

FRANZ WIEACKER, *Diritto Privato e Società Industriale. Edizione scientifica italiane*. Nápoles 1983. LXXVI y 140 páginas.

Los grandes Códigos civiles del siglo pasado son elaborados por una ciencia jurídica técnicamente refinada y políticamente neutra, derivada del Derecho romano justinianeo. La revolución industrial determina que tales cuerpos jurídicos sufran una crisis que pone en duda su validez como modelos. Una de sus consecuencias es la proliferación de leyes especiales que tienden a superar los vínculos dogmáticos para afrontar exigencias nuevas.

Wieacker, eminente romanista e historiador del derecho, estudia las relaciones entre los Códigos y la sociedad civil a la vista de la reciente historia alemana extensible, en gran medida, a toda Europa occidental y plantea el arduo tema de la función del Derecho romano en la cultura jurídica del siglo XIX.

Importa dedicar unas líneas a la amplia introducción de 76 páginas de Gianfranco Liberati que es asimismo traductor al que Wieacker, cuyo alemán es francamente difícil como sabemos sus lectores, agradece la versión «de cuyas dificultades era consciente» y asegura que corresponde «con precisión y sensibilidad, a la letra y al espíritu del original».

Recuerda Liberati que el romanista Ernst Rabel, emigrado a EE.UU. durante el período nacionalsocialista, comenta en 1927 que, luego de la primera guerra mundial, parecía amenazada la existencia del derecho privado, si bien los antiquísimos principios de la experiencia y la gran elasticidad del BGB pudieron contener los peligros, el Código pudo ser mantenido y el derecho privado, simplemente, ha cambiado.

Después de la segunda guerra mundial se teme, con razón, que el BGB no sería capaz de absorber con la misma elasticidad las tensiones de la sociedad industrial avanzada, los nuevos conflictos sociales, el giro de la nueva concepción y fines del Estado: la erosión afectaba al núcleo del Derecho civil porque los grandes códigos no habían podido lograr una efectiva integración social.

Los dos grandes códigos de la tradición jusnaturalista, el francés (1804) y el austríaco (1811) gozan de bastante tranquilidad durante un siglo. El BGB tiene un origen más laborioso y entra en vigor en 1900. La demora de su elaboración se imputa en gran medida a Savigny: gracias al triunfo de sus ideas, el componente político del derecho había sido ignorado pacíficamente y el jurista se había convertido en legislador. Pero poco después de su promulgación se aprueban disposiciones de Derecho del trabajo fuera del marco legal de la sociedad burguesa, basado en la igualdad formal de las partes contratantes. F. Endemann auspiciaba en 1910 una referencia, en cuanto al contrato de trabajo, al modelo pretorio de la Roma clásica. El pretor completaba, suplía y modificaba el derecho civil, como todos saben. Claro que las nuevas formas de contratación laboral sólo son el aspecto más evidente de la crisis del modelo anterior.

Como indica Liberati, las páginas dedicadas por Wieacker a las repercusiones del «Estado social» (definido en la República de Weimar con conceptos jurídicos precisos) en el derecho privado son muy sugestivas. Y la Constitución de Bonn (1949) da la más autorizada sanción normativa a la idea de «Estado social», tan distinta del Estado del «constitucionalismo» del siglo XIX.

Los textos de Wieacker que componen el volumen fueron escritos entre 1953 y 1970. Su tema común es la conexión entre el derecho privado y las condiciones sociales de la edad moderna y contemporánea. El autor los entiende como documentos de la evolución de sus ideas. De ahí su notable interés. Trataré de resumirlos.

I. El modelo de los Códigos civiles clásicos y el desarrollo de la sociedad moderna (1953)

«Una sociedad puede cambiar radicalmente, sin que con ella cambien la forma externa o la técnica jurídica de una codificación; más aún, después de todo, el mismo tipo de codificación, e incluso el mismo código, puede ser igualmente útil en condiciones de vida o en concepciones del mundo totalmente opuestas». Esto supone una ventaja y un inconveniente para cualquier ciencia jurídica altamente especializada y racionalizada. El ejemplo más obvio

es el *Corpus iuris* de Justiniano. Legislaciones del tipo del Código civil francés de 1804 o del BGB han podido ser aplicadas en Europa occidental y central, en la Unión Soviética y en otros sistemas de gobierno antiliberales, en el Oriente próximo o en Asia oriental, sin modificaciones significativas.

Ahora bien, esta tradición científica no proporciona, en cuanto tal, información completa sobre el espíritu del derecho en las diversas épocas. Trata de demostrarlo Wieacker en este ensayo respecto al derecho alemán, análisis válido, en gran medida, para el desarrollo del derecho privado en Europa central y occidental.

Los presupuestos de la Pandectística correspondían a los ideales políticos y económicos de quienes, en el siglo XIX, se consideraban los pioneros del progreso social, sobre todo los empresarios burgueses. Su ideología es el liberalismo y la democracia, adversarios inconciliables pero indisolublemente unidos. Arranca el liberalismo de las libertades religiosas y políticas de los antiguos grupos que se afirman en las viejas entidades políticas europeas contra el absolutismo. La democracia moderna, en cambio, es la heredera directa del soberano absoluto cuya plenitud de poderes es transferida por J. J. Rousseau a la voluntad general de los ciudadanos. Son adversarios en sus afirmaciones fundamentales sobre la relación de los individuos con la sociedad estatal: propugna el liberalismo la mayor libertad del individuo y de las entidades autónomas frente al Estado; la democracia la mayor participación de los ciudadanos en las funciones de gobierno, hasta la identidad entre gobernantes y gobernados. Discrepan asimismo en cuanto a las atribuciones de la sociedad estatal: limitar cuanto fuere posible los fines del Estado para no obstaculizar el desarrollo de los individuos; ampliar al máximo, según los demócratas, la intervención estatal. Estas divergencias subsisten hoy. En el siglo pasado estaban más latentes o difuminadas porque ambas tendencias se alían contra el feudalismo, el absolutismo y, más tarde, contra el socialismo revolucionario. Los grandes códigos del XIX se apoyan en esa aparente conciliación. Hoy —recordemos la fecha del ensayo: 1953— escribe el autor que los grandes códigos tienen una situación precaria en la sociedad europea ya que la libertad y la igualdad, conciliables teóricamente en el *status* político del ciudadano, son inconciliables en el disfrute de los bienes económicos. Cuanto más administrador y asistencial aparece el Estado que persiga como uno de sus fines primarios el acceso a tales bienes, los ideales de los grandes códigos se tornan más discutibles.

La Pandectística, con alguna legislación complementaria, satisfacía las exigencias planteadas al derecho privado por la democracia liberal. El BGB declara las tres libertades fundamentales del derecho privado: § 305, libertad contractual en el derecho de obligaciones; § 903, libertad de la propiedad, sobre todo inmueble; § 1.937, libertad de testar pero con derecho de legítima.

Ideas análogas a las de Código civil francés y a las del italiano de 1865. La burguesía se había identificado plenamente con el Estado en Europa occidental y, sobre todo, en Francia; menos en Europa central.

Quedan así descritas las posturas contrapuestas del siglo pasado para entender los orígenes de la actual crisis del modelo social del BGB. Hoy en día no predomina el *pathos* de la libertad, sino el del orden y la seguridad que tenderán a ser aplicadas por la socialdemocracia y el intervencionismo estatal.

Pero el liberalismo de los ordenamientos jurídicos privados del XIX no sólo topa con las ideologías adversas, sino también con los poderes públicos. Especialmente en el área germánica, la legislación y administración de los diversos Estados nunca permiten un dominio liberal ilimitado. A esta circunstancia, peculiar de la organización constitucional centroeuropea, dedica el autor muy agudas observaciones. En todos los estados germanos, pero sobre todo en Prusia, Sajonia, Austria y en los del sur, los gobiernos habían asumido la cura del orden público, la promoción del bienestar y del desarrollo económico de modo muy superior al del declinante absolutismo de España, Francia y las dinastías extranjeras de Italia. Merced a ello los poderes gubernamentales habían logrado un crédito casi increíble entre sus ciudadanos. La administración germana ponía límites muy claros al predominio del derecho privado liberal, mucho mayores que los otros Estados de Europa occidental y central. Su inspiración era conservadora y asistencial. El conservadurismo garantiza los intereses e ideas de los grupos detentadores del poder, pero el poder político siempre había protegido desinteresadamente a quienes no integran la burguesía: los campesinos, los artesanos y, luego, los trabajadores asalariados. Los protege contra el latifundio y contra las reglas de la economía libre; prohíbe la absorción de las pequeñas propiedades por los señores feudales; impide el fraccionamiento de la propiedad mediante el régimen hereditario; organiza el crédito agrario y fija los límites del endeudamiento recurriendo al crédito hipotecario. Las disposiciones sobre caza, pesca, aguas, construcción y muchas otras normas iuspublicistas de la propiedad limitan el poder dispositivo del propietario de la tierra cuando colisiona con las exigencias de una economía rural ordenada. El derecho público se inspira en la libertad laboral desde 1869 pero, en lo referente a las minas, al artesanado y otros oficios cualificados, el derecho germano no renuncia a sus fuertes reservas contra esa libertad. En la vieja patria de los gremios artesanales urbanos, la idea de asegurar a cada oficio concreto un determinado espacio de subsistencia, gracias a un ordenamiento asistencial y corporativo, se mantiene viva hasta hoy. El intento norteamericano de introducir en su zona de ocupación desde 1945 una radical libertad laboral no logra la simpatía de la burocracia ni de los afectados. Bismark (canciller del 24 set. 1862 al 1 en. 1873 y del 9 nov. 1873 al 20 mar. 1890) advierte claramente el peligro que el contrato de trabajo

implica para la paz social y crea, contra la oposición de la burguesía empresarial, la seguridad social como expresión de una justicia nueva que aúna la intervención estatal con la idea de la ayuda al prójimo. Caso relevante de la pervivencia del antiguo Estado administrador alemán en las instituciones del Estado moderno. Recordemos que en 1833 se establece el seguro de enfermedad; 1884 el de accidentes; 1889 el de vejez e invalidez; 1891 la Ley de protección de los trabajadores.

De ahí que el autor atempere la definición del BGB como un producto tardío del liberalismo clásico puesto que las reservas indicadas impiden la realización plena del modelo social liberal, reservas que se exponen ampliamente en la ley introductoria del BGB y que han sido clasificadas como «lista de las pérdidas de la unidad jurídica» o, en palabras de Wieacker, como una lista de las pérdidas del liberalismo. El BGB conserva trazos autoritarios o patriarcales en algunas partes sobre todo en el derecho de familia, fundaciones, asociaciones, etc., pero admite en otras las instancias sociales del futuro, aspectos en los que supera a las codificaciones europeas que lo preceden.

Sobre todo después de la primera guerra mundial, el derecho privado alemán experimenta una pacífica transformación merced a la jurisprudencia y a la legislación social. No se trata de examinar palabras o meras fórmulas sino de ver cómo los instrumentos propiamente jurídicos han actuado en *pro* del cambio social con independencia de los cambios políticos de la mudable «opinión pública». La jurisprudencia ha «retransformado» en los últimos cincuenta años la ética formal de la libertad en una ética material de responsabilidad social. Y dice «retransformado» porque vuelve, casi siempre inconscientemente, a los fundamentos éticos del más antiguo Derecho común —*ius commune*— y natural europeo. Aduce cuatro ejemplos: la valoración de las declaraciones de voluntad, la consideración de la relación obligatoria como relación compleja, la cláusula *rebus sic stantibus*, el perfeccionamiento de las obligaciones del propietario. Podría aducir otros muchos. Todos demostrarían que la interpretación actual del derecho civil no considera el ordenamiento privado como un conjunto de derechos subjetivos, sino que considera las relaciones jurídicas como funciones sociales ejercidas según un criterio de responsabilidad preestablecido o aceptado contractualmente. Notable desarrollo por cuanto no es influenciado ni forzado por ideologías colectivistas, políticas o ético-sociales.

Lo mismo podemos observar en la legislación de todos los gobiernos alemanes a partir de la primera guerra mundial. Interesa no perder de vista que cada una de las nuevas leyes ha quebrado el sistema civil, si bien cada una de ellas hace referencia a relaciones jurídicas que pertenecen conceptualmente al núcleo fundamental del derecho civil, al derecho privado general. Aduce Wieacker varios ejemplos.

Acaece, por tanto, la desintegración de la unidad del viejo sistema del derecho privado y de sus ideas fundamentales. ¿Qué se subroga en su lugar? El crecimiento inicial se una sociedad nueva aún no consolidada, muy poco comprendida por la teoría jurídica y menos aún por una legislación apresurada. Wieacker trata de formular cautelosamente la ética de esta nueva sociedad. En primer lugar prevalecen las formas de cooperación, para fines útiles, de libre asociación de muchos y, al mismo tiempo, varios niveles de concentración de la autonomía económica y social. Añade la función siempre más relevante asumida por el Estado-administración o de los grupos pluralistas de poder. Es decir, coexisten simultáneamente y próximos a un equilibrio, una relación de subordinación y otra de cooperación solidaria; subordinación para los objetivos que el individuo pueda referir duraderamente a fines de utilidad común; colaboración, con recíprocas relaciones de obligación y de tutela, cuando basta para la realización de objetivos sociales. La colaboración su- planta a la competencia, tendencialmente, claro está. Cooperación de los individuos en el contrato individual de derecho civil; colaboración de muchos en los bienes en las sociedades, en las profesiones y en las asociaciones, con quienes detentan el poder público que, a su vez, reciben su mandato de los conjuntos de grupos políticos de la sociedad. Este sería el modelo de las relaciones fundamentales de derecho privado en la sociedad contemporánea: no una pluralidad de sujetos que se vinculan autolimitándose mediante contratos individuales, sino una asociación entre sujetos del mismo ordenamiento jurídico, unidos entre sí por objetivos comunes predeterminados. La ética de la sociedad burguesa es la libertad, la de nuestro tiempo sería la responsabilidad. Libertad y responsabilidad, trazos perdurables de los pueblos europeos.

Previene contra dos aberraciones: la negación de este cambio social o su irrelevancia para la vida diaria del derecho y la pérdida de importancia de los valores tradicionales de la cultura iusprivatista. Recuerda que no hay una idea angular de nuestra cultura jurídica, ni siquiera en las nuevas creaciones del derecho público y social, cuyos modelos fundamentales no hayan sido pensados y plasmados en la cultura jurídica de la tradición romano-iusnaturalista, desde los primeros siglos, si bien o con otros nombres o en otros contextos. Recuerda asimismo que en su función innovadora, la jurisprudencia no se ha limitado a seguir un desarrollo progresivo de la conciencia social sino que conectaba, consciente o inconscientemente, con la ética del Derecho natural que procede casi totalmente de la tradición medieval y, a menudo del Derecho canónico que, a su vez, replanteaba con frecuencia problemas estudiados en la tradición greco-romana. De ahí la permanente necesidad de la ciencia del derecho privado que no depende de la supervivencia de un determinado orden social histórico, v. gr. de la sociedad liberal basada sobre el lucro. Quien lo negare, debería negar, lógicamente, el papel predominante desarrollado en su

tiempo por la jurisprudencia romana clásica, por los comentaristas del medioevo italiano o por la jurisprudencia culta.

II. Derecho civil y cambio social (1960)

Este segundo escrito tiene las características de una comunicación, de una ponencia a un congreso y fue publicada en los *Escritos conmemorativos del centenario del Deutscher Juristentag 1860-1960*. Su contenido es, por tanto, más rectilíneo. Hay referencias al escrito anterior, mucho más complejo.

Previene enseguida contra la apariencia externa del papel predominante del derecho civil, reconstituido y garantizado, luego de muchas incertezas, en un Estado de derecho de ciudadanos libres: la República Federal de Alemania fundada el 23 de mayo de 1949. Nunca se ha llegado a un ataque abierto a la unidad externa de la codificación del derecho civil, pero esa unidad se erosiona paulatinamente después de 1914, como explica en el escrito anterior. En la sociedad contemporánea señala algunas características que determinan las mutaciones más significativas en el derecho privado: «Estado social» y «providencia» por un lado y «tipicidad» y «división del trabajo» por otro. Las dos primeras se refieren a la ética, las otras dos a la organización funcional de la sociedad.

El «Estado social» impone, también en el derecho privado, un modelo de relaciones intersubjetivas en las que la obligación de garantizar la existencia de los otros sujetos del ordenamiento se halla en el mismo plano que la facultad de perseguir los propios intereses. Su íntima conexión con la idea de «providencia pública» no precisa explicaciones.

La tendencia a formas «típicas» que prescinden de las particularidades individuales de situaciones y personas, de sus necesidades y de sus capacidades laborales, son consecuencia de la racionalización de las sociedades económicas modernas. Se justifica no sólo por la uniformidad, la frecuencia y la cantidad de muchísimas relaciones análogas sino también por la insostenibilidad de una economía ampliamente diferenciada respecto a comportamientos atípicos o actuaciones equivocadas.

La «división del trabajo» siempre se ha practicado, pero jamás en las proporciones actuales. Plantea al derecho privado los problemas más difíciles.

Estas características repercuten con vigor en la dogmática contemporánea del derecho privado. Wieacker lo demuestra ejemplificativamente.

Advierte al final que, luego de la solidez alcanzada por la Pandectística alemana del XIX, una jurisprudencia que se interesó apasionadamente por las cuestiones de su tiempo sin contar con la seguridad y la voluntad creadora del siglo pasado nunca podrá lograr aquella solidez. De ahí la necesaria recons-

trucción de una teoría del derecho civil conceptualmente unitaria que responda a la demanda de nuestros días sin renunciar a la disciplina mental y a la claridad, el mejor legado del siglo XIX a los juristas.

III. Pandectística y revolución industrial (1969/69)

Hoy nos parece obvio que legislación, jurisprudencia y doctrina se inspiran conscientemente en las realidades sociales y económicas. No lo era en el siglo pasado. De ahí el contraste entre la ciencia jurídica y la revolución industrial. He aquí el tema de este tercer trabajo.

Se da el contraste porque la actividad de una ciencia jurídica consciente de su autonomía y de su soberanía científica coincide inesperadamente con la sociedad industrial que exige nuevas formas organizativas de la empresa y una nueva organización jurídica del trabajo, nuevas formas jurídicas de creación de crédito, de tráfico de mercancías y operaciones de pago, etc. La ciencia del derecho —esencialmente la Pandectística— no quiere perder su neutralidad y objetividad. Explica detenidamente el tema aduciendo problemas dogmáticos concretos.

IV. La lucha por los códigos nacionales en el siglo XIX (1969)

A cualquier ciudadano le parece axiomática hoy día la unidad del ordenamiento jurídico en los códigos y en leyes especiales. No era esta la opinión de nuestros antepasados. Los códigos alemanes comunes son el resultado de una lucha apasionada por la unidad, la libertad y la igualdad ante el derecho, durante el pasado siglo. La unidad legislativa es uno de los grandes elementos integradores de las naciones modernas. La emancipación de la burguesía frente a los poderes feudales o absolutos se asocia al combate por la unidad y la igualdad de inspiración liberal. La historia de la codificación no es, por tanto, tema exclusivo de juristas ya que afecta también a la historia política y social.

En el área germánica hay una ciencia del derecho y una jurisprudencia capaces, fundadas sobre el Derecho romano que habían sabido adaptar a las realidades contemporáneas. La administración de la justicia, en cambio, es retrasadísima y el poder imperial carecía de competencia en este importante ámbito. De ahí la esperanza en las reformas jurídicas de los grandes Estados germanos, sobre todo en la Prusia de Federico II cuyo *Allgemeines Landrecht* (1794) no podía satisfacer plenamente a los patriotas germanos. La Revolución francesa y la monarquía universal napoleónica acaban con el feudalismo

y con el absolutismo ilustrado, cuyo lugar es ocupado por la burguesía empresarial y en Francia, del 1804 al 1810, se publican el Código civil, el de Comercio, y los procesales y el penal.

Cuando Napoleón se anexiona la ribera izquierda del Rin (1801), disuelve después de la batalla de Austerlitz (en las proximidades de la ciudad morava de Slavkov en una helada mañana de diciembre del 1805 que Tolstoi ha descrito magistralmente) el imperio germano al derrotar al zar Alejandro I aliado con el emperador austríaco Francisco II, y crea la Confederación renana en 1806 (comienza con dieciséis principados del sur de Alemania a los que, en 1811, se unen veinte territorios más; se mantienen alejados Austria, Prusia, Braunschweig y Kurhessen; el 30-31 octubre 1813 se disuelve la Confederación) y derrota luego a Prusia y, por segunda vez a Austria, se enciende en el mundo germano la pasión por la unidad, la libertad y la igualdad que, años más tarde, origina los códigos. Constata Wieacker que, tanto para los germanos, como para otros pueblos europeos, Napoleón es un guía tiránico hacia la renovación.

La burocracia de los ex-estados de la Confederación del Rin se opone a la unidad. Thibaut, en cambio, propugna en 1814 la necesidad de un derecho civil común para Alemania. El fundador de la Escuela histórica, Savigny, rechaza ese mismo año la idea de un código nacional germano así como las codificaciones de cada uno de los estados. Pero a partir del 1830 el movimiento unitario liberal vuelve a reclamar un código común aunque sólo logra, de momento, la Ley cambiaria común de 1849. En 1861 se promulga en toda el área germánica, incluida Austria, un Código general de comercio que implica la creación del Tribunal supremo imperial en Leipzig. Poco antes de la guerra fratricida del verano de 1866 (Prusia, aliada con los Estados menores del norte de Alemania, vence a Austria aliada con los cuatro reinos de Baviera, Württemberg, Sajonia, Hannover, más Baden, Kurhessen, Hessen-Darmstadt, Nassau, Meiningen, Reuss a. L., Frankfurt) queda concluido el proyecto de Dresde para un derecho común de las obligaciones que forma hoy la base del derecho de obligaciones del BGB. Se logran otros avances.

A pesar de la reserva de la legislación civil a favor de los Estados que lo componían, en la Constitución del imperio creado por Bismark (1871) la mayoría liberal del primer Reichstag logra en 1873 la ampliación de la competencia imperial del derecho privado. Se fragua el Código civil común, BGB, que entrará en vigor el 1900.

* * *

En conexión directa con este comentario-resumen sobre el libro del romanista Wieacker no me resisto a transcribir alguna de las interesantes ideas de otro insigne romanista Alvaro d'Ors, expuestas en una *Prelección jubilar*

(Secretariado de Publicaciones. Univ. de Santiago de Compostela 1985) del 12 abril 1985 (dos días antes de cumplir los 70 años) leída en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela donde había enseñado 17 años. No tratan del Derecho romano en particular, sino del Derecho porque, como el propio autor dice «el romanista sirve al jurista».

Coincide con Wieacker —al que le unen desde antiguo vínculos profesionales, de amistad y, como he podido observar en varias ocasiones, de admiración mutua— en que «el individualismo posesivo que ha inspirado los ordenamientos civiles liberales, tanto el napoleónico como el del Derecho de Pandectas alemán, se halla hoy en crisis, y en una crisis que ha sido agravada por el abuso que de ese orden civilístico ha hecho la Economía capitalista de nuestro tiempo, fruto también ella, como es muy conocido, de la misma revolución protestante responsable de la entronización del derecho subjetivo. Y esta crisis coloca al jurista de hoy ante un reto, ante una nueva cuestión que no podía dejar de plantear aquí, que es la de cómo debe concebirse el Derecho «Civil», pues no veo inconveniente en que siga llamándose así aunque se funde en bases teóricas muy nuevas: el Derecho Civil del futuro» (pág. 26).

Confiesa a renglón seguido que «uno de los acontecimientos que más me han impresionado en mi vida de estudioso fue la aparición, en el plan de asignaturas de nuestra Facultad, de una nueva que no existía en el plan de estudios de mi generación: El Derecho del Trabajo. Me pareció ver una nueva luz en el horizonte, a la vez que se arrinconaba justamente cuanto habíamos sumariamente estudiado sobre el contrato de arrendamiento de servicios: comprendí que acababa de nacer el futuro heredero del Derecho civil. Por eso, en mi memoria de oposiciones a la cátedra de Derecho Romano —publicada en 1943 bajo el título de «Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano»—, me atrevía, en cierto modo, a profetizar que el Derecho civil debía ser total y radicalmente reformado por nuevos principios congruentes con el Derecho Laboral, algo, para mí, más intuible que propiamente conocido. Ese era el rumbo del porvenir: la regeneración del Derecho Civil por el nuevo Derecho Laboral» (pág. 27). Efectivamente, en los «Presupuestos...» (Theses et studia philologica salmanticensia. I. Salamanca 1943, pág. 18 s.) hace una clara referencia al tema.

J. Burillo