

## SOBRE LA HISTORICIDAD DE LA DISTINCION ENTRE DERECHO PRIVADO Y DERECHO PUBLICO\*

Umberto Cerroni

El estudio del pensamiento y de las instituciones jurídicas modernas revela un proceso de evolución de la relación entre derecho privado y derecho público que, partiendo de una prioridad original del derecho privado, conduce a una evidente subordinación de este último al derecho público. En el punto culminante de este proceso, que en el plano teórico reposa en los nombres de Locke, Kant, de los juspublicistas alemanes (Jellinek, Laband, Gerber) y de los representantes de la jurisprudencia sociológica, el proceso de publicización del derecho privado se difunde ampliamente. Pero ni entre los primeros jusnaturalistas la proclamada prioridad del derecho privado pone en tela de juicio o elimina la esencialidad del derecho público, ni —por otra parte— entre los juspublicistas modernos, la preeminencia del derecho público nunca consigue mermar seriamente los fundamentos del derecho privado. En suma, en ninguno de los momentos de máxima radicalización del contraste, esta división logra, de un lado u otro, disolverse en una unidad inmediata: la misma escuela del “derecho social”, que tanto camino ha recorrido en los últimos cincuenta años, dista mucho de postular junto con su exigencia de “socialización” del derecho, la resolución definitiva de las esferas fundamentales de la autonomía privada, y ante todo, de la esfera de la propiedad privada, cuya proclamada “función social” no es —“a contrario”— sino la prueba de un respeto sustancial de su irreductible carácter privado: en efecto, nunca se pasa de la socialización *del derecho* de propiedad a la socialización *de la propiedad* (es decir, a la eliminación de la propiedad privada). Por tanto, el binomio “derecho privado y dere-

\* Tomado de *La norma giuridica — Diritto Pubblico e Diritto Privato* (Atti del IV. Congresso Nazionale di Filosofia del Diritto), Diuffre Editore, Milano, 1960, pp. 355 y ss.

Traducido del italiano por Jean Hennequin.

cho público” se nos presenta en el mundo moderno como un binomio estable, por así decirlo, no resoluble, cuyos dos términos (si bien mantienen entre sí una relación históricamente variable) no sólo se condicionan, sino que se postulan recíprocamente. En este sentido, si es verdad que “sin derecho público no es posible el derecho privado”<sup>1</sup>, es verdad también que aquél no es posible sin éste, y que, por lo tanto, “la mónada constitutiva del Estado moderno es (. . .) el individuo”<sup>2</sup>. La aparente ambigüedad de esta afirmación puede quizás resolverse si se conviene, con Solari, que “la relación entre el derecho privado y el derecho público no es sino un aspecto de la relación original fundamental: individuo y Estado”<sup>3</sup>. Tal formulación nos permite, entre otras cosas, profundizar en el análisis de nuestro problema fuera de los esquemas del derecho positivo, en el meollo de las articulaciones más profundas de la sociedad moderna, en las que encuentran su expresión histórica más acabada tanto la noción del individuo libre, autónomo e independiente, como la del Estado-persona, sustraído a toda determinación social y exaltado en su mera politicidad. Existe un claro paralelismo entre la consumación completa de la separación entre derecho privado y derecho público —característica de la edad moderna— y el completo desarrollo de la otra relación, entre individuo y Estado, a tal punto que puede afirmarse que una sistematización *teórica* acabada de esta división (ocurrída, como se sabe, en una época bastante reciente) se vuelve *posible* cuando alcanza su pleno desenvolvimiento *práctico* el proceso de separación del individuo con respecto al grupo social (con la eliminación de los vínculos personales de recíproca dependencia directa) y, por tanto, con respecto al Estado mismo. Y este proceso se consuma precisamente en la edad moderna, con la desaparición definitiva, no sólo de las diversas formas de esclavitud personal, sino también de los mismo vínculos corporativos feudales que aprisionaban al individuo en las “cercas cerradas” de los estados (“Stände”).

Por supuesto, al exponer el problema de esta manera, no podemos sustraernos a algunas objeciones: por ejemplo, la de que la división entre derecho privado y derecho público se encuentra ya en el mundo romano clásico; o la de que el concepto de individuo-persona está presente ya en el pensamiento cristiano premoderno. Pero bien puede responderse, intentando una primera aproximación, que en el mundo romano esta división es ciertamente embrionaria, aun en la edad clásica, y que el concepto de individuo-persona, mientras que todavía dista mucho, en Roma, de revelar todas sus implicaciones universalistas (baste pensar en el esclavo), no llega, en el mundo cristiano, a fecundar las instituciones jurídicas sino hasta que procesos muy distintos conducen a la emancipación personal *real* de todos los hombres: hasta entonces, esta noción fue más bien solamente atributo del *alma* del cristiano, y no de su *cuerpo*. Lo que no niega, por supuesto, el singular alcance histórico anticipador de este igualamiento *religioso* de

<sup>1</sup> Jellinek, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, Milano, 1912, p. 12.

<sup>2</sup> Orlando, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940, p. 422.

<sup>3</sup> Solari, *Filosofía del diritto privato*. Vol. II: *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, p. 197.

los hombres, al que sucederá, en el mundo moderno, el igualamiento jurídico (en el sentido de *igual independencia* de todos los individuos, aun como personas físicas).

La respuesta que hemos esbozado induce, sin embargo, a desplazar el análisis del campo estrechamente técnico-jurídico al campo de la naturaleza misma de la sociedad moderna como sociedad de individuos personalmente libres e independientes. Encontramos aquí la característica diferencial más típica de nuestra sociedad, la que nos permite contraponerla netamente a cualquier otra sociedad histórica anterior. Bien puede decirse incluso que esta característica, precisamente, es la que no sólo distingue *teóricamente* a la sociedad moderna, sino que la constituye aun *históricamente*, si es que en verdad —como no parece dudoso— que su surgimiento está precisamente señalado por la liberación y el igualamiento *real* de los individuos como entes autónomos (personalmente no sujetos). Mirándolo bien, además, este rasgo típico del mundo moderno es también el que posibilita la plena explicación del derecho como *derecho igual* para todos, separándolo y contraponiéndolo al *privilegio* feudal<sup>4</sup>, y también a los embriones de *derecho igual* que se habían desarrollado en el mundo romano. Por otra parte, un derecho igual, a la vez que supone acabar con los vínculos de casta o de estado, postula una *ley igual*, una norma capaz de abstraer nociones unívocas como son, precisamente, los tipos jurídicos modernos y, en particular, las nociones de sujeto jurídico y de ciudadano cuando éstas alcanzan su desarrollo universal (respecto a todos los individuos). En otros términos, la radical autonomización personal del individuo, constituye la base “sine qua non” de aquella esfera típica de la mediación *interindividual* que es el derecho igual para todos y la base, por consiguiente, tanto del *derecho de los privados* personalmente libres, como del derecho público, como derecho de una autoridad enteramente separada de las esferas privadas y para la cual, entonces, el concepto de soberanía se ha depurado completamente de las relaciones privadas (del dominio del propietario feudal, por ejemplo) y se ha elevado a la esfera de la generalidad, contrapuesta a las múltiples esferas del individuo privado<sup>5</sup>. Para expresar en

<sup>4</sup> “En la sociedad feudal, la libertad nos aparece como fraccionada y casi despararramada en una miríada de libertades particulares, cada una de las cuales está encerrada en un involucro que la oculta pero, a la vez, la protege: como tal, nosotros la conocemos bajo el nombre de privilegio” (De Ruggiero, *Storia del liberalismo europeo*, Bari, 1925, p. 1). En semejante tipo de sociedad, “los conceptos fundamentales del derecho público no podían desarrollarse, por el simple hecho de que, entre otras cosas, los derechos (“Ansprüche”) pertenecientes a los individuos eran, por regla general, concebidos como privilegios” (Jellinek, *op. cit.*, p. 2).

<sup>5</sup> Es decir, para que se afirme el principio de la ley igual para todos, de la “ley, voz impersonal del interés general” (Le Roy) es necesario que sea derribado el principio de la personalidad de la ley (“ut totidem fere leges habeantur quot domus”). Entonces, entre otras cosas, el predominio de la legislación subsituye al predominio de la jurisdicción (cf. Mc Ilwain, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo*, Venecia, 1959, pp. 233 ss., así como —del mismo autor— *Costituzionalismo antico e moderno*, Venecia, 1956, p. 94). A este respecto, un notable historiador del derecho italiano escribe: “Hasta que la sociedad permanecía dividida en clases (evidentemente en el sentido de las clases cerradas o “Stände”), como las de los clérigos, de los nobles, de los burgueses, que no tenían igualdad de condición jurídica, era inútil

otros términos lo esencial de nuestra argumentación, podríamos decir que el derecho público (en su acepción más específica) es posible sólo ahí donde el individuo es realmente un individuo privado<sup>6</sup> (autónomo, independiente): la *sociedad política*, en este sentido, aparece como el colofón de la *sociedad civil* (puramente civil); y si bien se nos presenta como autónoma respecto a la sociedad civil, sólo puede hacerlo en la medida en que coexiste con ésta, en la medida en que, por consiguiente, la sociedad civil se coloca fuera de los vínculos políticos directos.

A este respecto, es ciertamente útil volver a pensar la problemática relativa a las diferencias entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, que tuvo tan destacado lugar en el pensamiento político-jurídico del siglo XIX<sup>7</sup>. Gracias a testimonios ya innumerables, es comúnmente aceptada como característica diferencial de la “polis” griega (y también de la “civitas” romana preclásica) el que “el ciudadano estaba sometido a la ciudad en todas cosas y sin reserva”<sup>8</sup>, de manera que era inconcebible aquella unidad dualística moderna típica que es la relación entre el “ciudadano” y el “privado” (o el hombre a secas)<sup>9</sup>. Existía, por lo tanto, en el mundo antiguo, un vínculo de inmediata integración-subordinación del individuo a la sociedad y al Estado, en virtud del que “los ciudadanos vivían, por así decirlo, en simbiosis con su ciudad, a la cual estaban ligados por un común destino de vida y de muerte”<sup>10</sup>, a tal punto que “las antiguas repúblicas se sentían con derecho (con el consenso de los filósofos de la época) de regular la entera vida privada de los ciudadanos, haciendo intervenir en ella la autoridad pública”<sup>11</sup>. Es decir que el individuo en el mundo antiguo, según la expresión de Taine, pertenece a su comunidad

hablar de unificar al derecho, de darle identidad y generalidad de normas, de fijarlo en un código que debiese valer indistintamente para todos” (Calisse, *Storia del diritto italiano*, Firenze, 1902, vol. I, p. 356). Y más que inútil, era, en realidad, imposible.

<sup>6</sup> En sus estudios históricos, Calasso ha recalcado particularmente el “paralelismo en el desarrollo de los poderes del ordenamiento y de la autonomía del privado”.

<sup>7</sup> Baste recordar aquí los nombres de Constant y de Laboulaye. Están bien resumidos los términos del problema en la reciente obra de Sartori, *Democrazia e definizioni*, Bologna, 1957.

Otro ensayo reciente, Strauss, *Diritto naturale e storia*, Venecia, 1957, en part. pp. 136 ss., contiene también agudas observaciones al respecto.

<sup>8</sup> De Coulanges, *La città antica*, vol. I, Bari, 1925, p. 319.

<sup>9</sup> La relación, bajo el aspecto de relación entre el “citoyen” y el “bourgeois”, es analizada por Marx en varios de sus escritos, y particularmente en *Sobre la cuestión hebráica*. Es preciso recordar, a este respecto la reconstrucción de este problema de Marx que ha realizado Della Volpe en sus obras, especialmente en *Rousseau e Marx*, Roma, 1957.

<sup>10</sup> Sartori, *op. cit.*, p. 157.

<sup>11</sup> Stuart Mill, *La libertà e altri saggi*, Milano, 1946, p. 41. Pero es posible preguntarse ya, al llegar a este punto, hasta qué grado es lícito y exento de peligrosos equívocos, el hablar de una vida privada y de una autoridad pública a propósito del mundo antiguo. El riesgo de interpolar nuestras categorías modernas es bastante grave, porque, como ha sido mencionado, el mundo antiguo —y griego en particular— era tan compacto y orgánico, que “los Griegos no hicieron distinción, como lo hacemos nosotros, entre sociedad y Estado”, y por consiguiente, entre vida privada y autoridad pública, de manera que “cada constitución encarnaba un esquema de vida” (Mc Ilwain, *Il pensiero politico occidentale*, cit., pp. 13, 105).

como la abeja a su colmena, como la hormiga a su hormiguero, y no era sino “un organe dans un organisme”\*. Precisamente de esta simbiosis práctico-real determinada por la subordinación total de la sociedad al Estado, deriva en el mundo antiguo, la indistinción del “ethos”, la inesencialidad e incluso la imposibilidad de una distinción entre política, moral y religión, así como la inexistencia del derecho, como órgano de la mediación interindividual: la norma, lejos de ser la medida que regula las autonomías y las interdependencias de los individuos, es más bien un decreto ético o, incluso, sacro, que reagrupa un conjunto de disposiciones por medio de las cuales la sociedad-Estado se modela a sí misma en su integridad de organismo vivo (la constitución era precisamente, para Aristóteles, “bios tis”: la vida entera de la comunidad)<sup>12</sup>. Por otra parte, la autoridad pública aparece, en el mundo antiguo, como algo que no se contrapone de ninguna manera a la vida privada (que asume, bajo su dependencia, como un órgano suyo): en efecto, nada es más ajeno a la concepción política antigua, que el concepto (y la institución) de la representación, fundamento esencial de la separación entre autoridad pública, por un lado, y vida civil, mundo de los oficios, por otro, y fundamento de la división del trabajo. Así, mientras que “en las civilizaciones antiguas ustedes no encuentran otra libertad que la libertad política, la libertad del ciudadano”<sup>13</sup>, siendo totalmente ajena a ésta la noción de una libertad civil del individuo (privado) distinto del ciudadano, por otra parte, la vida política se organiza y se desarrolla sin solución de continuidad con respecto a la vida civil: libertad-participación y democracia directa dominan a la sociedad antigua (por lo que respecta, evidentemente, a los hombres libres, a los ciudadanos), así el Estado es *inmediatamente* la sociedad y, por consiguiente, el ideal político es *inmediatamente* ideal civil (ético y religioso). Platón y Aristóteles son, desde este punto de vista, los teóricos y los defensores de una concepción armónica y orgánica que funde al individuo en la sociedad-Estado, y plasma al ideal público como ideal ético<sup>14</sup>.

Es ciertamente en Roma que se registra la primera ruptura neta (después del resquebrajamiento del mundo griego clásico) del indistinto

\* “un organe en un organisme” (N. d. T.).

<sup>12</sup> Cf. Aristóteles, *Política*, Bari, 1925, p. 135.

<sup>13</sup> Guizot, *Storia della civiltà in Europa*, Milano, 1856, p. 42.

<sup>14</sup> La unidad del ideal ético-político griego puede resumirse con la espléndida afirmación de Aristóteles (Eth. Nic., II, 1, XIII) según la cual “el político también debe. . . especular acerca del alma”: es decir, si el hombre era *inmediatamente* el ciudadano, el ciudadano era *inmediatamente* el hombre (con todos sus problemas de vida moral), de suerte que en el mundo antiguo “la moralidad de la sociedad civil o del Estado es lo mismo que la moralidad del individuo” (De Ruggiero, *op. cit.*, p. 139). En el mundo moderno, por el contrario, “la política se ha restringido al grado de ya no incluir sino algunos de los múltiples momentos de la “buena vida”, que debían asociarse, para Platón y Aristóteles, en la preocupación del legislador” (Mc Ilwan, *Il pensiero politico occidentale*, cit., p. 34). Ahora por el contrario, el individuo se siente separado del género, al que pertenece solamente por la mediación de relaciones objetivas: “si hoy en día se invoca con tanta insistencia la integración social, si el hombre contemporáneo se revela tan ansioso de agruparse y de “perteneer”, es precisamente porque nuestra sociedad está profundamente desintegrada, porque el hombre se siente “sin raíces” (Sartori, *op. cit.*, p. 20).

“ethos”<sup>15</sup>, y la grandiosa construcción jurídica romana constituye precisamente un documento fundamental sobre la incipiente disociación de la sociedad en individuos atomísticos: en este sentido, ésta atestigua una ruptura radical del organismo político-social, y anticipa, por esta misma razón, formas de mediación interindividual que habrían de llegar hasta nosotros. Es indiscutible el individualismo del derecho romano clásico, pero lo que produce perplejidad, es que, mientras que la creación jurídica privatista de los Romanos franqueará los siglos y renacera después de la caída del mundo feudal, una suerte muy distinta corresponderá al restringido organismo jurídico publicístico. La disociación individualista de la sociedad romana no llegó, evidentemente, a romper los últimos baluartes del mundo antiguo y a modelar, por consiguiente, una nueva relación pública, de tal suerte que el derecho romano, si bien podía acoger en su seno a las categorías esenciales del derecho privado, deberá, por otra parte, desquiciar la estructura de la relación política para poder articular y difundir en toda la sociedad (por todos los hombres) las estructuras individualistas: sólo entonces podrá darse el extraordinario florecimiento juspublicista que caracteriza a la evolución jurídica de los últimos dos o tres siglos. El hecho es que en el mundo romano, el progreso de los fenómenos mercantiles, si bien planteó la exigencia de una elaboración profundizada de las categorías de la *vida privada*<sup>16</sup> (la dogmática del contrato y de la capacidad jurídica es ejemplar al respecto), no llegó hasta el punto de quebrantar la estructura esclavista del mundo antiguo<sup>17</sup> y, por tanto, de eliminar la necesidad de una regulación política de la relación de dependencia personal directa y de una ciudadanía

<sup>15</sup> Debe convenirse con Carlyle que “no hay ningún cambio tan estupefaciente y completo en la teoría política como el que separa a la teoría de Aristóteles de las filosofías posteriores de Cicerón y de Séneca” (cit. en Mc Ilwain, *Constituzionalismo antico e moderno*, cit., pp. 52-53). En este proceso de separación con respecto al mundo griego clásico, el Estoicismo tuvo, sin lugar a dudas, gran importancia; su alcance innovador ha sido bien subrayado recientemente por S.L. Utchenko, *Krizis polisa i politiceskie vozrenija rimskich stoikov* (La crisis de la polis y el pensamiento político de los Estoicos romanos), Moskva, 1955. Para Utchenko, en efecto, es en el estoicismo romano que surge y coexisten por primera vez tendencias individualísticas y cosmopolíticas que anticipan el pensamiento cristiano y moderno.

<sup>16</sup> Bonfante, *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, Scansano, 1902: “La jurisprudencia romana es esencialmente privalística”. Y también: “el diseño del derecho privado, completo; la técnica, más que finísima, insuperable; la organización científica, admirable para aquella época; en cambio, los elementos del derecho público aparecen como fragmentarios” (*Ibid*). Marx desarrolla el mismo concepto en los términos siguientes: “Los Romanos fueron verdaderamente los primeros en desarrollar el *derecho de la propiedad privada*, el derecho abstracto, el derecho privado, el derecho de la persona abstracta. El *derecho privado romano* es el *derecho privado* en su desarrollo clásico. No encontramos nunca, entre los Romanos, que el derecho de la propiedad privada haya sido, como entre los Alemanes, mistificado. Y nunca se convertirá en *derecho público* (Marx, *Opere filosofiche giovanili*, Roma, 1950, p. 148).

<sup>17</sup> Con esta reserva puede aceptarse la aguda observación de Solari (*op. cit.*, vol. I, *Individualismo e diritto privato*, Torino, 1939, p. 52) según la cual “la distinción entre ‘jus publicum’ y ‘privatum’ señala el momento en que el Estado romano se ha definitivamente sobrepuesto a las ‘gentes’ y a las ‘familiae’, y en el que el individuo está puesto en relación directa con el poder soberano; con esto se vuelve posible la extensión y la generalización de las relaciones del derecho privado”.

que sujeta a la vida social (piénsese, al respecto, en la evolución de la institución de la ciudadanía, y en la ambigüedad de la posición jurídica del esclavo, aun en la fase más avanzada del derecho clásico). No obstante, esta invasión individualística mercantil del mundo esclavista romano alteró profundamente, no sólo la fisonomía económico-social del mundo antiguo, sino también su misma fisonomía teórica: en el estoicismo romano, en Cicerón y en Séneca, son notables las anticipaciones individualistas de la modernidad, y el ideal del hombre sabio o excelente, sobre el cual se plasmaba toda la vida de la ciudad-Estado en los siglos anteriores, sufre una fuerte distorsión, excavando un nicho ya bastante profundo a la autonomía de conciencia del individuo privado, y subrayando más bien el alcance *civil* de aquella sabiduría, que su alcance político. Sin embargo, el individualismo romano permanece anquilosado, y no nace todavía, en Roma, la separación neta entre ciudadano y hombre, política y vida civil, público y privado, que señala el nacimiento del mundo moderno.

La gran conquista cristiana será la sanción teórica (religiosa) de la igualdad de las personas, de *todas* las personas, como almas brotadas de una misma fuente divina en la que se reconocen. De esta manera se desarrolla posteriormente —renovándose— la evolución de la concepción individualista, que había avanzado, en el mundo romano, a través de las nociones de “*pater familias*”, “*civis*”, “*homo*”, en una dirección unívoca: la del reconocimiento de las individualidades portadoras de valores autónomos y originales, y de la comunidad cosmopolítica de los hombres. Pero la sanción teórica de la igual *dignidad* de los hombres no alcanzó el nivel de la igualdad jurídica: la liberación del individuo de los vínculos personales que lo ligan a otro individuo a través de relaciones de dependencia directa, recorre un largo itinerario secular antes de poder agredir y modelar la relación política como relación existente por sí misma. Toda la Edad Media es atravesada por las tentativas para construir una nueva teoría de la autonomía de los individuos (por lo tanto, de su prioridad de valor) y una teoría del carácter funcional del Estado con respecto a la sociedad civil. Pero un derecho público medieval, como hecho institucional concreto, no pasa de ser un fénix imposible de hallar, a menos de querer forzar los datos históricos con la ganzúa de nuestras categorías modernas<sup>18</sup>. En primer lugar, porque la Edad Media fue una época en la que Europa —con la excepción singular, pero tardía de nuestras Comunas— abandonó las estructuras económicas mercantiles alcanzadas por el mundo romano, para retroceder hacia estructuras cerradas, de manera que la creación jurídica privatista de los Romanos

<sup>18</sup> Burdeau, *Traité de science politique*, vol. IV, París, 1952, p. 226: “Al convertirse el Poder en elemento de un patrimonio, las teorías aplicables a su ejercicio fueron muy naturalmente tomadas del derecho privado. El fenómeno fue tan general que puede hablarse de una desaparición del derecho público como disciplina que comporta reglas de una naturaleza original”. Pero téngase presente la advertencia metodológica de Gurvitch: “sería erróneo decir, como lo han hecho frecuentemente historiadores y juristas, que el sistema jurídico feudal es una mezcla, una confusión de derecho público y de derecho privado: el carácter específico de tal sistema consiste precisamente en el hecho de que semejantes categorías no le son aplicables” (Gurvitch, *Sociología del derecho*. Milano, 1957, p. 329). Así que el uso de la categoría misma de “derecho privado” exige una extrema cautela.

decae durante siglos por carecer de materia real sobre la cual aplicarse. En segundo lugar, el ocaso de la institución de la esclavitud no suprimió, de ninguna manera, al elemento de la coerción política directa, de la vida de la sociedad; los “Stände” fueron organismos en los que las determinaciones sociales de los individuos eran elevadas al rango de dignidad política y jurídica (de privilegios). Si en la sociedad esclavista era el soberano el que modelaba al propietario, en la sociedad feudal fue el propietario el que modeló al soberano, pero el cambio se operaba siempre dentro del marco de una vinculación externa del individuo, en el sentido de que su condición natural, dictada por su nacimiento, lo encerraba en una categoría o clase para toda su vida, de tal suerte que él sólo podía relacionarse con los demás por la mediación de su clase cerrada: estamos evidentemente bien lejos de aquella autonomización completa del individuo respecto a los vínculos naturales y políticos, que caracteriza a la edad moderna, y por tanto, estamos aún en vísperas de un despliegue completo de la antítesis privado-público<sup>19</sup>. En todo rigor, hablar de un Estado o de una autoridad pública es, también para el feudalismo, una peligrosa extrapolación en la medida en que puede conducirnos a atribuir a la soberanía-propiedad medieval un carácter exquisitamente moderno, que nos haría perder la comprensión de la funcionalidad específica de las instituciones con respecto a la estructura de la sociedad medieval, y a vislumbrar estas últimas, solamente en la mayor o menor medida en que anticipan, embrionariamente, instituciones modernas.

El individualismo moderno surge, ante todo, como ruptura de los vínculos anteriores: es decir, como *liberación de*. Y la primera libertad conquistada es precisamente la libertad con respecto a la coerción del individuo dentro de un grupo. Desde este punto de vista, es totalmente acertado el énfasis que muchos ponen en la ausencia de clases cerradas en el mundo moderno, en el que el individuo se convierte por primera vez (a escala universal) en sujeto personalmente independiente, autónomo e igual. La clase moderna no es, por supuesto, la clase medieval; es, precisamente, una “cerca móvil” en la que el individuo se integra, ya no a través de la vinculación política directa, sino a través de la relación económica pura y simple. Sin embargo, para retomar el hilo de nuestro discurso, debe recalcar que la reivindicación jusnaturalista de la prioridad de los valores individuales y de las libertades civiles, coexiste con la búsqueda de una *nueva* imagen del Estado, de una relación política desligada de las determinaciones sociales y, por ello mismo, funcional con respecto a la nueva sociedad civil individualística. La constitución de una esfera privada real postula ahora una esfera *puramente* pública, mas una esfera que, *precisamente en la medida en que es puramente pública*, existe *en función* de las esferas privadas au-

<sup>19</sup> Burdeau, *op. cit.*, p. 225: “En la Edad Media, el cuerpo social se compone solamente de colectividades; no se concibe a un individuo aislado, en perfecta independencia. La vida individual es inseparable de los múltiples grupos que la enmarcan, a la vez que la protegen. De esta estructura del cuerpo social nace una filosofía política que sólo reconoce derechos a las colectividades. Si el individuo llega a disfrutarlos, es a través de su pertenencia a una agrupación, y no a título de prerrogativa inherente a su persona”.

tónomas. Por lo demás, la liberación de los hombres de sus vínculos de dependencia personal no puede, evidentemente, disolver la sociedad, el nexo de integración recíproca. Lo modela, más bien, en una forma radicalmente nueva, desconocida en las épocas precedentes, aislándolo de toda conmixción con la vida de los individuos, constituyéndolo en la esfera política (y jurídica) como en una esfera que existe por sí misma, hipostasiada<sup>20</sup> y aparentemente independiente de la sociedad civil articulada en esferas privadas. Este nuevo alcance del Estado moderno está subrayado de manera ejemplar por su naturaleza representativa<sup>21</sup>, ya que el proceso de extensión y consolidación de la esfera privada postula la restricción de la vida política como substancialmente ajena a las actividades cotidianas fijadas por la división social del trabajo; postula, por consiguiente, la vida pública como una “región etérea” (MARX), como la esfera del igualamiento de todos como individuos *personalmente* libres, es decir, como la esfera de la igual independencia de los *privados*. Bajo este aspecto, el trato político y jurídico igual constituye, por lo tanto, el colofón de la separación del individuo con respecto al otro individuo, pero constituye, por ello mismo, la forma política específica de una sociedad disociada en las personas y asociada únicamente por medio de relaciones objetivas, un igualamiento que hace *abstracción* del desarrollo real de la vida civil (privada)<sup>22</sup>. Por tanto, como dice Constant, la libertad política moderna consiste precisamente en *hacerse representar*, en disfrutar una propia autonomía privada o libertad civil que se separa de la vida pública<sup>23</sup>.

Pero ¿por qué, podemos preguntarnos al llegar a este punto y a manera de conclusión, cuanto más se agudiza el carácter privado de la esfera in-

<sup>20</sup> Maggiore, *La política*, Bolonia, 1951, p. 12: “La soberanía es el poder despersonalizado, espiritualizado, que se ha separado del portador de éste, el hombre, y se ha determinado como una entidad en sí o *hipóstasis*”.

<sup>21</sup> Ni siquiera la Edad Media alcanza el pleno desenvolvimiento de la representación política. En efecto, en el mundo feudal “los diputados representan a la orden que los ha delegado. Por una parte, no existe una representación nacional unificada, ya que, para que así fuera, hubiera sido necesario que el titular del derecho de ser representado fuese el individuo; pero el individuo no estaba representado sino como miembro de una clase que tenía derecho a la representación” (Burdeau, *op. cit.*, p. 321).

<sup>22</sup> En esta perspectiva, el derecho a la autonomía de la propia esfera privada aparece más bien como un privilegio o, como lo escribe Ripert, “el derecho subjetivo es un signo de desigualdad” (Ripert, *Les forces créatrices du droit*, París, 1955, p. 292). En efecto, nace una oposición entre *persona formal* (jurídico-política) y *persona real* que trasciende las determinaciones efectivas. Como dice Tocqueville, “la Revolución francesa ha obrado, con respecto a este mundo, de la misma manera que han obrado las revoluciones religiosas con respecto al otro mundo: ella ha considerado al ciudadano de manera abstracta, fuera de toda sociedad determinada, exactamente como las religiones consideran el hombre en general, independientemente de su país y de su tiempo” (Tocqueville, *L'antico regime*, Milano, 1946, p. 30).

<sup>23</sup> Constant, *op. cit.*, p. 460: “Nosotros ya no podemos gozar de la libertad de los antiguos, que consistía en tomar parte activa y constante en el poder colectivo. Nuestra libertad debe consistir en el disfrute pacífico de la independencia privada”. De ahí “la necesidad del sistema representativo, es decir, de una organización con la ayuda de la cual una nación confía a algunos individuos lo que ella no puede, o no quiere, hacer por sí misma”. (*Ibid.*, p. 467).

dividual, tanto más se agudiza la exigencia de una esfera pública eficiente? Es decir, ¿por qué, si el privado y el público se condicionan recíprocamente, el público obra como una función del privado? El hecho es que, como lo hemos mencionado brevemente, la conexión unitaria de la sociedad moderna funciona, por primera vez en la historia, como una conexión disyuntiva, como una unidad dualista, de suerte que lo que, en el pasado, era solamente una unidad inmediata (sociedad-Estado) se convierte ahora en una unidad abstracta o mediata, en el sentido de que el nexo que une a los individuos entre sí, dentro del organismo histórico del género, ya no es confiado, ahora, a la conexión directa de las personas entre sí, sino al movimiento objetivo de las cosas, de sus productos. De ahí que para captar esta unidad, es necesario bajar al nivel de la relación de producción que nos permite reconstruir esa conexión unitaria ya desarticulada en una aparente oposición de los individuos. O sea, en tanto sigamos considerando al individuo y a su esfera privada como meras categorías ideales o valores, no será posible escapar de la sensación de su irreductibilidad; pero si pasamos a considerarlos como articulaciones de determinado sistema histórico de producción (de una sociedad material), el máximo de independencia personal nos aparece englobado en el máximo de interdependencia social, en una división social del trabajo extrema que se realiza a través de un puro movimiento económico. La conexión que, en la relación entre propietario y esclavo, o entre propietario feudal y siervo de la gleba, se establecía, de manera evidente, como una conexión natural directa, obra igualmente en la sociedad industrial moderna, pero en una forma específica distinta: como conexión puramente social mediatizada por el intercambio de los productos individuales, es decir, por la reducción a mercancía de todos los productos individuales, e incluso de la actividad laboral individual. El nexo mediante el cual el género humano se relaciona en su conjunto con la naturaleza (la acción sobre la naturaleza, o la modificación de ésta a través del trabajo) desaparece bajo una determinación puramente social: el *trabajo concreto* inmediatamente calificado por su fin desaparece bajo una representación suya puramente social, el *trabajo abstracto*, indiferente a valoraciones cualitativas, susceptible tan sólo de una valoración cuantitativa. Es decir que la medida según la cual el individuo se relaciona con el otro individuo y con el mundo natural como articulación del género, se realiza por medio de una *medida social*, como es el intercambio de las mercancías según el *quantum* de trabajo socialmente necesario para producirlas. Dicho de otra manera, la relación del hombre con el otro hombre deja de ser un vínculo de dependencia personal directa, expresado en una prestación laboral concreta e inmediata: se convierte en un vínculo de recíproca interdependencia general expresado por medio de una prestación laboral *abstracta* que funge como denominador común del intercambio. De esta forma, la relación interindividual o social se cristaliza en el movimiento objetivo de los productos que circulan de mano en mano según las exigencias de la división del trabajo: la relación social ya no es una relación *subjetivamente* operante, sino únicamente *objetivamente* operante<sup>24</sup>. Los hom-

<sup>24</sup> Precisamente en la medida en que el mundo romano se eleva a semejante nivel de organización social, éste llega a expresar en la edad clásica "el tipo ideal del dere-

bres surgen entonces como personas iguales e independientes, precisamente porque sus determinaciones sociales se basan, ya no en vínculos personales, sino en los vínculos objetivos de sus productos (mercancías). Entonces se vuelve posible (y necesario) un trato igual de los individuos como personas, es decir, haciendo abstracción de las determinaciones sociales que ya no los conciernen como *sujetos dependientes*, sino como agentes económicos, como portadores de mercancías, de suerte que su igualamiento *como privados* es, a la vez, la sanción de su libertad personal y de una sujeción social *específica*. Pero esta sanción de las esferas privadas independientes exige una fuente pública, una autoridad ajena a las esferas privadas, pero, a la vez, funcional con respecto a éstas. En otras palabras, el derecho privado, precisamente en la medida en que es un derecho *de los privados*, postula un reconocimiento público, un derecho público que articule, disciplinándolo, el régimen de los intercambios y, de manera más general, el régimen de las relaciones privadas, y que califique y determine la fisonomía de la misma autoridad pública como tal. Si bien la esfera pública tiene una autonomía específica, sólo la tiene en función de la esfera privada: en otros términos, el Estado (representativo moderno) nos aparecerá como el regulador de la sociedad —y lo es efectivamente—, en tanto concibamos a ésta exclusivamente como una “sociedad de personas”; pero en tanto consideremos a la sociedad como sociedad de personas en función de la relación histórico-natural del género, como sociedad de personas interrelacionadas por el organismo social del trabajo, el Estado nos aparecerá entonces como regulado por la sociedad, subordinado a ella como una parte suya. De manera análoga, el derecho (como derecho igual de los privados independientes), si bien es, por una parte, la reglamentación de la relación económico-social (considerada como relación entre personas) que sujeta a su dominio, en la medida en que obra como “Anordnung”, está sujetado, por otra parte, al dominio de ésta en la medida en que es una relación *objetiva* entre personas, y en que obra, por lo tanto, como parte de ésta, como “Ordnung”. De manera más general, la relación Estado-sociedad, al igual que la relación derecho-economía (en la que derecho equivale a norma, y econo-

cho propio de una sociedad que produce y vende mercancías, basada en el individualismo de las relaciones de producción y de dominación” (Solari, *op. cit.*, vol. I, p. 53). En este sentido, Engels habla del derecho romano como de la “construcción más perfecta que conozcamos del derecho fundado en la propiedad privada” (Engels, *Antidühring*, Roma, 1950, p. 116).

La idea de Marx, de que “la independencia de las personas, unas de otras, se integra en un sistema de dependencia omnilateral e impuesta por las cosas” (Marx, *El capitale*, vol. I, 1, Roma, 1951, p. 122) es perfectamente formulada también por un pensador de muy distinta orientación, Humboldt, para quien “el hombre es libre por sí mismo, pero parece domeñado por las cosas que lo rodean” (Humboldt, *Saggio sui limiti dell'azione dello Stato*, Torino, 1924, p. 4). Acerca de la relevancia que tiene este concepto en la obra de Marx, véase Sweezy, *La teoria dello sviluppo capitalistico*, Torino, 1951, pp. 58 y ss., así como Dobb, *Problemi di storia del capitalismo*, Roma, 1958, p. 33. Con relación a este modo específico de organización social que se diferencia profundamente de cualquier otro que lo precedió, puede muy bien afirmarse con Maggiore que “si las castas y los estados (del mundo premoderno) son un “quid juris”, las clases (modernas) son un “quid facti” (Maggiore, *op. cit.*, p. 250). Cf. al respecto Marx, *Opere filosofiche giovanili*, Roma, 1950, pp. 111 y ss.

mía a relación económica institucional), es una *relación de heterogéneos*, o una *unidad de distintos* que, para no disolverse, postula la objetividad de la relación misma y, por lo tanto, la definitiva recomposición funcional del elemento ideal-normativo-hipotético dentro del elemento real-factual-positivo, es decir, la definitiva recomposición de la sociedad dentro de la naturaleza como su capítulo específico. En la medida en que la sociedad actúa sobre la naturaleza, la reasume en sí como una totalidad ordenadora, y en la medida en que, para actuar sobre ella, se relaciona con ella como con un elemento positivo, está reasumida en ésta como en una totalidad objetiva estructuralmente *positiva*. En el nivel de los fenómenos jurídicos, la relación puede expresarse diciendo que el derecho sí tiene su propia especificidad, pero en el marco de una funcionalidad definitiva con respecto a un tipo histórico de organización social, y que las categorías jurídicas son, por lo tanto, categorías específicas pero no autónomas, específicas y funcionales<sup>25</sup>.

De este análisis somero podemos sacar una conclusión metodológica. Si la separación entre derecho privado y derecho público es una separación funcional con respecto a determinado modo de organización social, su estructura debe estudiarse en relación con aquel modo de organización social en el cual los fenómenos de disociación de las personas llegan a su máximo desenvolvimiento, esto es, en relación con la sociedad moderna. Lejos de guardar el secreto de sí misma en sus orígenes histórico-cronológicos, esta separación puede abrirse a la ciencia sólo si la sondeamos en el nivel de la sociedad moderna, a partir de la cual podremos luego retroceder, por rebote y por diferencia, hacia los anteriores tipos históricos de sociedad, en los que ésta solamente pudo obrar bajo formas anquilosadas, dentro de un marco en el que no estaban plenamente desarrollados los elementos esenciales que la subtienden. De esta manera, podremos evitar el atribuir a las instituciones del pasado un alcance categorial específico que le es substancialmente ajeno, y que alteraría su funcionalidad real (y específica), al considerarlas como meras anticipaciones teleológicas de la modernidad. Y si se convierte en la necesidad de sondear la *funcionalidad* de las categorías jurídicas, deberemos asumir como referente a la estructura *material* de la sociedad, si no queremos resolverlas de nueva cuenta en valores meramente culturales y, por tanto, explicar valores con otros valores, perdiendo precisamente su funcionalidad histórico-real. Lograremos, por otra parte, una noción verdaderamente *específica* de la sociedad humana como relación *histórica* (humana) con la *naturaleza*, evitando tanto el disolver la sociedad en la naturaleza y en sus leyes puramente biológicas, como el disipar a la naturaleza resolviéndola en la esfera de los valores espirituales. La sociedad nos aparecerá como un modo *determinado* (históricamente determinado)

<sup>25</sup> Es decir que la coherencia lógico-formal del derecho-norma debe completarse con una coherencia histórico-experimental, con una congruencia respecto a la organización social, concebida ésta como un dato objetivo y, por consiguiente, positivo (no resoluble en valores), y no —por lo tanto— como una mera sociedad de personas que deja desvanecer la objetividad social al reducirla a un “ordenamiento de las conductas” como sucede tanto en la concepción normativa kelseniana, como en la concepción sociológica (idealística) de Gurvitch.

de intercambio entre el género humano (y sus articulaciones individuales) y la naturaleza, es decir, como un modo determinado de referencia social a la naturaleza, o en otras palabras, como un nivel histórico de *socialización de la naturaleza*<sup>26</sup>.

<sup>26</sup> En el fondo, ésta es la exigencia metódica que plantea —además de Marx (en los *Manuscritos de 1844*, pero también en la *Introducción de 1857* y en los *Grundrisse*)— un pensador como Dewey, para el cual el problema central consiste precisamente en destruir “la separación rígida entre el mundo humano y el mundo físico, así como entre moral, industria y política” a fin de garantizar “un reconocimiento inteligente de la continuidad entre naturaleza, hombre y sociedad” (Dewey, *Natura e condotta dell'uomo*, Firenze, 1958, pp. 17-18), lo cual constituye, de manera más general, la exigencia más apremiante de la cultura moderna.