedad ya dada, pero que es puramente metafísica, una idea de reconocimiento propia del idealismo, cuando supone a los individuos y sirve para entender la configuración del grupo, cuando a nuestro modo de ver, el grupo, la familia, la horda, la tribu, el demos &c., siempre están antes que el individuo, nunca después.

Viene ahora el desglose dialéctico de la propiedad, que aplica Hegel en cada trilogía (tesis, negación y síntesis) en tres momentos: el primero como toma de posesión se ejerce por la apropiación de “§55- “fuerzas mecánicas, instrumentos, yacimientos” (lo que podemos analogar a la infraestructura marxista), en un segundo momento, cuando “§56- la elaboración es la toma de posesión más adecuada a la idea” (fase análoga a la producción marxista) y, por último, cuando “§57- la dialéctica del concepto y de la conciencia solamente inmediata de la libertad produce la lucha del reconocimiento y la relación de dominio y de servidumbre” (la lucha de clases en nuestra analogía marxista).

El segundo, como negación de la toma de posesión, viene por el uso de la cosa, “§59- el uso es la realización de mi necesidad” (que traducimos a la idea de valor de uso marxista), y se completa la trilogía con el tercer

momento, en la venta de la propiedad, donde según Hegel, “§66- son inalienables aquellos bienes, o más bien, aquellas determinaciones sustanciales, cuyo derecho no puede prescribir, y que constituyen lo más propio de mi persona, la esencia universal de mi autoconciencia, como mi personalidad en general, mi universal libertad de querer, la ética y la religión... en la (voluntad, el mal), (y en esto) reside la posibilidad de la enajenación de la personalidad y del propio ser sustancial. Ejemplos de enajenación de la personalidad son: la esclavitud, la servidumbre, la incapacidad de poseer propiedad, la no libertad de la misma, etc., ... el derecho a tal condición inalienable no puede prescribirse”, y sigue, “§67- con la enajenación por medio del trabajo de todo mi tiempo concreto y de la totalidad de mi producto, volveríase, propiedad de otro la sustancialidad de los mismos, mi universal actividad y realidad, mi personalidad”. No hace falta ser un lince para identificar aquí ideas fundamentales de las categorías económicas marxistas como la fuerza de trabajo, la enajenación, el producto, trasladadas de una ontología idealista a una materialista, donde el cuerpo y la producción, la división de la historia en sistemas productivos y la alienación de lo esencialmente humano van a justificar la revolución final del proletariado.

La sección segunda trata del contrato, donde a juicio de Hegel “§77- la lesión... sería infinita cuando sobre un bien no enajenable hubiese intervenido un contrato o una estipulación en general para su alienatio” (lo que a juicio de Marx pasa con el contrato de trabajo capitalista).

Hasta la sección tercera de esta primera parte, donde trata lo injusto, no nos encontramos con categorías propiamente jurídicas como el proceso civil, “§85- esta colisión en la que la cosa es pretendida con un fundamento jurídico y que constituye la esfera del proceso civil contiene el reconocimiento del Derecho como universal y decisivo”. En el apartado sobre la violencia y el delito, párrafo 93, se expone la justificación de la violencia legal como “anulación de la primera violencia”, y en el párrafo 100 justificará la pena de muerte contra Beccaria y la idea de contrato social como origen del Estado, pues el Estado, para Hegel, no es “ni su esencia sustancial en la defensa y garantía de la vida y de la propiedad de los individuos como personas, en forma incondicional; más bien, es lo más elevado que, también, prende esa vida y esa propiedad y exige el sacrificio de las mismas. (...) como ser racional, el delincuente es honrado con la pena”.

La segunda parte de los *Fundamentos*, sin duda la más floja, está dedicada a la voluntad subjetiva. Su interés deriva de la crítica al formalismo “vacío” kantiano o la alusión a la *actio* o acción judicial.

La tercera y última parte de la obra, la denominada ética o ciencia de las costumbres, está dividida en tres secciones: la familia, la sociedad civil y el Estado. Nada más empezar nos encontramos con la administración de

justicia, “§144- las leyes y las instituciones que son en sí y por sí”. En efecto, aquí “§153- el Derecho de los individuos a su determinación subjetiva de la libertad, tiene su cumplimiento en el hecho de que pertenecen a la realidad ética”, desarrollándose en un triple movimiento “§157- el concepto de la idea ética como Espíritu... es el movimiento a través de la forma de sus momentos: el Espíritu ético inmediato o natural: la familia; la sociedad civil; la constitución del Estado”.

La familia remite a un origen comunista natural, lo que constituye el tránsito a la sociedad civil: “§181- la familia se escinde natural y esencialmente merced al principio de la personalidad, en una pluralidad de familias ... la ampliación de la familia, como paso de la misma a otro principio, constituye realmente, en parte, el crecimiento pacífico de la misma como pueblo, como nación, que, en consecuencia, tiene un origen comunista natural” (un origen “común” que subscribirán Marx y Engels en *El Origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884).

Con la sección segunda dedicada a la sociedad civil llegamos al meollo jurídico que desemboca en las categorías políticas de la tercera sección y las históricas, con las que finaliza el tratado. El “sistema de las necesidades” es el terreno propio del trabajo y la economía, “§189- la economía política es la ciencia que tiene su origen en esos puntos de vista” (lo que por sí sólo justificaría la referencia a las analogías marxistas), donde el burgués es identificado con el hombre, “§190- en el Derecho, el objeto es la persona; desde el punto de vista moral es el sujeto; en la familia, el miembro de la familia; en la sociedad civil, en general, es el ciudadano (como *bourgeois*)... que se llama hombre”. E inmediatamente antes que el apartado sobre la administración de justicia se introduce a los funcionarios como clase universal: “§205- la clase universal tiene como tarea propia los intereses generales del Estado social; en consecuencia, deber ser dispensada del trabajo directo”.

En el apartado de la Administración de justicia encontramos la definición del Derecho como ley, “§211- Lo que en sí es Derecho cuando es puesto en su existencia objetiva,... es la ley... Derecho positivo”, antecediendo la definición de la ciencia del Derecho fundada en la autoridad que dicta la ley, “§212- en el Derecho positivo, por lo tanto, lo que está conforme a la ley constituye la fuente del conocimiento de lo que es Derecho o propiamente de lo que es jurídico; la ciencia positiva del Derecho es por esto una ciencia histórica que tiene como fundamento la autoridad”. El positivismo que quiere atenerse a la cientificidad del Derecho como “descripción” del sistema jurídico confundirá con Hegel partes esenciales del cuerpo del Derecho, como es la normativa que cambia según la época y el régimen político, con el núcleo de esa esencia; es decir, confundirán la norma con el núcleo del Derecho, a

saber, la ceremonia procedimental, operativa y práctica del proceso judicial donde los códigos normativos respectivos sirven para la clasificación y determinación de los litigios particulares, que son tan esenciales a la esencia del Derecho, como las normas generales.

El vínculo entre el Derecho y la política tiene que permitirnos diferenciar con claridad las instituciones jurídicas de las políticas. La ciencia del Derecho no es cerrada, requiere materiales de otras categorías que constituyen el contexto de la disciplina, lo que no quiere decir que diluya su especificidad. Las instituciones del “hacer”, como son las del Derecho, son técnicas, y la técnica supone un grado de conocimiento, muchas veces complejo y prolijo, imprescindible para su recursividad. De modo que el criterio para establecer el inicio de una categoría lo podemos encontrar en la existencia de escuelas, maestros, textos, discusiones y conceptos propios. En el problema que nos ocupa, esto ocurre en la Roma del Principado (por ello, no podemos encontrar la disciplina en Grecia). Será con la Ley *Aebutia* cuando se pierda el carácter sacramental de la ley, y se objetiven en textos las acciones judiciales del proceso formulario (*ordo iudicio*), objetivando la demanda ante el pretor. La “Justicia” como ley divina y eterna desaparece y pasa a ser una obligación pública del Imperio. Con Diocleciano aparece la citación, la contestación de la demanda, el periodo probatorio, la sentencia del magistrado (prefecto, vicario, o juez pedáneo), las impugnaciones y la apelación a un juez superior. Cabe remontarse a Pomponio cuando señala a Tiberio Coruncanio como el inicio de los especialistas, *iuris periti*, y a Marco Junio Bruto, Marco Manillo o Publio Mucio Escévola y sus “tratados” como el inicio de escritos con intención didáctica. Pero con proculeyanos y sabinianos tenemos la polémica entre escuelas de la disciplina jurídica en marcha.

Desde luego, Hegel se fija en el magistrado como poder público, en el demandante con “derecho a establecer pleito”, y por supuesto, en el procedimiento jurídico, pero como se hará en general, resaltando su carácter de derecho, es decir, su aspecto teórico: “§222- el procedimiento jurídico pone a las partes en la condición de hacer valer sus medios de prueba y sus fundamentos jurídicos, y al juez de llegar al conocimiento de la causa. Estos pasos son derechos, ellos mismos; constituyendo, también, una parte esencial de la ciencia teórica del Derecho”. No cabe negar, que el procedimiento judicial tiene una normativa, lo que, con Chiovenda, Couture &c., se llamará en adelante Derecho procesal. Pero lo que no suelen tener en cuenta los teóricos del Derecho es que un derecho, o una codificación entera de leyes sigue siendo teórica. Lo que decimos es que en categorías del “hacer” como son las jurídicas, la praxis técnica requiere de operaciones físicas, corpóreas, secuenciadas y quirúrgicas (trabajadas con las manos), la base misma del campo de materiales y conceptos que se ha levantado

para asegurar su recurrencia en el tiempo desde Roma a la actualidad. El proceso judicial, que se ha llegado a negar por algunos juristas como parte del Derecho, constituye la *pars pudenda* de la disciplina, igual que ocurría con las operaciones quirúrgicas en medicina, consideradas durante mucho tiempo ajenas a la propia medicina, que en cuanto disciplina teórica delegaba en carniceros y barberos las intervenciones quirúrgicas a los enfermos, cuando hoy día constituye la especialidad más preciada e indispensable del *ars medica*.

El análisis que hace Hegel del proceso le lleva a distinguir dos partes “§225- en la tarea de la jurisdicción, como aplicación de la ley al caso singular, se distinguen dos aspectos: primero, el conocimiento de la naturaleza del caso, de acuerdo a su individualidad inmediata; ... en segundo lugar, la asunción del caso bajo la ley del restablecimiento del Derecho, el cual, en el campo penal, encierra la pena. Las decisiones acerca de estos dos diversos aspectos son funciones distintas”. Este texto deja entrever que el primer aspecto de la tarea jurídica es cognoscitivo, el conocimiento del caso, de la “causa” concreta, mientras que el segundo es operativo, ontológico, la ejecución de la sentencia dictada. Pues, en efecto, estos dos aspectos tienen funciones distintas. Sin embargo, Hegel no atiende al carácter dialéctico que vincula ambos aspectos, y es que sus funciones no se dan en el mismo plano, pero son inseparables. La función ontológica del Derecho se mueve entre diversas categorías, y por así decir, es ajena al dintorno del Derecho. La causa real de la “causa judicial” es ajena al Derecho, pues el conflicto de intereses será generado en instituciones familiares, sociales, económicas &c., lo que llamamos el entorno del Derecho, y será a través del contorno político y normativo cuando se tipifique y pase como “causa judicial”. Del mismo modo, cuando se produzca la sentencia, será el contorno político el que la aplique, haciendo las modificaciones o rectificaciones que sean requeridas en las instituciones de partida, por lo que la aplicación de la sentencia seguirá siendo parte del proceso ontológico que instaura el Derecho. Ahora bien, qué sea lo que ha pasado en un principio no se sabe hasta que no hay sentencia que dictamine tanto lo que pasó como lo que, en su caso, deberá rectificarse, por lo que la función propia e interna al Derecho será gnoseológica. El proceso o dintorno propiamente jurídico consiste en un proceso cognoscitivo, donde los testimonios, la prueba, la confrontación o cualquier otra fase del litigio (dependiendo del tipo de procedimiento) se totalizan por el tribunal estableciendo la veracidad de los hechos. La dialéctica entre la función ontológica del Derecho y la gnoseológica es clara, lo que ocurrió en un principio solo se sabe al final del juicio, lo que por sí mismo no tiene consecuencias hasta que no se ejecuta por la fuerza fuera del campo del Derecho (para un análisis más detallado ver el capítulo IV de *La esencia del Derecho*, a partir de la Proposición XXIX).

La tercera parte de la sociedad civil, dedicada a la policía y la corporación es de sumo interés en orden a medir el alcance de la dialéctica entre el Derecho civil y el Derecho comercial: “§247- Así, además, el deseo, por medio de ese gran intermediario de la unión, [el mar] lleva a tierras lejanas en las relaciones comerciales una vinculación jurídica que inicia el contrato y en la que se encuentra, igualmente, el más grande medio de civilidad, y el comercio adquiere su sentido para la historia universal”. En efecto, a nuestro modo de ver la importancia del Derecho mercantil es esencial para la historia del curso del Derecho, no sólo porque afecta a la propiedad de los bienes del territorio por los que se expande un imperio como el romano, sino por el papel coordinador que tendrá en la revolución comercial de los siglos XII y XIII alrededor de la Iglesia, así como en la primera “globalización” que con el Imperio español da lugar al Derecho internacional y al comercio mundial, a partir del cual se forman los nuevos Estados Modernos y sus codificaciones.

La tercera y última sección, dedicada al Estado, diferencia el Derecho político interno, el externo y la historia universal. Seguimos a Hegel en su enfrentamiento con el contractualismo de Rousseau y Fichte, al otorgar objetividad, verdad y ética al individuo sólo en cuanto miembro del Estado. El Derecho político interno se objetiva en la constitución y la división de poderes, donde Hegel distingue el poder soberano (como monarquía constitucional), el poder gubernativo (que comprende el poder judicial y el policial) y el poder legislativo: “§287- en el cual (el poder gubernativo) están comprendidos el poder judicial y policial, que más directamente tienen relación con la particularidad de la sociedad civil y mantienen en estos fines el interés general”.

La sociedad civil está compuesta de “§288- corporaciones... oficios y clases, y en sus magistrados, prebostes, administradores, etcétera”, “§289- siendo en general la sociedad civil el campo de lucha de los intereses privados individuales contrapuestos, se sigue también que sea aquélla la sede de los conflictos entre lo individual y lo particular común. ...este es el misterio del patriotismo de los ciudadanos, los cuales conocen al Estado como su sustancial, ya que mantienen sus esferas particulares, el Derecho y la autoridad, así como su prosperidad”.

Por lo que concierne al Derecho en relación con el resto de poderes, seguimos a Hegel cuando entiende el poder judicial en su dependencia del poder gubernativo, es decir su no-independencia del resto de poderes, aunque suponemos que el poder judicial se diferencia del poder ejecutivo del gobierno y por supuesto de una monarquía que no tiene ya poder ninguno (fuera del simbólico o testimonial). En todo caso, hay que distinguir el poder de los jueces como figura del Estado, del cuerpo del Derecho que está por así decir, distribuido en cada uno

de los poderes del Estado. De hecho, nos parece que la división de Derechos, jurisdicciones y tribunales puede clasificarse en función de los nueve poderes del Estado. La razón nos parece clara, no hay Derecho sin un poder que lo haga efectivo, de modo que su conculcación o el mero incumplimiento de la norma requiere de un procedimiento desvinculado del legista, por el cual se mantenga en activo. Así, los derechos reglamentarios corresponden al ejecutivo, tribunales constitucionales al legislativo, tribunales contencioso-administrativos al poder gestor, derechos y tribunales mercantiles y laborales al poder planificador, derechos tributarios y fiscales al poder redistributivo, derecho castrense a la jurisdicción militar, derecho mercantil a las cámaras de comercio internacional y derechos humanos y cortes internacionales al poder diplomático.

Ya hicimos mención a las tesis de Baltasar de Ayala en el origen del llamado Derecho internacional, con quien, en líneas generales coincide Hegel: “§322- la individualidad, como exclusivo ser por sí se presenta como relación con los demás Estados, de los cuales cada uno es autónomo frente a los otros”; en efecto, “§324- la guerra constituye el momento en el cual la idealidad de lo particular alcanza su Derecho y convierte en realidad”. Este será el marco en que se desarrolla el Derecho político exterior: “§330- el Derecho político externo surge de las relaciones de los Estados independientes”. Y sigue: “§334- el conflicto de los Estados, en cuanto las voluntades particulares no hallan una conciliación, sólo puede ser resuelto por medio de la guerra”; “§340- los principios de los espíritus nacionales, a causa de su particularidad, en la cual como individuos existentes tienen su realidad objetiva y su conciencia de sí, son, por lo general, limitados, y sus destinos y actos, en su referencia de los unos hacia los otros, constituye la dialéctica fenoménica de la finitud de estos espíritus, sobre cuya base se produce precisamente el Espíritu universal, el Espíritu del mundo, como ilimitado, igualmente en cuanto es él quien ejerce su Derecho - y su Derecho es el más supremo de todos-, por sobre ellos en la historia universal, como juicio universal”.

En líneas generales coincidimos con Hegel en la tesis sobre la dialéctica de Estados e imperios como motor de la historia, aunque propiamente no se pueda hablar de un Espíritu del mundo ilimitado que “ejercite su Derecho”, no creemos en la posibilidad de un imperio universal, lo que Gustavo Bueno llama imperio metapolítico total o final. Con las tesis sobre el derecho político exterior y la historia universal acaba el tratado. Ahora bien, no creemos que exista, ni pueda existir, un Derecho absoluto que coincida con el Espíritu universal.

Estos textos son la conclusión metafísica de su filosofía del Derecho: “§341- la historia universal es un juicio, porque en su universalidad que es en sí y por sí, lo particular, los dioses lares, la sociedad civil

y los espíritus nacionales en su variada realidad son sólo como algo ideal, y el movimiento del Espíritu en este elemento es mostrar ese algo ideal”, “§343- la historia del Espíritu es su producto porque el Espíritu es solamente lo que él produce y su hecho es hacerse aquí en cuanto espíritu, objeto de la propia conciencia. Concebir, interpretándose a sí por sí mismo”, “§347- al pueblo, a quien corresponde semejante momento como principio natural, le es confiada la realización del mismo en el avanzar de la conciencia de sí, ...este pueblo en la historia universal es, en esa época, el dominante: sólo puede hacer época en ella una vez. Frente a su Derecho absoluto, de ser guía en el presente momento del desarrollo del Espíritu universal, los espíritus de los demás pueblos carecen de Derecho...”, “§352- pues que el Espíritu universal, como tal Espíritu solamente es el movimiento de su actividad, de saberse absoluto y de liberar a su conciencia de la forma de la contigüidad natural y llegar a sí mismo, los principios de las formaciones de esta conciencia de sí en el proceso de su emancipación, los elementos predominantes o dominios de la historia universal, son cuatro. I. El mundo oriental: intuición universal, teocracia, constitución del Estado y la legislación son a la vez religión. II. El mundo griego: principio de la individualidad personal... excluido en un Estado de esclavitud. III. El mundo romano: arbitrio abstracto que se arroja en lo monstruoso. IV. El mundo germánico: reconciliación de la verdad objetiva y de la libertad aparecida dentro de la conciencia de sí y de la subjetividad; reconciliación cuyo cumplimiento es asignado al principio nórdico de los pueblos germánicos”.

Por nuestra parte, no creemos que haya un juicio universal, ni un saber absoluto, ni una conciencia emancipatoria que culmine en el mundo germánico, un pueblo con Derecho absoluto que prive de Derechos al resto. Desde luego los imperios tienen su momento y no se repiten, pero el germánico no existió nunca, el primer y segundo Reich son un puro mito literario, porque Alemania no existía ni en tiempos de Hegel; será Bismarck el que corone a Guillermo I en Versalles, pero Guillermo II y luego Hitler pierden los “juicios de la historia” que sin duda fueron la primera y la segunda guerra mundial, condenando a los alemanes. La historia ha quitado la razón a Hegel desde sus mismos presupuestos. Algo parecido le ocurrirá a Marx, su discípulo díscolo, quien formula unas leyes histórico-económicas que conducirán al proletariado universal hacia la revolución y consecuente disolución del Estado, cuando, doscientos años después tenemos más Estados que nunca.

En conclusión, coincidimos con Hegel en su crítica a los formalismos kantianos, cuando supedita la subjetividad al Estado, pero nos distanciamos de Hegel en la medida en que vincula categorías jurídicas, económicas, históricas, políticas, éticas &c., de un modo interno, según un desarrollo dialéctico (*Aufhebung*) cuya unidad es a lo que llama fundamentación filosófica.

Desde la idea de *symploké* negamos la unidad de las ciencias. Precisamente es la inconmensurabilidad entre sus campos categoriales el germen de las ideas con que trabaja la filosofía. Del mismo modo, nos desmarcamos de la gran masa de críticas que se hacen desde contextos marxistas, aunque nos parece acertado el diagnóstico que hace Marx en su *Introducción a la crítica de la filosofía del Derecho*, acusando a la filosofía alemana en general y la hegeliana en particular de ejercer un intelectualismo alejado de la realidad “alemana”. Si coincidimos con Marx en negar la subordinación del Espíritu Objetivo al Espíritu Absoluto (en putrefacción), divergimos de Marx en la subordinación del Espíritu Objetivo al Espíritu Subjetivo, es decir, seguimos a Hegel en la inclusión de la subjetividad en el Estado. Para formular nuestras divergencias en una frase: la filosofía no se puede independizar de la política de imperios en la que está implantada (como le ocurre al Derecho), por lo que negamos la idea genérica de humanidad marxista tanto como la realización del Espíritu absoluto. El pluralismo radical que para el Materialismo Filosófico constituye el mundo niega de plano cualquier monismo, sea hegeliano o marxista. Se trata de posiciones “proféticas” disfrazadas de filosofía, y, por tanto, de “impostores” situados en un futuro que desconocen de plano.

3. Recepción de la filosofía del Derecho de Hegel en España

La influencia de Hegel en España ha sido muy limitada. El puesto que ira dejando vacante el Derecho natural católico se lo disputarán el krausismo humanista de la social-democracia y el comunismo revolucionario marxista.

La filosofía hegeliana se dejó notar en intelectuales sevillanos de los años 50 del siglo XIX, en la restauración borbónica (1874) a través de Antonio María Fabié, ministro de Cánovas, y en el sexenio revolucionario con Castelar y Pi y Margall. La oposición de krausistas como Giner de los Ríos que ve al rey como personificación de un Estado centralista frenará su avance. El krausismo panenteísta, más afín a la onto-teología escolástica que al monismo hegeliano, ofrece una versión del humanismo que no niega la trascendencia divina. Sanz del Río, que ya había leído el *Curso de filosofía natural o filosofía del Derecho* (1837) de Ahrens antes de ir a Alemania, donde plagia el *Ideal de la humanidad* de Krause, abre dos vías filosóficas cuya implantación política en España determinan buena parte de su historia reciente: la estética y el Derecho krausistas⁸. En palabras de Gustavo Bueno

(8) Delia Manzanero, *La recepción de Hegel en España: las objeciones krausistas a su teoría del Estado*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2020), 43. *Las razones de la preferencia hispana por la doctrina jurídica de Krause con respecto a la filosofía de Hegel*, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 55 (2021).

Sánchez: “Lo curioso es que, desde la perspectiva del cardenal González, mientras que el hegelianismo y el positivismo materialista conducían a un ateísmo con el que ya no cabía diálogo en términos de filosofía cristiana, el krausismo tenía un aire más de familia, pues al fin y al cabo el espiritismo krausista dejaba una puerta abierta al entendimiento doctrinal”⁹.

Aún hoy día se puede percibir con toda claridad la presencia de la filosofía jurídica krausista extendida con la Institución Libre de Enseñanza en ideas sobre la armonía de la unión y la cooperación humanas en la Alianza de la Humanidad (la Alianza de Civilizaciones de Zapatero). Se trata de una concepción ético-humanista del Derecho que trasciende al Estado y que se extiende al “imperio de la humanidad” como un orden ideal total. La tradición de estas tesis será ininterrumpida, desde Gumersindo de Azcárate, Adolfo Posada (*Tratado de Derecho político*) sobre el fluido ético de la conciencia humana, o Leopoldo García-Alas, «Clarín», hasta la constitución de 1978, donde se positivaban ideas sobre “el Estado social y democrático de Derecho” de Elías Díaz, o la idea de unos valores superiores del ordenamiento jurídico de Peces-Barba.

A nuestro entender, la implantación del humanismo subjetivista de cuño kantiano ha terminado por absorber la influencia marxista que tanta fuerza tuvo en el s. XX, lo que se evidencia a raíz de la caída de la U.R.S.S. en 1989 y la aceptación sin reservas de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 como principio del Derecho internacional. En España, los “socialistas” aventajados en bondad puján por adelantarse en el perdón de los pecados a los “populares”. Con qué callada delectación santifican a sus muertos, mártires de la causa humana (los Múgica, Tomás y Valiente, Buesa, Lluch &c.), cuando reconciliándose con los asesinos en el Gobierno luchan contra una causa común, los restos del Imperio hispánico.

4. Estado de la cuestión

La discusión sobre los *Fundamentos* del Derecho que ofrece Hegel es hoy día imprescindible por dos razones que explican la actualidad en cuestiones jurídicas: la crítica al subjetivismo imperante y la apropiación de la filosofía del Derecho por los juristas.

Ambos aspectos se dan en la capa metodológica del Derecho, no en su capa básica, que funciona procedimentalmente. Pero la confusión nematológica o filosófica de lo que sea el Derecho y su vinculación con el resto de las categorías afecta de lleno a su desarrollo práctico y operativo.

(9) Gustavo Bueno Sánchez, *Historiografía del krausismo y pensamiento español. La actualidad del krausismo en su contexto europeo*, (págs. 37-74), Editorial Parteluz 1999, pág. 59.

El estudio sobre las categorías jurídicas que hemos elaborado trata de seguir la línea de los pocos textos sobre el Derecho que dejó Gustavo Bueno, para quien los *Fundamentos* de Hegel son “una parte de un invento global, a saber, el invento de lo que podríamos llamar ‘idea jurídica’ de la sociedad política (...) como la concepción sustancialista o monista de la sociedad política [que] se reproducirá una y otra vez aun después de liquidado el antiguo régimen, por ejemplo, en el Estado prusiano que tuvo como ideólogo más distinguido a Hegel”¹⁰.

El carácter crítico de la filosofía del Derecho de Bueno se lleva por delante restos metafísicos hegelianos muy significativos, por ejemplo, la idea de Estado de Derecho: “El ideal del Derecho como ciencia estricta del Estado, ideal que desde Montesquieu a Kelsen se formula como “Estado pleno de Derecho”, a saber, “la idea de Estado de Derecho se utilizará para solucionar todos los problemas, la libertad, la democracia, la paz. Cuando es una ideología de legistas. Y en la idea de Estado democrático de Derecho, a partir del pueblo, que no es más que una “ficción jurídica”. “Estado de Derecho es un concepto que lleva al límite holístico (totalitario) la idea jurídica de la sociedad política (...). El Estado de Derecho se define por la pretensión de cubrir jurídicamente la totalidad de la vida de la sociedad política”. Contra la idea de Justicia dice Bueno: “Desistimos de definir la eutaxia por la Justicia. Platón y Aristóteles asignaron como fin propio de la prudencia política precisamente la realización de la justicia. Sin embargo, Goethe ha dicho (y suponemos que con sentido): prefiero la injusticia, al desorden (digamos: a la distaxia). Esto no quiere decir, ni mucho menos, que la eutaxia implique la injusticia, pero sí quiere decir que la realización de una justicia estricta y absoluta, según determinados criterios, podría conducir al desorden, a la distaxia”¹¹. Contra el mantra de la independencia judicial afirma Bueno: “la parcialidad o la dependencia respecto de factores extrínsecos al sumario (...) debe ser considerada como un constitutivo ideal del buen juicio (...), la independencia del mundo, la imparcialidad, la abstención de tomar partido, puede conducir a juicios deformados, distorsionados, porque es imposible valorar y enjuiciar sin tomar partido”. O contra el ideal teórico de la “fuerza de las sentencias”: “es una pura ilusión, su fuerza de obligar procede de fuera de ellas mismas, a saber, del poder ejecutivo”.

Sin duda, las funciones eutáxicas que tiene el Derecho son imprescindibles para la existencia del Estado, sobre todo cuando se desarrolla como imperio generador, lo que no significa, como quiere la actual doctrina subjetiva (sea liberal o social-demócrata), que lo consiga con independencia de otros poderes del Estado, por ejemplo,

un ejecutivo con fuerza para garantizar su aplicación. El recelo de Gustavo Bueno ante la ideología del gremio de los juristas le lleva a sostener el dictum contrario a Fernando I: “fiat mundus, pereat iustitia. O mejor: fiat mundus, pereat iudices”.

No cabe eliminar el Derecho como categoría, anegada por la ética, la moral o la política, pero tampoco cabe sustantivarla otorgándole una independencia totalmente contraproducente. Hemos querido situarnos frente a la filosofía del Derecho hegeliana para marcar las diferencias con una doctrina que rompe definitivamente con la idea de Derecho natural divino, pero que, aunque arrastre componentes de un sujeto absoluto Espiritual, se desmarca de una concepción del Derecho subjetivista.

Este nos parece el mayor acierto de Hegel, a saber, la crítica de la idea del contractualismo que se formula en imperativos categóricos vacíos, formales, kantianos. A saber, la ideología que doscientos años después anega el Derecho, con mayúsculas, en los derechos subjetivos.

Si hoy día preguntásemos sobre el fundamento del Derecho, la respuesta será clarísima, el individuo humano o persona como sujeto de dignidad, es decir, el sujeto al que se refiere la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Los derechos son algo que yo tengo en cuanto persona y el Derecho es una institución que está al servicio de las pretensiones de los sujetos en orden al reconocimiento de sus derechos, el fin al que se dirige el procedimiento judicial y el que asegura la legitimidad de las normas y las sentencias.

Ahora bien, un somero análisis del texto de los Derechos Humanos nos descubre que su fundamento en una idea de persona es puramente metafísica. La única definición de lo que entienden sus “diseñadores” por persona lo encontramos en el artículo segundo de la *Declaración* y es puramente negativa: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Entendemos que lo que distingue a una persona del resto de entes (vivos o no) y por lo que se define como tal no es ninguna de las determinaciones que se citan, a saber, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, origen nacional o social, posición económica, y nacimiento, sin perjuicio de que las tengan. Lo que parece definir a una persona no es este orden de cosas, determinaciones que de hecho tiene todo individuo humano corpóreo, a saber, raza, sexo, color, &c. Por lo que parece que los sabios que escribieron esta declaración no entendían lo que define un cuerpo humano como definitorio de la persona. De hecho, terminan extendiendo esta definición negativa a “cualquier otra condición”, por lo que nos parece evidente que la persona es “lo que no está condicionado”, es decir, un sujeto libre, autodeterminado, incondicionado. O sea,

(10) Gustavo Bueno, *Crítica a la constitución de una sociedad política como Estado de Derecho*, El Basilisco, nº 22, 1996.

(11) Gustavo Bueno, *Primer ensayo sobre las Categorías de las Ciencias Políticas*, Escolio 7, Biblioteca Riojana, nº 1. Cultural Rioja, Logroño, 1991.

la idea de persona que formuló hace más de doscientos años Emmanuel Kant.

Para no entrar en discusión sobre la idea de persona kantiana podemos acudir a exposiciones tópicas como la del *Diccionario Ferrater*, donde se atribuye a la persona "la libertad e independencia frente al mecanicismo de la Naturaleza entera, consideradas a la vez como la facultad de un ser sometido a leyes propias, es decir, a leyes puras prácticas establecidas por su propia razón" (K. p. V., 155). La persona —en cuanto "personalidad moral"— es para Kant "la libertad de un ser racional bajo leyes morales". Parece evidente que la persona así definida no tiene ningún rasgo propio de una naturaleza corpórea, sometida a leyes naturales, sin embargo, en cuanto tiene alguna actividad ha de estar viva, de modo que será necesario concluir que la "persona" para Kant se caracteriza por el atributo de las "sustancias incorpóreas vivas", el espíritu. No la propia de los ángeles y demás coros celestiales, pues estos caían bajo la normativa divina, sino una más alta, aquella que sólo correspondía como tal a la sustancia divina aristotélica: la autodeterminación. Si bien ahora, esta autodeterminación no es la de un ser único, sino la de una pluralidad de entes distributivos que forman el conjunto de las personas humanas (es evidente que el ideal que propugna John Rawls -*Teoría de la justicia*, 1971- para la sociedad y la justicia procesal pura requiera cubrir, con un "velo de ignorancia", las "condiciones" ajenas a la idea de persona de la que hablamos).

De este mismo modo se puede entender el "ininteligible" artículo primero de la *Declaración de los Derechos Humanos* que reza: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Ahora bien, como todo el mundo sabe, los seres humanos no nacen libres e iguales, ni siquiera tienen razón y conciencia al nacer, y menos aún son iguales en dignidad y derechos. La dignidad y el derecho que tiene un finlandés a la educación, el trabajo, la vivienda &c., no es el mismo, ni mucho menos, que el que pueda tener un pigmeo de la selva del Congo, problema que invitó a pensar que los sabios que redactaron la frase habían olvidado poner un "debe" en medio: "Todos los seres humanos 'deben' nacer libres e iguales...". Pero si admitiésemos semejante fallo, el prestigio de la redacción caería por tierra. Todo el mundo advierte que la diferencia entre el "nacen" y el "deben nacer", o el "tienen" y el "deben tener" es muy grande o, dicho de otro modo, la diferencia entre el "ser" y el "deber ser" supone cosas contrarias. En efecto, que un niño debiera tener sanidad o educación, quiere decir que no la tiene, que no tiene esos derechos. El "deber" supone el cambio de una situación dada a otra contraria (por ejemplo, si "no debo comer grasas" es porque mi médico me advierte de un peligro en mi alimentación que debo corregir). De modo que "tener derechos" y "deber tener derechos" nos pone ante dos situaciones

contrarias. ¿Cómo pudieron cometer semejante error lógico los que escribieron esta Declaración? La respuesta es que no cometieron ningún error lógico (ni semántico, ni sintáctico), esto es exactamente lo que querían decir: que el ser humano, en cuanto persona, nace libre e igual en derechos, pues es una razón o conciencia incorpórea, lo que Descartes supo, cuando descubrió que su "yo pensante" era un espíritu.

El pequeño problema que vemos en la argumentación que lograron consensuar los ilustres redactores de la *Declaración* consiste en atribuir vida a un ente que carece de células, pues no creemos que existan espíritus o seres vivos incorpóreos. Semejante problema desaparece con Francisco Suárez, quien define el "ser" como "ser posible" (*Disputaciones Metafísicas*, 1597), de modo que la característica que requiere "algo" para ser es la no-contradicción, fundamentando la esencia de un ente en su mera inteligibilidad. Si podemos pensar algún mundo donde sea posible que haya seres vivos sin células, nada evita que pueda haber seres vivos sin células en otros mundos posibles. Tampoco se ve el impedimento de que este mundo se convierta en otro mundo (de los infinitos posibles), incluso en su contrario, por ejemplo, aquel que los derechos humanos nos muestran como el ideal (como se dice en el Preámbulo de la *Declaración*), ahora mismo irreal, pero sí posible en el futuro. "Otro mundo es posible" es el lema del Foro Social Mundial de Porto Alegre.

A nuestro modo de ver la metafísica suareciana configura las líneas maestras de la filosofía alemana que, como la kantiana, "imperan" en la mayor parte de órdenes de la actualidad, uno de los cuales es el jurídico. En su contra sostenemos que no hay derecho sin un poder que lo garantice, y estos son los poderes del Estado. Ni la persona tiene poder alguno, ni el conjunto de personas que constituye la "humanidad" existe; se trata de una idea aureolar que se ve distinta desde cada parte. *La lucha por el Derecho* (1872), según titula R. Von Ihering, demuestra que los derechos no están, ni pueden estar armónicamente distribuidos, siquiera dentro del Estado, sino que están en conflicto permanente, por lo que dar derechos a unos supone quitar derechos a otros. La igualdad de inicio supone una desigualdad final, y la igualdad final, en el caso que se demuestre una paz final que nadie sabe en qué consiste, supone desigual de inicio. La atribución de un rótulo como "Podemos", el "Yes We Can" que publicitaba Barack Obama, está en duda permanente hasta para la mayor potencia armamentista del planeta.

A nuestro modo de ver, el Derecho tiene unos fundamentos objetivos. La propia idea de fundamento viene del latín "*fundus*", como fondo¹², base, raíz, o

(12) Diccionario de la Real Academia española, "fundo", segunda acepción: "En derecho, heredad o finca rústica". Código civil, art. 597: "Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. (...)".

propiedad agrícola, presente en palabras como latifundio, la base de la propiedad romana, en palabras de Gustavo Bueno, uno de los “presupuestos no jurídicos del ámbito jurídico”. Se trata de un término presente también en “fundación”, cuya semántica nos acerca a la idea de las instituciones, el campo propio de la racionalidad humana, otro término que también deriva del Derecho: las *Instituta* de Gayo, como las partes en que se divide el Derecho: cosas, personas y acciones.

Ahora bien, hay tres posibilidades sobre el alcance de la idea de fundamento. Si todo está relacionado con todo, las cosas se aguantan mutuamente, la identidad y la unidad de algo estará comprometido con todo lo demás, por lo que habrá un fundamento o *logos* que las co-determina según una Justicia universal. El problema será encontrar cuál sea el fundamento único de todo. Los presocráticos lo pusieron en el *arché* griego como principio de la naturaleza, lo que en el *Poema* de Parménides adquiriría la forma del Ser al que el iniciado era conducido por la diosa: “Allí están las puertas de los caminos de la Noche y del Día, sujetas entre un dintel y un umbral de piedra, altas hasta el éter, cerradas con ingentes hojas, de las que la Justicia fecunda en penas guarda las llaves maestras”. Un ser que en la onto-teología cristiana se divide en tres personas.

Si nada está relacionado con nada, cada cosa se aguanta sola, no hay necesidad que las vincule, la identidad es interna y la unidad es un *sinolon* (un punto, una monada), un individuo, un átomo. La ley o *logos* está insita en cada ser que sirve de canon a las demás. El fundamento del Derecho aparece en fórmulas como la citada: “el ejercicio de mi libertad se hace compatible con el ejercicio de la libertad de los demás según una ley universal”. Habrá una infinidad de fundamentos, como infinitos eran los átomos de Demócrito en los que se dividía el Ser, o la Humanidad en personas. Personas que asegurarán sus derechos por contratos, por voto o por la libre asociación de una sociedad sin clases, como quería Marx.

Por nuestra parte, no creemos que haya fundamento último en el Derecho, ni en nada, y menos en la realidad. Hay una *symploké* o enfrentamiento entre partes concatenadas frente a otras. De modo que hay múltiples fundamentos parciales constitutivos de las relaciones, a saber, las conexiones de unas cosas con otras y las desconexiones de terceras. En las ciencias del “hacer” serán las operaciones con materiales las que se instituyen en ceremoniales, que en el caso del Derecho son procedimentales e incluyen otras muchas instituciones. El alcance de estos procedimientos depende del alcance político de su arco de racionalidad, pero nunca es universal, pues no hay ningún Estado o imperio universal. La necesidad funcional del Derecho es importantísima para la eutaxia del Estado, no así su necesidad interna, que puede variar dependiendo del tipo de procedimiento y de su implantación. El Derecho es una categoría cuya metodología consiste en el *progressus* a contextos

causales. Lo que se llama causa en un proceso supone operaciones sobre operaciones y exige una sentencia que solvete el conflicto allí donde se haya dado.

Las teorías jurídicas coordinan conceptos jurídicos, pero dependiendo del peso que den a unos u otros, se forman teorías del Derecho distintas: teorías normativas, teorías morales, teorías económicas, psicológicas, sociológicas, tridimensionales, históricas &c.

Las doctrinas filosóficas, en cambio, coordinan las teorías según ideas que las desbordan, por lo que el fundamento de una doctrina es la trama en que se enlaza a otras ideas. Esto hace que las doctrinas jurídicas dependan del tipo de filosofía en que se forman: ius-naturalismo tomista, ius-racionalismo, idealismo kantiano, krausismo, filosofía analítica, positivismo, post-positivismo &c.

Como las doctrinas filosóficas salen de una pluralidad de alternativas dadas, *in medias res*, nos ha parecido conveniente establecer las diferencias pertinentes con la filosofía hegeliana, pues cabe diferenciar dos grandes familias de doctrinas, las espiritualistas y las materialistas. Las primeras ponen el fundamento en el espíritu, Dios, el alma, o en la conciencia sustancial, como ocurre en la España actual, donde los magistrados del Constitucional o del Supremo, las asociaciones de juristas y los partidos que los nombran se dividen en progresistas y conservadores, aunque ambos de corte espiritualista, unos porque fundan el Derecho en el sujeto racional kantiano, y los otros en la persona creada *nominatum* por Dios.

Como hemos dicho, desde el punto de vista materialista, ponemos el fundamento de las relaciones en las técnicas que desarrollan las conexiones procesales según las operaciones con cuerpos, por lo que uno de los presupuestos no jurídicos del ámbito jurídico más importante es la propiedad y ésta se forma a partir de la apropiación por el Estado de un territorio. De modo que las divergencias entre ambos tipos de doctrinas se suelen establecer entre los partidarios de la primacía de los derechos reales (sobre cosas y frente a todos) o la de los derechos personales (sobre obligaciones, por ejemplo, en los contratos), o bien, entre defensores de la primacía de los derechos objetivos (normas) o la de los derechos subjetivos (facultades).

El Derecho clásico siempre entendió la primacía de los derechos reales y objetivos; fue a partir de la Revolución francesa cuando primaron los derechos personales y subjetivos. Hay muchas explicaciones de este cambio (políticas, económicas, éticas, &c.). Vamos a terminar este ensayo refiriéndonos a los estudios del jurista e historiador Alejandro Guzmán Brito (fallecido en 2021) quien nos puso sobre la pista del responsable que invirtió el significado habitual de las ideas de sujeto y objeto, dando de paso una nueva fundamentación a la realidad: Emmanuel Kant¹³.

(13) Alejandro Guzmán Brito, *Para la historia del derecho subjeti-*

Hay que remitirse al s. II cuando Gayo, recogiendo la distinción filosófica entre lo corpóreo y lo incorpóreo, en el párrafo 2,14, de las *Institutiones* dice que las cosas incorpóreas son las que no pueden ser tocadas: la herencia, el usufructo, o las obligaciones contraídas. Es decir, las que son creaciones del Derecho. Cicerón en los *Tópicos* (5.27) aborda la distinción de Gayo, diferenciando entre las cosas que “son” y las que se “comprenden”. Tiene “ser” lo que se puede ver y tocar, “como un fundo, los edificios”. El “no ser”, se predicará, por el contrario, de aquellas que no pueden ser tocadas ni mostradas, pero que pueden ser percibidas y comprendidas por el alma, como la usucapión, la tutela, la gens, todas las cuales constituyen conceptos gravados e impresos en la inteligencia, que denominó ideas. En esta línea, Quintiliano, en su *Institutio Oratoria* (5.10.116.) dice: “Puesto que el *ius* es incorpóreo, no puede ser aprehendido con la mano (...) pues la posesión no está entre las cosas que pueden ser tocadas”.

Esta distinción tuvo gran éxito en la época postclásica, Justiniano la recoge y la conserva en el *Digesto*, pero pasó desapercibida en la posterior a Gayo y en la jurisprudencia contemporánea.

Se puede advertir que todo este problema deriva de la naturaleza o estatuto ontológico de los conceptos y las ideas, que pasan de ser conceptos mentales en Aristóteles a *flatus vocis* con franciscanos como Ockham (o formas puras con Scoto), independientes del mundo físico, es decir, propias del mundo espiritual o del alma, y por ello con el idealismo kantiano, ideas o conceptos puros de la subjetividad trascendental.

Gayo entendía como *res* incorpóreas, las que *quae in iure consistunt*, no derechos subjetivos, pues esta noción no existía en Roma (como sostienen entre otros Michael Viley o Álvaro D’Ors). Como *ius obligationis*, no se entenderá el derecho subjetivo de obligación, sino como “la objetiva posición o situación justa de los predios en cuento uno “sirve” y el otro “es servido”, igual que el *ius utendi et fruendi*, que no es un derecho subjetivo de usar y disfrutar, sino “la objetiva posición o situación justa de uso y disfrute” (D’Ors, *Studi in memoria di Emilio Albertario II*, 288).

La frase de Gayo, “incorpóreas sunt quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt”, se debe traducir por: “incorpóreas son las que no pueden ser tocadas, las cuales existen por el Derecho”, pues, continua Alejandro Brito, “el *ius* no es aquí la cosa incorpórea, sino la fuerza que origina la cosa incorpórea; ésta es una creación jurídica, una creación del Derecho, en oposición a aquellas que son como creaciones de la naturaleza” (el verbo “consistere” significa situarse en, apoyarse, descansar, existir, estar fundado en). Sin embargo, en la traducción habitual, “*iure consistunt*” de Gayo se tradujo

como: “consisten en un Derecho”, a causa de que la preposición “in” se transforma en la época de la decadencia del latín que cambia desinencias por preposiciones, por lo que el *ius* pasa a ser la cosa incorpórea misma, y no la fuerza que la crea. Una traducción errónea que tuvieron a la vista los juristas medievales y modernos, pues los textos originales de Gayo no se descubren hasta el s. XIX.

El ser incorpóreo, teórico, mental que va a ser el derecho, según algunos, por influencia de los franciscanos, pondrá las bases de la idea de derecho subjetivo. Ahora bien, igual que pasa con el problema del significado de “derecho”, con el significado de lo “subjetivo” nos encontramos con otro problema. Y es que *Subjectiva* siempre se consideró a la entidad extramental, la *res*, o *substratum*, “lo sujeto a”, y *Objectivum* era lo intramental, la *cogitata* que “apuntaba a”, el concepto objetivo. Estos significados se van a invertir, ¿cuándo y por quién?, no se ha clarificado lo suficiente. Según nos parece, quien invierte el significado de los términos e identifica la cosa, la *res*, con lo “objetivo” y lo incorpóreo o intramental con el sujeto o persona libre es Emmanuel Kant. A partir de Kant se llamará derecho subjetivo a lo que tenga que ver con la persona, libre, espiritual &c, y derecho objetivo a lo que tenga que ver con la cosa, al contrario que ocurría antes de la edición de las críticas¹⁴.

Ahora bien, a la idea de los derechos subjetivos (que acompaña a la idea de Estado de Derecho) que ha conducido a la subjetivización del Derecho, no se llegará por las teorías, sino por los cambios que configuran el mundo contemporáneo a partir de la Revolución francesa, un caso de racionalización por holización, según la cual, el individuo (a-tomo) será el fundamento social (la conciencia), económico y político. El Derecho se entenderá como facultad o potestas del sujeto, y el sujeto podrá reclamar todo derecho acorde a lo que pide su dignidad, es decir, todo cambio del mundo que requiera la realización de ese derecho, pues si en Suárez todos los mundos posibles estaban a disposición del sujeto o persona divina, ahora estarán al alcance del sujeto o persona humana.

Pero, si como decía Espinosa, un hombre no puede nada, estamos ante lo contrario de lo que es el Derecho, a saber, los procesos por los cuales se logra la coordinación de intereses contrapuestos, el ajuste entre partes incompatibles, la solución de conflictos por procedimientos que tienen que ser sostenidos y garantizados por quien puede actuar y ejercer el poder: unos Estados o imperios que de Roma a la actualidad, pasando por el imperio hispánico, han extendido las categorías jurídicas al mundo.

vo. Revista chilena de derecho, vol. 2, n.º. 1-2, 1975. *Los orígenes de la noción de sujeto de derecho*, Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, n.º. 24, 2002.

(14) Luis Carlos Martín Jiménez, *La Subjetividad*, Lección en la Escuela de Filosofía de Oviedo, Canal de Youtube: fbgbuenotv, 16 de noviembre de 2020, <https://youtu.be/Wj2rC084nXw>.