
Michele Spanò es profesor en la EHESS de París, donde enseña “*L’institution juridique des collectifs*”. Se ocupa de la teoría del derecho privado y, más en general, de la relación entre el derecho civil y la dimensión colectiva o común. Recientemente ha editado la reedición de *Il diritto dei privati*, de Widar Cesarini Sforza, para Quodlibet (para la misma editorial ha dirigido también las ediciones italianas de las obras de Yan Thomas). Junto con Alessandra Quarta fue el curador de *Beni Comuni 2.0. Contro-egemonia e nuove istituzioni* (Mimesis, 2016) y *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto* (ombre corte, 2017). En 2013 publicó *Azioni collettive. Soggettivazione, governamentalità, neoliberalismo* (Editoriale Scientifica).

Contacto: michele.spano@ehess.fr

MÁS ALLÁ DEL DERECHO SUBJETIVO. EL DERECHO CIVIL Y LA POLÍTICA DE LOS MODERNOS¹

Michele Spanò

EHESS – LIER-FYT

BEYOND SUBJECTIVE RIGHTS: CIVIL LAW AND MODERN POLITICS

Resumen

El ensayo argumenta la compatibilidad entre el derecho privado y el colectivo. Para ello, propone una arqueología del derecho privado moderno, que traza tanto el surgimiento de lo que se llamará «topología moderna» como la transformación histórica del derecho civil en lo que todavía conocemos como derecho privado. Se considera que el derecho privado es un producto de la teoría jurídica moderna que está radicalmente ligado al derecho público. Se supone que ambos tienen la misma forma lógica —la individualidad— que fue la premisa para que se estableciera la relación social del capital. El eje de esta estrategia jurídica —que terminó con la exclusión de

1. Fecha de recepción: 18 de diciembre 2019; fecha de aceptación: 13 de febrero 2020. El presente artículo es resultado de un proyecto de investigación desarrollado con la École des Hautes Études en Sciences Sociales (EHESS) LIER-Fonds Yan Thomas.

lo colectivo del ámbito del derecho privado y del derecho público— fue la teoría de los derechos subjetivos. Para dismantelar esta construcción, el ensayo propone una crítica de los derechos subjetivos, así como una lectura trans-subjetiva del derecho privado.

Palabras clave

Derecho privado, derechos subjetivos, Savigny, colectivos, trans-subjetividad.

Abstract

The essay argues for the compatibility between private law and the multiple. In order to do so, it proposes an archeology of modern private law, which traces both the emergence of what will be called “modern topology” and the historical transformation of civil law into what we still know as private law. Private law is considered to be a product of modern legal theory which is radically tied with public law. The two are meant to have the very same logical form—individuality—which was the premise for the social relation of capital to be established. The pivot of this legal maneuver—which ended up with the exclusion of the commons from the realm of both private and public law—was the theory of subjective rights. To dismantle this construction, the essay proposes a critique of subjective rights as well as a trans-subjective approach to private law.

Keywords

Private law, subjective rights, Savigny, collective, trans-subjectivity.

*La formación del derecho consiste en una continua resistencia de las relaciones,
de lo desigual, y en su continua superación;
de este proceso surgen los institutos jurídicos.*

Georg Friedrich Puchta

*Aber (...) das Eins hat schlechthin nur Wahrheit als viele Eins.
Das Prädikat, das Wesen erschöpft die Sphären seiner Existenz
nie in einem Eins, sondern in den vielen Eins.*

Karl Marx

Arqueología del derecho privado

La relación entre el derecho privado moderno y la forma lógica de lo «múltiple» aparece mayormente bajo la forma de una mutua y radical exclusión. Aún más, la constitución de uno parece depender preliminarmente de la cancelación del otro. Para que haya lo privado, entonces, no debe haber multiplicidad. Lo privado sería, en efecto, y por excelencia, el dominio de la forma lógica de lo individual. Augusta técnica de formalización del intercambio, el derecho privado es la infraestructura de una economía capitalista moderna en la que los objetos son «bienes» y los sujetos «individuos». Libres de apropiarse y libres, incluso, de vender y de venderse. Si no hubiesen sido la unidad e la individualidad las premisas lógicas de una semejante reducción formal del mundo bajo la especie del intercambio y del patrimonio, habría sido materialmente imposible hacer funcionar la acumulación y la circulación. Por lo tanto, semejante lectura desaconsejaría referirse al derecho privado —tanto en la tradición doctrinal como en sus conceptos operativos— para pensar lo múltiple, lo colectivo, lo común y la cooperación. Es más, por el contrario, esto debería ser considerado por una buena razón como el peor enemigo. Aún así, es necesario preguntarse si el efecto de la radical oposición entre estos registros lógicos y políticos, y el acontecimiento del derecho privado moderno, depende de su carácter tan esencial y típico, hasta el punto de definirlo integralmente, o bien si se trata de un efecto de la institución, histórica y material, de lo que llamamos «topología moderna» (Spanò, 2018; 2019). Esta expresión designa la operación del siglo XIX a través de la cual se funda una dicotomía que separa y une el derecho público y el derecho privado, que articula el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Esta «topología

moderna» cuenta entre sus logros con la promulgación del *Code civil* francés y con un siglo de actividad de la Escuela histórica alemana (Solari, 1971).

A pesar del acontecimiento de larguísima duración del derecho civil, la institución de la «topología» —y, junto a esta, la emergencia del derecho privado moderno— es un evento reciente cuyos efectos sobre nuestros modos de pensar y practicar la política todavía esperan ser completamente mensurados. Debemos saber cuándo y por qué la «topología moderna» liga y subordina el derecho privado al derecho público, porque en esa operación exceptúa el registro de lo colectivo y de lo múltiple de su radio de acción. Digámoslo como lo harían los materialistas: es la fundación jurídica de la relación social de capital moderno la que debe, para instituirse y volverse operativa, exceptuar, borrar y prohibir lo común. Por lo tanto, esta operación de formulación no refiere, en primer lugar y especialmente, al derecho privado. El régimen de lo múltiple —del más de Uno— es ajeno tanto a lo público como a lo privado por los mismos motivos y en la misma medida. Lo múltiple no es el antónimo del derecho privado, sino que es más bien la antípoda de toda la «topología moderna»: del derecho público y del derecho privado, pero especialmente de la forma de su relación. El vínculo topológico entre las dos grandes regiones del derecho está, en efecto, fundado y mantenido con vida por una homología fundamental: el principio de individuación que anticipa a ambas y debe coincidir con la forma lógica de la individualidad y de la unidad. Consecuentemente, la relación de identidad formal que vincula la propiedad con la soberanía no puede más que excluir, borrar y, por lo tanto, forcluir lo colectivo y lo múltiple (Cohen, 1927 y 1933; Hale, 1923).

Soberanía, generalidad e igualdad, por un lado; propiedad, particularidad y diferencia, por el otro. Pacto y contrato son formalizaciones de dos lógicas obligatorias —soberana, una; patrimonial, otra— que se oponen solamente en apariencia. Haber hecho coincidir lo público con el espacio de una política de lo «igual» y lo privado con una economía de lo «desigual» es, en efecto, el producto más sofisticado de la «topología». Para que semejante operación fuese posible, la infraestructura lógica de la «topología», aún habiendo articulado los dos polos, debía ser inequívoca en la forma y solidaria en los objetivos. El principio de individuación que gobierna la relación entre derecho privado y derecho público —aquella relación que hace que dos dominios distintos alcancen su sentido propio solamente en virtud de su oposición— es el mismo. La generalidad y la universalidad del derecho público, la forma lógica de la soberanía, aquella de la ley, la técnica de la representación, están entretreídas por los mismos caracteres de unidad e individualidad que organizan el derecho privado una vez que este se ha vuelto

su *sparring partner*. Más allá, y a propósito de este efecto de separación —generalidad del lado de lo público, particularidad del lado privado; política contra economía—, la «topología moderna» confiesa un plano de consistencia que, teniendo que excluir el registro de lo colectivo y de lo múltiple para poderse reproducir y mantenerse en vida, es lo mismo tanto para lo público como para lo privado.

Lo que consiguientemente se trata de poner en evidencia es la relación instituida por la «topología», su forma lógica, su *principium individuationis*. Va de suyo que esta empresa está dictada por las profundas transformaciones que han involucrado la misma relación social del capital. La crisis de la «topología moderna» pone en evidencia, en efecto, la inevitable obsolescencia —de crisis irremediable— de un modo de formalizar jurídicamente la producción y el intercambio. Así, lo común conquista los trazos de un verdadero y propio modo de producción, la cooperación social deviene inmediatamente fuente de riqueza y principio de valoración, la producción coincide con la total reproducción social (Negri, 2017). De este modo, el derecho público de lo Uno soberano que funge de garante «abstracto» de los muchos «unos» individuales del derecho privado, «naturalmente» y «libremente» empeñados en el sistema de intercambios y de circulación, se manifiesta débil histórica y lógicamente. Por lo tanto, tiene poco y, quizá, ningún sentido pretender dirigirse al arsenal del derecho público para encontrar el antídoto —que en razón de su universalidad y generalidad— debería ser más eficaz para remediar los efectos nefastos de la «topología». Mucho menos aún, sabiendo que las técnicas del derecho privado, por el contrario, custodiarán, mistificándolo, el *mode d'emploi* para la adquisición, la conservación y la transmisión de un patrimonio. Al contrario, y para decirlo con un slogan, el antídoto debe ser pensar al mismo tiempo *un derecho público no soberano y un derecho privado no propietario*.

Esta operación es la tarea de una arqueología del derecho privado. Una empresa de largo aliento que, mientras reformula la construcción formal de la «topología moderna», expone una contra-historia del derecho civil. Por un lado, se trata de reducir la conjetura que ha permitido la transformación y la reducción del acontecimiento secular del derecho civil a una caricatura de un derecho privado del intercambio: la única condición para que una soberanía estatal dotada del carácter de la generalidad pudiese instituirse; por el otro, se trata de demostrar el modo en el que la larga historia del derecho civil ofrece, a una lectura más minuciosa, la separación de un verdadero «derecho de los privados», cuya inteligencia plena es impedida justamente por la institución moderna de su relación dicotómica de la soberanía y lo público-político.

Una arqueología del derecho privado moderno tendrá como tarea principal, por lo tanto, el desmonte de la «topología». Si es verdad, en efecto, que el significado de «privado» en la fórmula de «derecho privado» es el efecto de su relación con el derecho público, únicamente disolviendo este nudo será posible mostrar que el derecho privado no solo no tiene ninguna razón intrínseca para exorcizar lo común, lo colectivo y lo múltiple, sino que probablemente sea su lógica más propia la que presume un carácter exquisitamente cooperativo. Es como si dijésemos: no hay nada en el carácter «privado» del «derecho privado» —fuera de la historia materialmente aprendida por la «topología moderna»— que lo entregue fatalmente a la patrimonialidad. Este destino es, en efecto, el objetivo histórico y la consiguiente lógica de la «topología moderna». La desactivación de esta máquina es lo único que permitirá conocer o reconocer un derecho privado no patrimonial. Quizá vale la pena desempolvar, en lugar de la «dicotomía», el concepto de «dipolaridad» (Melandri, 2004) y aplicarlo a la «topología moderna»: una fórmula que indica la posibilidad de eliminar toda dicotomía, no ya para recomponerla mejor y ulteriormente, sino para hacer girar en el vacío sus lógicas, desenmarañar su mutua y concertada maquinación, y dejar aparecer en su vacuidad una hipótesis de contra-uso, posible solamente mientras la dicotomía, más que los polos que la mantienen en vida, sea definitivamente suspendida y depuesta.

Un capítulo decisivo de esta arqueología es, indudablemente, el estudio del acontecimiento del derecho subjetivo. Parece, en efecto, que las premisas sobre la relación entre derecho civil y derecho privado de la «topología moderna» invitan a concentrarse críticamente en los derechos subjetivos más que en los derechos de propiedad. Esta última —la bestia oscura de todos los críticos del derecho privado— corre el riesgo de convertirse en «los molinos de viento» y revelarse como un contrincante que es, al mismo tiempo, demasiado débil y menos agresivo de lo previsto. El derecho privado ha sido restringido a la caricatura de ciencia de formalización del intercambio, justamente en virtud de esta aparición disparatada. La constitución del nexo entre la autonomía de la voluntad y el derecho objetivo, encumbrada y hecha posible por el derecho subjetivo, es la operación en la que se juega por completo la naturalización del intercambio como modelo antropológico y político eminente de la política occidental.

El derecho subjetivo es el dispositivo a través del cual el principio de individuación de la topología moderna —la institución de la diferencia entre derecho público y derecho privado a través de su relación— se vuelve plenamente legible. Esto quiere decir que la construcción del sistema de los derechos subjetivos es la empresa desde la que se originan todos los equívocos lógicos e ideológicos con los que aun hoy nos referimos al

derecho privado. Solamente reconociendo que se ha tratado de una construcción históricamente determinada se podrá aprehender el rol decisivo que ha impreso a la forma moderna de conocer lo público y lo privado. No se trata de enmendar o corregir el conocimiento del derecho subjetivo, sino de reconocer en él una de las sedes privilegiadas en las que ha tenido lugar —y quizá no deje de tenerlo— la construcción concertada del derecho público moderno como espacio de la política soberana y del derecho privado moderno como espacio del intercambio de los bienes.

El dispositivo Savigny. Relaciones jurídicas y derecho patrimonial

El derecho subjetivo es el nombre de un desorden lógico y, al mismo tiempo, de uno de los más sublimes tentativos de la ciencia jurídica occidental de organizar las relaciones sociales. Este empeño teórico ha encontrado sin dudas su intérprete más exigente en Friedrich Carl von Savigny. En *System des heutigen römischen Rechts* (1840), su mayor obra, están señalados los objetivos especulativos que no han cesado de agitar el derecho privado moderno. Por un lado, se expone toda la ambigüedad de la construcción del derecho subjetivo: la copresencia y la solución ausente de la relación entre derecho objetivo y subjetivo está en el corazón de la teoría de la relación jurídica (*Rechtsverhältnis*); por el otro, se impone, con efectos destinados a revelarse como duraderos, la sutura entre derecho subjetivo y derecho de propiedad, al punto de trazar los confines del derecho patrimonial (*Vermögensrecht*).

Lo que es necesario tener presente de manera preliminar es el hecho de que la teoría de los derechos subjetivos nace en crisis: sus contradicciones no son efectos evitables o preterintencionales, sino que coinciden con la teoría hasta confundirse con ella (Orestano, 1978). El derecho subjetivo es aquella invención filosófica subvertida del siglo XVIII gracias a la cual fue posible —racional y metafísicamente— pensar una protección que preservase a los individuos de lo arbitrario, que los dotase de una malla capaz de volverlos inalcanzables por los poderes heterónomos. El derecho subjetivo es lo que, finalmente, constituye el verdadero y más indudable índice de humanidad, pero su suerte será diferente una vez que sean los juristas los que se ocupen de ella, y ya no los filósofos del derecho natural. La cuestión central que atraviesa el proyecto teórico de Savigny es, en efecto, la composición del derecho subjetivo con la anterioridad y la autoridad del derecho objetivo. Se trata de entender cómo mantener unida esta película —innata, racional, esencialmente humana— de derecho que pertenece a un individuo singular,

y solamente a él, que lo precede, mediatizándolo y garantizándolo, a todo encuentro con el mundo, con la naturaleza, con los otros, a través de la precedencia lógica —y la necesidad histórica— de un ordenamiento positivo. En suma, se trata de componer dialécticamente la cuestión de una prioridad lógica y de una no-derivación jurídica. Una vez que los derechos subjetivos son huéspedes de un «sistema», pierden necesariamente su carácter «trascendental» y devienen la condición para que el sujeto individual sea eventualmente su efecto y su reflejo. La libre, autónoma, incoercible voluntad individual ya no pueda ser la premisa del sistema, so pena de su subsistencia. Esta debe estar integrada de un modo.

La idea del derecho como sistema de las relaciones es para Savigny una respuesta a este rompecabezas especulativo. Una respuesta, es oportuno subrayarlo, que tiene en sí una cantidad de contradicciones que están destinadas a explotar una vez propuestas. En el fondo, este es justamente el carácter más típico del sistema de los derechos subjetivos: su imposible fundación. Puede funcionar solamente a través de un montaje de retracción de lo objetivo sobre lo subjetivo que desdice aquello que ha puesto, e impone aquello que ha quitado. La institución de Savigny está custodiada en la formidable idea según la cual la voluntad individual no es fuente del derecho sino, y más bien, de las relaciones jurídicas. En efecto, se trata de implantar lo subjetivo (la voluntad) en lo objetivo (las relaciones) confundiendo los registros lógicos según el modo de la recursividad: la autonomía está expuesta, desde siempre, a la heteronomía. Está, como es lógico, antes, pero solamente para confundirse con lo otro de sí: pone, sí, pero para ponerse debe exponerse en las relaciones; de este modo, se altera inmediatamente. El derecho, poder o facultad, es subjetivo y depende de la voluntad individual, pero en realidad es solo un rostro de una relación jurídica con la que no puede confundirse. Toda relación jurídica tiene, en efecto, un rostro material y uno formal: la libertad de la voluntad presupone siempre una relación jurídica y una regla que la configura.

Esta misma paradoja entre relación jurídica y derecho subjetivo, entre voluntad individual y derecho objetivo, o bien ordenamiento, se reduplica en el programa de Savigny cuando se trata de componer las relaciones entre la ciencia jurídica y la obra del legislador, entre los juristas y el Estado. La teoría del instituto jurídico propone nuevamente, como la de la relación jurídica que en buena parte integra, esta misma serie de contradicciones. La ciencia jurídica no es, en efecto, solamente intuición del derecho objetivo, sino que desarrolla una función dialéctica crucial en la determinación de una regla de derecho. Se trata, entonces, de una compleja triangulación que liga el derecho objetivo (a su vez imbricación de derecho subjetivo y relaciones jurídicas), los institutos

jurídicos (producidos e instituidos por la ciencia) y la regla jurídica verdadera. La mediación del instituto no hace más que mostrar, bajo distintas formas, la paradoja de un derecho que debe preceder a las reglas que lo gobiernan. En este caso, los protagonistas son las relaciones jurídicas, por un lado, y la regla jurídica, la ley, por el otro, mediatizados y articulados por el instituto. Es decir, por esa «tipología» abstracta, extraída e intuita por el jurista cuando pone las relaciones jurídicas objetivas. La vida del derecho objetivo es la materia prima del jurista que, gracias a la intuición de los institutos, constituye de manera jurídica una regla. Diremos, por lo tanto, que la normatividad positiva está atravesada y condicionada por una reserva de derecho objetivo que la precede y, virtualmente, la subsigue. Esta objetividad fundamental del instituto, su relación de mediador evanescente entre relación y regla, constituye un fósil de aquella inseparabilidad entre momento objetivo y subjetivo que parece ser la marca más típica de todo el trabajo de Savigny. Objetivo y subjetivo en realidad no se mediatizan jamás, e incluso cuando parecen extinguirse uno en el otro conservan una virtualidad que vuelve impracticable e indecible el reconocimiento de la prioridad de uno o del otro.

Esta densa textura de inherencias encuentra en la teoría del negocio (*Rechtsgeschäft*) un ulterior y quizá decisivo lugar de prueba. La teoría de las relaciones jurídicas y la reducción del sistema del derecho privado a la medida y la gramática del derecho patrimonial se confiesan entrelazadas como en una cinta de Moebius. Se trata, en efecto, de componer la objetividad de las formas del intercambio —las relaciones jurídicas que hubiesen tenido lugar «naturalmente» en el mundo de la vida— con su necesaria formalización. La relación de inmediatez que anuda, hasta confundirlos, una descripción de la sociabilidad y de los medios técnicos utilizados para organizarla, está en el origen de aquel efecto de naturalización, lógicamente irreparable, y solo criticable por el materialismo que ha hecho del derecho privado moderno un derecho de los patrimonios. Esta tarea, al mismo tiempo histórica y sistemática (Wilhelm, 2003; Mazzacane, 1976), en la que la traducción del objetivo se cristaliza en un sistema de derechos subjetivos en el contexto del ordenamiento histórico y positivo, no ha cesado de generar contradicciones y de exhibir, como un tatuaje, sus propias marcas ideológicas.

Lo hemos dicho: el derecho subjetivo existe siempre en un marco de relaciones. El derecho subjetivo es, por lo tanto, solamente uno de los lados de las relaciones jurídicas que conforman un prisma con más rostros —materiales y formales—. El negocio es aquella relación jurídica que activa la dinámica de los patrimonios: en este, autonomía y ordenamiento se confunden radicalmente. El derecho patrimonial es el conjunto de los derechos sobre las cosas y sobre las acciones de los otros sujetos, la extensión del poder

de un individuo. Tanto los derechos obligatorios como los derechos propietarios son definidos por su cuantificación económica, es decir, por la posibilidad de transformarse en una cierta suma de dinero. El propietario dispone, en efecto, antes que nada, del *valor* de las cosas, es decir del valor de intercambio. El hecho de que obligaciones y propiedad sean relaciones de intercambio y pasibles de ser traducidos y cuantificables según la medida del dinero es aquello que fundamenta, en última instancia, la unidad del derecho patrimonial. Todas las relaciones mediatizadas por el dinero son recompuestas en la pareja conceptual, puramente formal, de la libertad y del dominio. El derecho objetivo tiene como tarea la garantía de la libertad —disciplinando las formas sobre su declaración— y la tutela del dominio sobre las cosas. Incluso en este caso, el derecho objetivo regula la forma de la relación y no ya su contenido material. Es por ello por lo que, en un negocio, una voluntad declarada, y solo por el hecho de serlo, es vinculante. El derecho objetivo, no hay otra manera de decirlo, «objetiva» las formas jurídicas del intercambio. La voluntad es, de hecho, libre solamente de objetivarse en aquellas formas jurídicas que el derecho objetivo ya ha predispuesto. El intercambio y el mercado tienen, por lo tanto y al mismo tiempo, un carácter de libertad y de objetividad. Los institutos, «instituyendo» la espontaneidad del circuito que articula la declaración y la acogida, no hacen más que formalizarlo.

El libro II del *System* de Savigny ofrece uno de los vértices especulativos en los que se opera una integral consumación del derecho privado en el sistema de formalización del intercambio, y la propiedad adquiere el rol de derecho subjetivo epónimo y absoluto. La naturalización del intercambio y la institución de la forma lógica de la obligación como fundamento no concluyente del derecho privado moderno, como modelo general de las relaciones, encuentra en esta relación entre derecho subjetivo y derecho objetivo su lugar más propio. La capacidad de orquestrar la dialéctica entre los poderes individuales y el sistema de relaciones define el contorno de una libertad *en* el intercambio que configura institucionalmente el perfil de un mercado. El derecho privado moderno deviene, por lo tanto y solamente, el plano de la dinámica de los patrimonios. No obstante, para que pueda funcionar, para que la circulación de los bienes subsista y se reproduzca, este estará siempre atravesado por una dialéctica insuperable entre subjetivo y objetivo que justamente ha podido fundarlo. Del mismo modo, cuando su forma devenga una muy distinta «objetividad» de las relaciones (productivas), también podrá ponerlo en crisis. Y podría decirse que no ha cesado jamás de hacerlo.

Desventuras del derecho subjetivo

La mastodóntica tarea de Savigny no deberá esperar demasiado para comenzar a ser enmendada, glosada y rescrita de varias maneras. Se podría sostener sin dificultad que la Escuela histórica no ha hecho más que enfrentar, mayormente complicándolos hasta extenuarlas, a todas las paradojas y las contradicciones lógicas que se habían anidado en las páginas del *System*. El derecho como sistema de relaciones, o el *chassé-croisé* que este impone al registro subjetivo y objetivo, deviene la verdadera puntuación con la que se medirán todos los mayores juristas entre la mitad del siglo XIX y los primeros años del siglo XX. A partir de entonces, finalmente, la idea de poder tocar una música distinta comenzará a hacerse camino entre muchísimas vacilaciones e innumerables tomas de posición.

El derecho subjetivo es el más voluminoso de los fósiles iusnaturalistas. Dotado de un consistente coeficiente histórico y metafísico de insubordinación a las pretensiones de todo absolutismo, impone a los juristas una medida que se revelará rápidamente como irreconciliable con las exigencias tanto del sistema como del ordenamiento. Si, en efecto, la sistematización jurídica de las cualidades —poderes, atributos, facultades, predicados— del individuo se debe necesariamente traducir en una teoría de las instituciones jurídicas, los derechos subjetivos, una vez traspasados al plano de la positividad no podrán más que chocar con la objetividad. La potestad del querer, el poder de la voluntad individual, no pueden ser imaginados como exteriores al plano de la historia, como su condición y condicionamiento. De premisa, límite y margen, racional y no deducible, del ordenamiento positivo, estos deben devenir sus ingredientes. La objetivación del derecho subjetivo colorea con la historia —siempre, bien entendido, *sub specie formale*— las teorías del contrato, en las que el ordenamiento se limitaba a funcionar como una sobria caución y como un vigilante y garante de la libertad individual de la que, en última instancia, este mismo derivaba su propia legitimación. La imposibilidad de deducción de los derechos subjetivos y la omnipotencia de la voluntad individual se destruyen en la dureza del derecho objetivo. El orden lógico de los elementos de la teoría debe ser radicalmente rectificado: el derecho objetivo está, lógicamente e históricamente, antes que los derechos subjetivos que de este, de una manera u otra, deben depender.

Si bien Savigny ha sido el autor de la composición más audaz de este *qui pro quo* lógico y jurídico, también es cierto que su teoría de la relación jurídica y de la del negocio

conservan una tasa elevadísima de contradicción y ambigüedad: la voluntad autónoma e individual está junto, y al mismo tiempo, exaltada y frustrada. Este es el *dossier* candente que, alrededor de 1850, se trata de enfrentar una vez más. El nudo por romper es el que define y determina la medida y el grado de dependencia del derecho subjetivo respecto del derecho objetivo. Las formulas adoptadas para describir y organizar este verdadero rompecabezas serán innumerables. Cada una de estas, según su propio estilo, buscará compaginar la relación de derivación y dependencia del derecho subjetivo y del derecho objetivo, que genéticamente deviene la fuente. Cuando Jhering (1865) definirá el derecho como un interés jurídicamente protegido, acuñará el monograma de este *telescoping*: el derecho subjetivo y el derecho objetivo son uno la prolongación del otro, y la dependencia y la anterioridad van acomodándose en las formas de una máquina sofisticada que exhibe los trazos más típicos de la «topología moderna».

La traducción que resulta posible comenzar a operar explícitamente es, en efecto, la que deja transcurrir la articulación de la relación entre derecho subjetivo y derecho objetivo en aquella, especular en todo aspecto, entre derecho privado y derecho público. La paradoja del derecho subjetivo puede verse así consumada: si en su versión iusnaturalista se alzaba contra el derecho objetivo, este terminará transformándose en el más sólido basamento de su sistema. El modelo ius-privatista que fundaba la teoría del derecho como sistema de relaciones —y que tenía por protagonistas dos sujetos privados— se encuentra ahora transcrito y traducido en el derecho público. Esta vez la relación es la que se desplaza entre un individuo y el Estado. Aquello que finalmente se trata de determinar es en qué relaciones ellos deben encontrarse y si, por lo tanto, también el derecho subjetivo (privado) debe considerarse otorgado por la omnipotente, y dotada de gracias, voluntad estatal. Seguramente es gracias a Karl von Gerber —con sus *Über öffentliche Rechte* (1852) y los *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht* (1865)— que, a través de la personificación del Estado, y por lo tanto el reconocimiento de la voluntad de este como fuente del derecho público, se debe una sistematización destinada a influenciar de manera decisiva sobre los añosos debates que surgirán en la segunda mitad del siglo XIX. La idea gerberiana se funda en la distinción de los derechos subjetivos entre privados y públicos: los segundos son, por lo tanto, aquellos derechos —y obligaciones— que el Estado reconoce como parte de cada ciudadano; derechos que, por decir de alguna manera, «socializan» al individuo. La confusión es máxima, por lo tanto, entre derechos subjetivos públicos y privados, por un lado, y derecho público y privado, por el otro. En Gerber, público y privado se neutralizan mutuamente, del mismo modo que la soberanía y la libertad, el dominio y la autonomía. Si en lo social el interés individual

es siempre también interés general, lo mismo sucede, invirtiendo puntualmente las determinaciones, en el Estado. La «topología moderna» —atravesada completamente, uno a uno, por la forma lógica de lo individual— está finalmente en movimiento.

El paroxismo de esta distinción es, quizá, el corazón secreto del funcionamiento de la «topología». El derecho objetivo admite la existencia de los derechos ciudadanos hacia el Estado solamente bajo la forma de un —pálido o generoso— reflejo (*Reflexrechte*). Jhering, por un lado, y Jellinek (1892), por el otro, no harán más que extraer las consecuencias del esquema que había preparado Gerber: uno, distinguiendo entre derechos y efectos reflejos, reduciendo así el número de derechos públicos subjetivos reconocidos por el Estado; el otro, haciendo del derecho subjetivo nada más que el producto de un ejercicio de contención que el Estado impartiría desde sí mismo. La relación entre soberanía ilimitada del Estado y libertad individual obligará a conceptualizar los derechos de libertad nada más ni nada menos que como el residuo de la autolimitación del Estado.

Con distintas esfumaciones, lo que ahora está en juego es determinar si la historia de los derechos reflejos, y con ello lo que refiere a la emergencia de los derechos subjetivos como fruto de una limitación que el Estado se autoimpondría, se limita a aislar a una familia especial de derechos —los derechos públicos subjetivos— o termina por no interesarse en los derechos subjetivos *tout court*. Sea como fuere, las desventuras del derecho subjetivo —y la intermediación bizantina y manierista de los derechos públicos subjetivos— ofrecen la imagen de una parábola descifrable claramente a su manera. Herederos de una teoría filosófica del derecho como escudo y protección desde las manumisiones del ordenamiento, los juristas de la Escuela histórica lo pliegan y lo doblan hasta implantarlo en el derecho objetivo. La tarea es tan desesperada y el candidato tan despiadado, que su acontecimiento jurídico se concluye en una verdadera pulverización de su carácter subjetivo en la objetividad del ordenamiento. Desde el máximo de la subjetividad, el derecho se desplaza hacia un grado paroxístico de objetivismo. En cada estación de esta jurídica y laica pasión, las contradicciones se multiplican, pero raramente explotan. En todo caso, la mediación imposible entre subjetivo y objetivo se replica; la “topología” se produce en sus prestaciones más típicas porque logra componer público y privado imponiéndoles la misma lógica. La personificación que gobierna el primero y el voluntarismo que domina el segundo están cosidos con el mismo hilo: la forma lógica de lo individual. Si el derecho subjetivo es el modo eminente de subjetivar el derecho objetivo es porque los atributos que definen al individuo son los mismos que organizan el Estado. La historia de la objetivación del derecho subjetivo es, por lo tanto,

una mascarada especulativa: el individuo puede encontrarse a sí mismo en el Todo y viceversa. La lógica es implacable, y una vez puesta, no puede ser quitada. A menos que se decida fabricar otra.

Subjetivo, objetivo y trans-subjetivo

Podría sostenerse, con justicia, que las más influyentes teorías del derecho de comienzos del siglo XX no constituyen más que modos de negociar el agotamiento de la teoría del derecho como sistema de relaciones. El derecho social, el institucionalismo y el normativismo, cada uno según sus propios cuadros conceptuales, no harán otra cosa más que demostrar la bancarrota, teórica e ideológica, del modelo de Savigny y, especialmente, la dificultad de mantener en pie aquella infinita y proliferante glosa que este había tenido el poder de generar. La teoría de los derechos subjetivos —y especialmente la de los derechos públicos subjetivos— es el objetivo polémico de autores tan diferentes como León Duguit, Maurice Hauriou, Santi Romano o Hans Kelsen. En cada uno de estos autores se podrá leer un trasfondo de tesis, hipótesis y argumentos alineados contra la «topología moderna» y su lógica.

El crítico más radical del derecho como sistema de relaciones es, sin dudas, Duguit (1901). Este profundiza la idea que sostiene que el derecho subjetivo no es más que una emanación del derecho objetivo, al punto de que no sería necesaria otra cosa más que desembarazarse definitivamente de este último. Todas las tesis que sostiene pueden ser leídas como una compacta batería contra-argumental de la teoría de los derechos subjetivos: desde la contestación de la personificación del Estado a la crítica de organicismo y voluntarismo, hasta la idea —antes de Gerber y luego de Jellinek— de hacer del Estado un sujeto de derecho. En suma, aquello que está en juego es, justamente, el sistema de los derechos públicos subjetivos y, con ello, la idea misma de derecho subjetivo reducido al rango de ficción e hipóstasis. El derecho objetivo devora todo residuo de subjetivismo: la hipótesis de autolimitación estatal como el origen de los derechos individuales ha sido reemplazada por la hipótesis según cual la regla del derecho —no soberano— es la fuente de la organización social. Por lo tanto, los derechos no son ni objetivos ni subjetivos, el derecho no es ni público ni privado: este es, totalmente, derecho objetivo. Coincide sin restos con la solidaridad. Es la regla, empíricamente recuperable, que ordena toda la sociedad. El objetivismo de Duguit tiene una pureza y una radicalidad absolutas. Aún así, este, más allá del rechazo categórico de suscribir a la «topología moderna», termina

de alguna manera siendo atraído a su órbita. La idea de servicio público que desciende desde la solidaridad como regla del derecho objetivo está fatalmente en el origen de una idea de Estado social providencial. La radical inmanencia de su derecho objetivo es fácilmente invertida en una nueva trascendencia: la de un Estado que no tiene otra tarea más que la reproducción de una sociedad con la que termina por coincidir. El derecho objetivo está expuesto a la más extrema y formidable de las naturalizaciones: operante desde siempre, es incapaz de concebir la mutación y de hospedar el conflicto si no es bajo la especie de la patología y de la anomia. El fondo monista y defensor de lo público de Duguit tiene como resultado la confusión radical de política y derecho que culmina en la hipótesis, altamente costosa, de un Estado de la sociedad.

No son muy diferentes las cosas para Maurice Hauriou (1986) y Santi Romano (1897). Ambos mantienen una relación conflictiva con la herencia de la teoría del derecho como sistema de relaciones y con el sistema de derechos subjetivos. En el caso de ambos, la respuesta no será la del derecho objetivo sino la de la institución. El institucionalismo opone, por lo tanto, un esquema sofisticado al derecho como sistema de relaciones. La hipótesis es una dialéctica articulada entre norma e institución. Incluso en este caso, el monismo y el punto de vista de lo público no logran reducir las trampas de la «topología moderna»: la intención de hacer de la institución —como del derecho objetivo— el medio para romper la fundación individualista del derecho moderno, termina en realidad por investir aquellos caracteres que, en el interior del dispositivo puesto a punto por la misma «topología», distinguían el derecho público. El elemento «colectivo» —que disloca la biunivocidad de la relación entre individuo y Estado— fuertemente presente en Duguit, Hauriou y Romano permanece aún preso en las mismas condiciones lógicas que han precedido la fundación de la «topología». El problema del institucionalismo es como hacer un balance con el objetivismo estatista de Jellinek o, de otro modo y dicho más brutalmente, con el rol del Estado que continúa fatalmente proponiéndose, ya sea como objeto de polémica, ya sea como de punto de llegada. Cuando Santi Romano rechaza el derecho como sistema de relaciones y no suscribe a la idea del derecho como sistema de normas, termina traduciendo la oposición entre subjetivismo y objetivismo en la de pluralismo y monismo. El horror de una contaminación privatista de la teoría general obliga a usar el derecho objetivo como un arma contundente contra el derecho subjetivo, sin aprehender el dato más saliente: que uno y otro, en ese marco ontológico, contribuyen de manera diferente a una sola y única prestación. El colectivismo y el objetivismo jugados contra el individualismo y el subjetivismo —reproduciendo de hecho un conflicto entre caracteres «publicistas» y «privatistas» del derecho— esconden la

persistencia de una lógica que atribuye los mismos caracteres y las mismas propiedades a los sujetos opuestos solo en apariencia, pero termina en la realidad por reproducir especularmente el esquema y la lógica.

Portadores de una teoría general del derecho emancipada de la hegemonía dogmática del derecho privado, y artífices de muy jóvenes derechos públicos y administrativos nacionales, Duguit, Hauriou y Romano han visto la dicotomía, pero no la «dipolaridad» de la «topología moderna». Parecen obligados a jugar el objetivismo (aun cuando este sea convenientemente separado del Estado) contra el subjetivismo, pues utilizan los mismos recursos discursivos y lógicas de la «topología» para modelar sus argumentos. El resultado es, fatalmente, el de un enésimo *match*, aunque sofisticado, entre el derecho público y el derecho privado, entre la técnica del contrato y la de la persona. El colectivo juega, sin dudas, el rol de término medio, y aún es absorbido, de un modo u otro, en la órbita del derecho público, que termina perjudicando —y reconfirmando en un cuadro y en una escala distintas la primacía de la forma lógica de lo individual— sus programas. De alguna manera, incluso, la necesidad de oponerse a la teoría del derecho como sistema de relaciones los obliga a identificar aun más de cerca el polo subjetivo de la dicotomía con el del derecho privado, y el objetivo con el del derecho público: su positivismo ideológico los condena a un monismo que, en lugar de enfrentar la necesidad de transitar todo el planteo categorial de la «topología moderna», repite inconscientemente su propia lógica.

Las dificultades para adelantar respuestas que constituyen alternativas genuinas a la «topología moderna» residen en la imposibilidad de resolver las contradicciones de las que se alimenta en el plano de la lógica que ella misma dispone. Solamente desembarazándose de su infraestructura formal individualista será posible alcanzar un plano de consistencia jurídico verdaderamente nuevo. Un autor que, debido a su mismo eclecticismo, parece ofrecer líneas en este sentido es Widar Cesarini Sforza (2018). Su compromiso teórico está completamente absorbido por la intención de construir un modelo jurídico capaz de recomponer el sistema de relaciones y el derecho objetivo. Llamará a esta hipótesis «el derecho de los privados». En esta fórmula tan singular y afortunada está custodiado solamente un bosquejo, una hipótesis de trabajo. Se lee así: liberarse de la «topología moderna» quiere decir reconocer la intimidad de la construcción lógico-formal del derecho público y del derecho privado. En otros términos, se trata de deshacer las lógicas que, manteniéndolos en una relación, gobiernan uno y otro: la soberanía y la patrimonialidad. El registro para poder dar curso a un proyecto semejante debe, por lo tanto, ponerse como objetivo la superación, no solo de la dicoto-

mía público-privado, sino, y especialmente, la exhibición de la «dipolaridad» entre subjetivo y objetivo. La lógica que gobierna el derecho de los privados —que quiere decir, indistintamente, derecho público no soberano y derecho privado no patrimonial— es consecuentemente trans-subjetiva.

El problema deberá ponerse, por lo tanto, más allá de los términos de la oposición individual-colectivo, es decir, en la distinción entre unidad y multiplicidad. Toda la obra de Cesarini hace referencia a este espacio intermedio que yace entre Estado e individuo, público y privado, individual y general. Este dominio de lo trans-subjetivo es justamente aquello que la «topología» había tenido que exceptuar para poder fundarse, y por ello los modos de su recuperación no podrán ser más que circunstanciales, aproximativos e inverificables. El carácter de estos derechos —que Cesarini sigue llamando, *faut de mieux*, «colectivos»— se distingue, en primer lugar, porque están dotados de un tenor que no es general y de una consistencia que no es particular. Esta doble negación recorta un espacio y una función muy singular que, para poder expresarse y ser comprendida correctamente, implica ya e inmediatamente una contestación a aquella lógica que impide la correcta articulación. Un derecho que es de más de uno, pero no es de todos, circunscribe temporalmente un sujeto que no es ni el individuo ni el Estado: un colectivo que no es una persona y que se identifica en virtud de la emergencia de un interés que rechaza ser formalizado según las lógicas de lo uno y lo Uno. El interés colectivo es verdaderamente mío porque es también de otros, pero no es de todos aún. Esta lógica espuria obliga a pensar en la relación entre singularidad y colectivo en los términos de la multiplicidad y de lo común. Solamente imaginando que pueda existir una colectividad que está constituida por muchos sujetos singulares, pero que no se reduce a su sumatoria, se podrá apreciar la consistencia lógica de un derecho de muchos que no es de todos, pero que tampoco es de uno solo. La operación es quizá aun más compleja y delicada: se trata, por un lado, de demostrar la existencia de los derechos que son más que individuales y menos que públicos y, por el otro, de demostrar que, contrariamente a lo que se muestra aparentemente, los derechos individuales y los derechos públicos, en verdad, poseen la misma forma lógica. El interés general y el interés individual se confiesan indiscernibles cuando un interés trans-subjetivo deshace la solidaridad de su plano de consistencia lógica.

Por lo tanto, los intereses trans-subjetivos son al mismo tiempo derechos subjetivos y derechos objetivos. Son el principio que se opone a esta división y la reorganiza desde la cima hasta el fondo. Ni públicos ni privados, ni subjetivos ni objetivos, en sentido estricto. Los derechos trans-subjetivos son los derechos de un colectivo que coincide

integralmente con las singularidades que lo componen y que al mismo tiempo no lo agotan. Contrariamente a los intereses públicos que no se dan sin la persona que es titular de estos, los derechos trans-subjetivos existen con independencia de un ente, de un todo, de un Uno que debería ser el titular en última instancia. La «topología» está deshecha en un sentido radical: la homología entre los derechos subjetivos y el derecho público clásicamente mediatizada por el reconocimiento de la voluntad como fuente de obligaciones está rota desde la raíz. Esta posición ya está rasgada: hay otra objetividad del derecho más allá de aquella puesta y garantizada por el ordenamiento. Esta objetividad no es, sin embargo, la figura, *en creux*, de un derecho subjetivo omnipotente —un derecho privado que sería más público que el derecho emanado por el Estado—, por el contrario, no es otra cosa es más que la producción normativa de colectivos conformados por privados, de singularidades en común, de la autonomía común. Este derecho trans-subjetivo es, por lo tanto, un derecho objetivo no estatal que tiene como fuente el negocio jurídico; la composición —que es también el agotamiento— de la polaridad entre subjetivo y objetivo es flagrante: el derecho del que hablamos no es, en rigor, ni público ni privado.

El ordenamiento jurídico de los colectivos reinscribe el sentido mismo de la autonomía: esta existe solamente porque es extravertida en la cooperación. No puede reconducirse ni a los esquemas privatistas del contrato, pero tampoco puede ser cancelada en los esquemas personalistas del derecho público. Por lo tanto, no es —con el debido respeto de Cesarini— la premisa a un derecho corporativo. Una vez puesta en el campo, la hipótesis de un derecho trans-subjetivo, su reticencia a ser ordenado de manera pública es tan fuerte como la imposibilidad de reducirlo dentro de los esquemas contractualistas. Las parejas dicotómicas, una vez intuido su carácter dipolar, confiesan ser hechas todas con la misma tela: público, privado; objetivo, subjetivo; individual, general. Lo colectivo (común, múltiple, trans-subjetivo) las corta sagitalmente, las agota y las abre a un uso diferente. Separando lo privado de lo subjetivo y de lo individual, y exonerando lo público de lo objetivo y de lo general, exhibe la posibilidad de un derecho genuinamente «común».

El derecho de los privados, si se lo considera en toda radicalidad, indica un camino declaradamente alternativo al invocado por la «topología moderna». No se limita a jugar a favor de uno de los dos polos que la hacen funcionar contra el otro, y tampoco a cambiar de roles. No es una solución dialéctica de la dicotomía. El derecho de los privados desactiva y depone la lógica que permite el funcionamiento y así, liberando el derecho público de la soberanía y el derecho privado de la patrimonialidad, exonera a uno y otro de su relación. Por ello, a pesar del nombre, «derecho de los privados», es un

sinónimo del derecho civil mucho más de lo que lo es el derecho privado (especialmente si en esta fórmula se sigue propagando el eco del derecho público). Este restituye el derecho a su prestación más típica: ofrecer la infraestructura de lo social, conceder a los colectivos su propia dotación normativa.

Los derechos trans-subjetivos son verdaderos contra-derechos (Menke, 2015; Fischer-Lescano, Franzki y Horst, 2018), principios que deshacen —una vez accionados, una vez que surgen— las lógicas del derecho moderno y lo exponen a las novedades de los modos y de las maneras que las formas de vida escogen para vivir y producir riqueza juntas. Estos son los modos de recoger lo múltiple sin hacerlo Uno. Si la «topología moderna» fue la forma que había organizado un capitalismo del intercambio en el mercado, lo común como modo de producción la vuelve inservible hoy. Esto pone en evidencia las tentativas de restauración de lo público, o bien del *maquillage* de lo privado en un nuevo público —ambos dotados de la única tarea de formalizar y regular actividades que coincidirían natural y objetivamente con las relaciones sociales en cuanto tales—, como fórmulas grotescas y equívocas. En una época en la que incluso el uso de las metáforas del mercado y del intercambio para describir los modos de extorsión del valor de las prestaciones cooperativas del trabajo vivo parecen pertenecer fatalmente al pasado, hay necesidad y urgencia de un derecho capaz de instituir las formas de la cooperación social. La autonomía de la cooperación, los procesos de autovalorización, demandan una autonomía normativa, una organización de lo común. Un derecho privado trans-subjetivo —un genuino derecho de los privados— es aquel derecho capaz de ofrecer las formas, las técnicas y las operaciones para que la cooperación se reapropie de lo común que esta produce. Es decir, un modo u otro para «hacer lo múltiple» (Deleuze y Guattari, 1980, p. 13).

Referencias

- Cesarini, W. (2018). *Il diritto dei privati*. Macerata: Quodlibet.
- Cohen, M. (1927). Property and Sovereignty. *The Cornell Law Quarterly*, 13, 8-30.
- Cohen, M. (1933). The Basis of Contract. *The Harvard Law Review*, 46(4), 553-592.
- Deleuze, G., y Guattari, F. (1980). *Mille Plateaux*. París: Les Éditions de Minuit.
- Duguit, L. (1901). *L'État, le droit objectif et la loi positive*. París: Fontemoing.
- Fischer-Lescano, A., Franzki, H. y Horst, J. (2018). *Gegenrechte: Recht jenseits Subjekts*. Tübingen: Mohr Siebeck.

- Gerber, K. (1852). *Über öffentliche Rechte*. Tübingen: Laupp.
- Gerber, K. (1865). *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht*. Leipzig: Tauchnitz.
- Hale, R. (1923). Coercion and Distribution in a Supposedly Non-Coercive State. *Political Science Quarterly*, 38(3), 470-478.
- Hauriou, M. (1986). *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*. Caen: Centre de philosophie politique et juridique.
- Jhering, R. (1865). *Der Geist des römischen Rechts*. Leipzig: Breitkopf und Härtel.
- Jellinek, G. (1892). *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen: Mohr.
- Mazzacane, A. (1976). *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*. Napoli: Liguori.
- Melandri, E. (2004). *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*. Macerata: Quodlibet.
- Menke, C. (2015). *Kritik der Rechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Negri, A. (2017). Il comune come modo di produzione. En A. Quarta y M. Spanò (Eds.), *Rispondere alla crisi. Comune, cooperazione sociale e diritto* (pp. 31-41). Verona: Ombre Corte.
- Orestano, R. (1978). *Azioni, diritti soggettivi, persone giuridiche*. Bologna: il Mulino.
- Romano, S. (1897). La teoria dei diritti pubblici subbietivi. En V. Orlando (Ed.), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano* (pp. 109-220). Milano: SEL.
- Savigny, F. (1840). *System des heutigen Römischen Rechts*. Berlín: Veit.
- Solari, G. (1971). *Storicismo e diritto privato*. Torino: Giappichelli.
- Spanò, M. (2018). Istituire o regolare? Le autorità private e la crisi della “topologia moderna”. En P. Sirena y A. Zoppini (Ed.), *I poteri privati e il diritto della regolazione* (pp. 29-38). Roma: Roma Tre University Press.
- Spanò, M. (2019). “Changer de soleil”. Le droit privé comme infrastructure du commun. En C. Laval, P. Sauvêtre, y F. Taylan (Eds.), *L'alternative du commun* (pp. 115-126). París: Hermann.
- Wilhelm, W. (2003). *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.