

1-348623

346.43

N 69200

2000

C 2

HISTORIA
DEL
DERECHO PRIVADO
DE LA
EDAD MODERNA

POR
FRANZ WIEACKER
PROFESOR DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE FRIBURGO DE BRISGOVIA

TRADUCCIÓN DEL ALEMÁN
FRANCISCO FERNÁNDEZ JARDÓN

EDICIÓN AL CUIDADO DE
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

GRANADA
EDITORIAL COMARES, S.L.

2000



§ 27. EL DERRUMBAMIENTO DE LA UNIDAD IDEAL DEL DERECHO PRIVADO

I. Los límites de la sistemática pretensión de unidad.—II. El pluralismo del desarrollo del Derecho y el desprendimiento del Derecho social.—III. Crítica de la ideología y de los principios del sistema del Derecho privado.

I. Los orígenes de esta decadencia se remontan muy lejos. El positivismo científico del siglo XIX, con la elaboración de un sistema acabado y de una teoría general del Derecho privado, no sólo completó las exigencias del concepto cartesiano de la ciencia y del Derecho racionalista en el método de la jurisprudencia, sino que al mismo tiempo interpretó científicamente y legitimó espiritualmente la imagen social de la sociedad burguesa de su tiempo. Esta particularidad convirtió al Derecho privado y al método de la Escuela histórica en modelo indiscutible para todas las ramas de la ciencia jurídica, hasta el mismo Derecho penal y la Teoría general del Estado.

En el siglo XX ya no pudo sostenerse la ciencia del Derecho privado en esa situación. Y en un rápido y progresivo derrumbamiento de la unidad sistemática del Derecho civil por el desmembramiento de todos los núcleos sociales del ordenamiento jurídico en Derechos especiales se manifestó también el derrumbamiento de aquella imagen fundamental del Derecho. Tras la pretensión de unidad del Derecho civil se hallaba, como lo muestra la historia previa de la codificación de ese Derecho en el primer Reichstag, la pretensión de unidad de una bur-

guesía nacional y liberal, que se tenía por representante de toda la nación. En el Derecho económico de urgencia de la primera guerra mundial y en el pluralismo económico y político de la democracia de Weimar se quebrantó esa pretensión. A la decadencia del antiguo liberalismo económico clásico correspondió el derrumbamiento de su gran creación jurídica, la unidad del Derecho civil.

2. Ciertamente es que no había perjudicado a esa unidad el que a sectores esenciales del Derecho privado hubiesen desde siempre pertenecido por sus fundamentos históricos o políticos leyes especiales; estas leyes eran producto del espíritu del Derecho civil y se acomodaron muy fácilmente en método y sistema al B. G. B.

a) Puede aplicarse esto especialmente al H. G. B. de 1896 y a las leyes mercantiles adicionales, ya codificadas en la Confederación germanica y que, por lo demás, no eran expresión de ordenaciones singulares corporativas fuera de la sociedad burguesa de ganancias. El que hubieran determinado la formación junto con el B. G. B. de un sistema unitario en varias codificaciones ya procedía del deficiente conjunto sistemático del nuevo H. G. B. de 1896, exclusivo de Alemania y que había perdido en el B. G. B. su teoría contractual.

b) También las originariamente escasas «leyes civiles adicionales», en su mayoría, como, por ejemplo, la ordenación registral de 1898, o la ordenanza imperial referente a los vicios y plazos de garantía en el tráfico de reses de 27 de marzo de 1899, son complementos inmediatos y, en sentido amplio, parte constitutiva de la nueva codificación.

c) Ya había concepciones jurídicas independientes que conducían del Derecho civil al desmembramiento de la protección jurídica profesional (propiedad literaria, musical y artística, Derecho de edición, Derecho de patentes, Derecho de modelos de utilidad y de gusto, de marcas de fábrica y nombres registrados). Las formas de especulación jurídica de este campo fueron construidas en una singular labor económica muy significativa del siglo XIX desde el origen iusnaturalista del constitucional Estado de Derecho, primeramente en la Ley francesa de 1793, en que se alcanzó por el sistema de privilegios del Estado absoluto el Derecho de los bienes inmateriales o de la propiedad espiritual del autor o del inventor. Estas nuevas situaciones jurídicas, que aún no conocía el Derecho común, ya tuvo que codificarlas rápidamente el recién-

te imperio de Bismarck. Mas esas materias correspondían también al espíritu de la sociedad mercantil liberal, de la que vive, asimismo, el B. G. B., luego que ésta había reconocido el derecho exclusivo de explotación a favor del autor y el inventor en interés del progreso material y profesional, lo que primitivamente había venido combatiendo en parte como monopolio ilícito.

d) La producción industrial en masa iniciada desde mediados del siglo XIX en el continente promovió formaciones jurídicas semejantes para protección también de las marcas de fábrica y nombres registrados. Su temprana codificación se explica también por los mismos motivos. El Derecho de marcas y nombres registrados no era tampoco una revisión, sino una manifestación lógica del liberalismo clásico, a cuyo principio funcional pertenece muchas veces la limpieza de concurrencia¹.

e) En el dominio reservado a la legislación particular de los países alemanes, sobre todo en el atañente a las relaciones de vecindad, en la regulación agraria del suelo, del crédito y de la transmisión hereditaria, así como en el Derecho público inmobiliario, se han mantenido como Derechos territoriales particulares un importante número de Derechos de diversa estructura política, en especial de tipo gubernativo o benéfico. Sólo en Derecho público industrial, bajo los estímulos del ideal económico de la libertad industrial, la sociedad burguesa ya había establecido en la Confederación de la Alemania del Norte (1869) la entonces ordenanza industrial del imperio, la más temprana de todas las leyes imperiales de ese siglo. También la ley prusiana de minas se proclamó en favor de la libertad minera en interés de la producción originaria frente al interés del propietario territorial, mientras desde comienzos del siglo retrocedía la evolución al monopolio minero del Estado y se mantuvo constantemente en todas partes por el Estado una vigilancia de las minas². Una pequeña parte del conjunto de Derechos particulares era Derecho corporativo decaden-

¹ FRANZ BÖHM: *Wettbewerb und Monopolkampf* (1933).

² Sinopsis, en WIEACKER: *Bodenrecht* (1938), 302 y sigs.

te y de origen nobiliario estamental. En la mayor parte de los demás campos, como en el Derecho agrario, en el de aguas, en el Derecho del dominio público y, en suma, también en el Derecho hereditario, las antiguas tradiciones de Estado autoritario fueron convirtiéndose sin tránsito aparente en un inminente desarrollo de Derecho social desde los comienzos de la República de Weimar de 1919.

II. En esos campos nacieron especialmente las aún hoy no acabadas neoformaciones que destruyeron con nuevos ideales sociales y económicos la hegemonía del Derecho privado. La primera muestra del vigor de tales fuerzas la constituyó la economía bélica de la primera guerra mundial, que logró por primera vez desde 1918 invadir la libertad de la propiedad inmueble y la estructuración del Derecho privado con la disposición acerca del comercio de inmuebles de 1918 y la legislación referente a la escasez de viviendas. Después de la primera guerra mundial vinieron las formas, aun no decisivas en su tendencia, de socialización de la economía del carbón y de la potasa, que mediante un plan económico democrático segregaron del antiguo Derecho privado amplios dominios de administración autónoma de la producción, aunque sólo se llegó a la construcción planificada de una organización democrática de un consejo económico en el grado superior del Consejo Económico del Imperio. La ordenanza de los Cartels de 1923 se enfrentó por primera vez con un desenvolvimiento característico para el posterior estado evolutivo de la libre economía de tráfico mercantil como el del libre Derecho privado, por lo que precisamente la repercusión de las oportunidades de esa libertad mediante libres formas jurídicas produjo condiciones en las que la libertad del más poderoso acarreo la falta de libertad del más débil (págs. 415-416). El resultado provisional de ese desarrollo fue la transformación del individualismo económico en un pluralismo en el que, muchas veces, para salvaguardia de iniciativas económicas personales, las típicas luchas económicas de intereses de los individuos fueron continuadas por grupos colectivos de intereses, es decir, por partidos (especialmente por aquellos con intereses económicos homogéneos, como los sociales demócratas, los agrarios, los partidos económicos y otros partidos de la clase media, éstos en parte con un campo visual extraordinariamente limitado), por sindicatos y asociaciones de tra-

bajadores y uniones de inquilinos y propietarios. Estas formas de organización de la lucha económica podrían significar una verdadera ordenación jurídica, si se hubiere logrado alcanzar un terreno jurídico común para el equilibrio de intereses mediante la formación de regulaciones obligatorias para todo el conjunto; una oportunidad que en nuestro país no fue grande por la debilidad de la conciencia jurídica formal y del sentido de ciudadanía de la nueva Alemania.

Las tendencias de la novísima historia del Derecho privado han de entenderse solamente en ese cambio de la organización económica alemana (y también de una buena parte de la europea y de la norteamericana) es una «democracia económica», que por todas partes donde fracasó el equilibrio libre acarreo casi necesariamente una intervención de la legislación del Estado o de la administración económica. Democracia económica e intervención del Estado son el común cimiento para las nuevas formas jurídicas, que dondequiera se formaron en el Derecho agrario y en el de la vivienda, en el Derecho arrendaticio, en el Derecho laboral y en el económico, y que con la precursora caracterización de Otto von Gierke pueden concebirse como un *Derecho social*, intermedio entre el Derecho público y el Derecho privado. Estas formas han formado ampliamente el marco conceptual de la vieja comunidad y del Derecho civil, sin encontrar siquiera su fundamentación intelectual mediante una teoría metódica. Corresponde el mérito en esa labor a las importantes leyes reformadoras, que sólo espaciadamente se remontan a la época de la preguerra, de la joven república de Weimar, en el sector del Derecho inmobiliario y del de trabajo, a cuya significación espiritual y ética no se le ha dado muchas veces la debida importancia. A través del cambio de los partidos gobernantes y hasta del cambio del sistema, este Derecho social se ha ido perfeccionando como posesión común de todos los partidos políticos y finalmente también de la misma conciencia jurídica, testimonio de realismo y fuerza de convicción. Estas leyes fueron nuncios disimulados, pero activos, de una inminente ordenación social democrática basada en la justicia.

1. Significó una profunda invasión en la libertad contractual del Derecho civil, sobre todo en la libertad de las transacciones y en lo material de las formalidades, el régimen coactivo de las viviendas desde

la primera guerra mundial. Motivada por la necesidad de espacio habitable, característica de las grandes guerras racionales de la actualidad aún sin destrozos externos, pudo mal entenderse a sí misma como provisional, cuando en realidad se trataba de una evolución constante hacia un «Derecho social de la vivienda». Por eso ya no fue siquiera abandonada durante la coyuntura favorable desde 1925. El raudal de crisis, que desde 1930 iba de mal en peor, decidió (1931) que el Derecho de urgencia del arrendamiento urbano tuviese por lo pronto que permanecer en vigor³ hasta la elaboración de un «Derecho social arrendaticio». Después de la segunda guerra mundial el Derecho de urgencia de la vivienda se mantuvo en Alemania y en otras muchas naciones europeas con más firmeza que nunca⁴.

Derecho peculiar de urgencia fue la ley de escasez de viviendas con sus violaciones de la propiedad, similares a la confiscación y a los antiguos derechos de inquilinato en cuanto a los solares. Con nuevas formas permanentes se cuentan ya la ley protectora del inquilinato, que con su protección del desahucio suprimió en general la libertad de rescindir unilateralmente la relación arrendaticia sin intervención judicial, y la ley de alquileres, que vinculó la «libertad» de formalización material mediante la tasación gubernativa del máximo de rentas, gradualmente fijadas según el lugar. El carácter de arbitraje estatal en la lucha de intereses entre las asociaciones de propietarios e inquilinos resaltó con el establecimiento (primeramente) de tribunales paritarios de arrendamiento y de oficinas de conciliación arrendaticia, aunque también resalta en la posición clave político-comunal de la actual oficina de la vivienda.

2. Si la significación de la vivienda para la conservación de la vida y la del alquiler para la renta real convierten al Derecho de viviendas en núcleo del desarrollo del Derecho social, aún más se pue-

³ WIEACKER: *ob. cit.*, 246 y sigs.

⁴ Cfr., especialmente, la Ley de viviendas de 8 de marzo de 1946 (Ley del Consejo de Control n. 18); a tal respecto, NIKISCH: *Bodenrecht* (Leipzig, 1949), 138. Amplias regulaciones de aplicación de los países, en PALANDT-GRAMAT: *Komm. z. B. G. B.* (1949), intrd. previa al § 535, 4, C, c; *ibid.*, también ahí sobre el Derecho de viviendas en general actualmente vigente.

de afirmar esto del Derecho laboral, cuya plena independencia es una de las grandes prestaciones de la cultura jurídica de este siglo. El Derecho del contrato de trabajo anterior a la primera guerra mundial aún se entendía esencialmente como el caso especial más importante del contrato de servicios del Derecho civil, en contraposición con el derecho público del trabajo, que con los seguros sociales se le adelantó ampliamente, especialmente en el Derecho de protección del trabajo; por el contrario, en la ordenación del servicio doméstico y del trabajador del campo se afirmó más un Derecho reaccionario que patriarcal. El contrato usual de tarifa, durante tanto tiempo utilizado, aun no había sido advertido por el legislador, y en los «Tribunales comerciales e industriales» ya indica el nombre que aún no se habían conocido como predecesores de una jurisdicción del trabajo en sentido actual.

a) Sólo tras la victoria parcial de los trabajadores alemanes, de sus partidos políticos y de sus sindicatos después de 1919, el Derecho laboral se desprendió totalmente del Derecho privado. El reglamento del contrato por tarifa de 1918 admitió una organización laboral ante la que pudieran plantear las asociaciones de trabajadores y de empresarios sus conflictos para dirimirlos el Estado. Elevó a principio fundamental la conclusión del contrato de trabajo colectivo y sometió la libertad contractual de los particulares, con el principio del no regateo, a la supremacía contractual de los grupos, cuyos miembros individualmente ya no podían sustraerse al acuerdo colectivo. La ley del Consejo de Empresa reprodujo la organización pluralista del trabajo dentro de cada empresa y vinculó la denuncia del contrato a la intervención del Consejo. La ley del Tribunal del Trabajo amplió los antiguos tribunales mercantiles e industriales con una singular y original jurisdicción con asesores legos de representación paritaria.

b) El resultado fue una lucha laboral constreñida y limitada por las reglas y pacificada por la intervención del estado. En nuestros mismos días ha vuelto a repetirse en el Derecho laboral la antigua historia del escabinado de todo Derecho, que, partiendo de la defensa propia por los interesados, pasa por el arbitraje estatal hasta su ordenación jurídica por el Estado. Desde que fracasó el intento de la ley nacionalsocialista de ordenación del trabajo de 1934 de suprimir es-

tos principios mediante una organización laboral autoritaria y de camaradería jurídica se restablecieron en Alemania estos principios de organización laboral con ciertas variaciones económico-políticas de importancia⁵. Son los que dominan en casi todos los países en donde la victoria del socialismo proletario no ha conducido totalmente a nuevas formas de organización.

3. Tanto la coalición de empresas del capitalismo tardío para el dominio del mercado (conciertos, Cártels, por lo demás precisamente mediante las formas jurídicas del *Derecho civil*) como sobre todo la limitación y la intervención de tales coaliciones y de su amenazadora soberanía por el Estado, y, finalmente, las directas ordenaciones contractuales de las condiciones generales del negocio y las tarifas para las empresas de suministro significaron una invasión más extensa en el terreno de la libertad contractual, uno de los axiomas propios de la cultura del Derecho privado del siglo XIX.

a) Los acuerdos sobre precios, ventas y producción de los Cártels, en que se coligan las empresas productoras para monopolizar, dominar y distribuirse el mercado, destruyeron, conforme a su propósito originario, la libre concurrencia, que constituía la condición del sistema económico en que se basaba el derecho civil. A ellos se opuso lentamente, no tanto para el restablecimiento de la regulación clásica como para la protección de la sociedad económica, es decir, tanto de los terceros como de los clientes, la intervención del estado con su creciente tendencia a transformar esas coaliciones en soportes funcionales de la economía.

b) A la utilización de la libertad contractual mediante condiciones del negocio dictadas, se opuso siempre la jurisprudencia con decisiones garantizadoras para verse al punto frente a nuevos recursos de los juristas de las empresas; también apoyó sólo a los partidos que estuviesen en situación técnica o económica de invocar la protección de la justicia. Pero en la economía de abastecimientos con diversa si-

⁵ Sinopsis adecuada acerca de las fuentes actuales del Derecho alemán del trabajo, en SIEBERT-HILGER: *Arbeitsrecht. Sammlung arbeitsrechtlicher Vorschriften*³ (1950).

tuación de intereses, en el contrato uniforme de inquilinato y, por último, más generalmente, en la economía bélica de la segunda guerra mundial, los contratos colectivos fueron llevados bajo muy variadas formas a las ordenaciones contractuales de la economía general. También se dio aquí un proceso, característico de nuestra época, que del contrato individual condujo a una forma contractual económico-política.

4. El Derecho civil inmobiliario se basaba en el supuesto de que la propiedad territorial estaba sometida a la libre disposición del propietario según la índole de otros bienes económicos, pero ese ideal se había presentado siempre como algo vaporoso frente al Derecho público de los territorios (Derechos de aguas, de caza, de construcción, de explotación agrícola, de granjas agrarias, industrial, de explotación); tan complicado en su tendencias y tan desparramado había estado ese Derecho. Ya vieron los comienzos del Estado de Weimar una legislación de la propiedad inmueble, que en las etapas del Derecho imperial y desde prometedores puntos de vista venía desligando completamente el Derecho público de propiedad de su conexión con el Derecho privado. Si el objeto del Derecho privado era la propiedad territorial, el Derecho público inmobiliario consideraba como objeto suyo el espacio total plenamente regulado de modo unitario, según los cometidos municipales territoriales y nacionales y finalmente «planeado» mediante una «ordenación del espacio»⁶.

⁶ Acerca del desarrollo de estas ideas, WIEACKER: *Bodenrecht*, 30 y sigs., y con distinción más detallada, *Vielfalt u. Einheit d. dtsch. Bodenrechtswissenschaft* (Stuttgart, 1942), 7 y sigs. Intento de una concepción sistemática, *ibid.*, 11 y sigs. y sobre todo 20 y sigs. y ns. 2 a 5. Contra la escisión sistemática entre el Derecho real del suelo y los bienes muebles, por el contrario, STOLL: *D. J. Z.* (1935), 1162 y sigs.; F. v. HIPPEL: *Arch. ziv. Pr.*, 147 (1941), 207 y sigs.; LANGE: *Entw. d. Wiss. u. bürgerl. Recht* (1941), 12 y sigs.; para el desmembramiento del Derecho del suelo, BUSSE, sobre todo: *Z. f. d. ges. Staatsw.*, 98 (1938), 489 y sigs., y más ponderadamente, K. BLOMEYER: *Forsch. u. Fortschritte*, XVII (1941), Nr. 6, tirada aparte 4. De las exposiciones aparecidas después de 1945, sólo NIKISCH, *Bodenrecht* (1949), emprende la independización del Derecho del suelo como socialmente conveniente y sistemáticamente clara (fundamentación, págs. 7 y sigs.).

Ambos modos de considerar venían estando coordinados desde siempre, pero desde la primera guerra mundial hasta el mismo día de hoy han venido trasladando cada vez más su centro de gravedad al Derecho público y social de la propiedad. Al persistir este desarrollo consecuentemente desde hace una generación, a pesar de su apresuramiento por los poderes económicos del Tercer Reich, y a pesar del *pathos* unitario, nacional y económico con el que entonces se unió, no pudo, como tal, tener una peculiar validez, lo que se repitió en la mayor parte de los países europeos y de todas partes de América.

a) Desde la ordenanza reguladora del tráfico de fundos de 1918 y de la inflación, ya no desapareció del programa legislativo la obligación de una autorización previa para enajenar (y partir) las fincas. Se amplió de las fincas agrícolas a las destinadas a vivienda, y aún más cercanamente muchas veces a las fincas afectadas por la reconstrucción en las comarcas destruidas por la guerra. Tanto en la distribución agraria como en la urbana, así como en el replanteo de la edificación, se imponen cada vez más decididamente las disposiciones públicas sobre el espacio. Habrá que contar, y no sólo en Alemania, con un Derecho público de «encauzamiento del suelo»⁷, entre las tendencias persistentes del Derecho social inmobiliario.

b) En el Derecho de colonización agrícola, la ley de Asentamientos de 1919 primero, y la ley del Hogar de 1920 tuvieron en cuenta una justa distribución del suelo a favor de los capaces y dispuestos para el asentamiento. En las leyes de reforma de la tierra de los países alemanes desde 1945, si se prescinde de los motivos de política de poder y exterior, la idea del asentamiento se adaptó a los nuevos puntos de vista de la acogida de los oprimidos alemanes orientales como nuevos asentados.

c) Todos los Gobiernos alemanes han intentado promover el asentamiento de viviendas, especialmente la edificación de pequeñas viviendas y de casas para obreros, así como las «barriadas de casas baratas» desde

⁷ Propone con salvedades de lenguaje este concepto de intervención casi imprescindible para la comprensión teórica del Derecho del suelo actualmente vigente WIEACKER: *Vielfalt und Einheit*, 13 y sigs.; acerca de las repercusiones sobre el sistema, 20 y sigs.

la primera guerra mundial, no sólo financiándolas y con nuevas formas jurídicas a ello apropiadas, como la reforma del Derecho de superficie y del de la vivienda, sino también obligando a los propietarios actuales a gravar sus tierras (p. ej., para tierras de colonización, pequeños huertos, terrenos para el tráfico y espacios verdes) y perfeccionando la nueva propiedad naciente, extendiéndola en forma de una subpropiedad mediante vinculaciones de Derecho público o contractuales (con la construcción de pequeñas viviendas y el derecho de superficie).

d) En la reconstrucción de las comarcas destruidas, «la organización especial» pública, mediante leyes o estatutos particulares para la reconstrucción se ha impuesto cada vez con más fuerza con prohibiciones de enajenar y de dividir, con prórrogas forzosas y con gravámenes territoriales.

e) La legislación inmobiliaria nacional socialista, prescindiendo del Derecho del patrimonio familiar, que ha de descartarse a causa de sus defectos ideológicos de construcción y de su desdén por la propiedad del campesino medio, ha ahondado el predominio, fundado sobre todo en los primeros y últimos años de la república de Weimar, de un previsor Derecho público inmobiliario; lo ha exagerado mediante una autoritaria libertad de apreciación, propia de un Estado dictatorial, y en parte lo ha unificado y concentrado. Las ideas fundamentales de un Derecho social del suelo, que fueron halladas por los grandes reformadores de fines de siglo, en Alemania, por Wagner, Federico Naumann, Damaschke, y realizadas por primera vez por el Estado de Weimar, ya no desaparecieron de la conciencia nacional. También cuentan entre las pocas seguras aportaciones a una cultura jurídica nueva que nuestro caótico siglo ha producido. Podría ser amenazada, no tanto por una restauración liberal, que difícilmente tendría ocasión seria para ello, como por una incoherente y egoísta producción legislativa de los Derechos particulares.

III. En la última generación desde la primera guerra mundial la ordenación jurídica ha ido progresivamente transformándose de una organización económica liberal en una organización de la propiedad y de la economía, ya democrático-plurista, ya autoritaria, ya socialista, y frente al sistema y teoría del Derecho civil la legislación siempre ha seguido rápidamente a la evolución y a veces hasta la ha



precedido o propulsado. Junto a algunas leyes ocasionales con momentáneas tendencias ideológicas, este nuevo cúmulo jurídico contiene un núcleo más firme en el ámbito que, junto con el Derecho comunal y los seguros sociales, se puede concentrar como Derecho social, Derecho de viviendas, Derecho laboral y Derecho social inmobiliario. La hegemonía del derecho privado o también su nítida delimitación del Derecho público, con el que comparte la soberanía en el burgués Estado de Derecho, se hizo problemática y cambió las alturas del crecimiento de una nueva y legítima conciencia jurídica social en campos circundantes menos conformados sistemática y conceptualmente. Aún han acontecido pocas cosas para su inclusión teórica en las tradiciones intelectuales de la ciencia del Derecho: reproche a la vez contra una teoría que no toma en serio su tarea ordenadora y contra una práctica legislativa que desprecia la auténtica teoría. La historia europea del Derecho enseña que una situación en la que el vigor teórico quede rezagado ante las necesidades de la práctica, tal como, p. ej., durante la recepción en Alemania, trae como consecuencia rodeos equívocos, pérdidas inútiles de esfuerzo y el hundimiento de la ciencia del Derecho. El efecto inmediato de la invasión del ámbito circundante fue, efectivamente, la rotura de la unidad jurídica a consecuencia de la dispersión legislativa y el retroceso de la autoridad de los tribunales ordinarios por la ingerencia invasora de autoridades administrativas generales y particulares y de entidades decisorias. Las decisiones de funcionarios de trabajo, de la vivienda y de previsión significan más hoy, para bien o para mal del particular, de lo que nunca ha significado el fallo de un tribunal civil.

La crisis en la que recayó el sistema del Derecho privado por el desarrollo del Derecho social, no ha penetrado, por desgracia, en la conciencia de los juristas sino por la agitación de la «renovación jurídica» nacionalsocialista y, por tanto, se comprometió con las parcialidades y exageraciones que siempre desfiguran un sentimiento teórico constreñido por una fuerza externa. Primero, la ordenación de los estudios de 1935⁸ destruyó, de un modo a veces desatinado, pero nun-

⁸ Sinopsis y fundamentación, en K. A. ECKHARDT: *Das Studium d. Rechtswissenschaft* (Hamburgo, 1935), 1 y sigs.

ca infructuoso, la materia usual de la enseñanza de los cinco libros del B. G. B. Desapareció la Parte general, a pesar de tener mayor justificación en la enseñanza del derecho que en la codificación, pero el Derecho de las personas encontró, de todos modos, asilo en el Derecho de familia; las personas jurídicas en las «Asociaciones y sociedades», y el negocio jurídico y el contrato en el Derecho general de Obligaciones («contrato y antijuridicidad»). La reunión del derecho de personas y el de familia mereció aprobación. La agrupación, apenas ideológicamente preconcebida, del Derecho matrimonial y del régimen matrimonial de bienes era tolerable. La unión del Derecho de cosas muebles a los negocios jurídicos de crédito y de comercio («Dinero y efectos») podía calificarse de tan buena como la independencia del Derecho inmobiliario y la separación del Derecho de los comerciantes y negocios de comercio del de las sociedades. Una terminología, muchas veces desgraciada, totalmente encubridora del desconocimiento fundamental de la palabra «Derecho», desfiguró la improvisación que, según la opinión del autor, no estuvo influida en ese dominio conforme a las circunstancias por la enfermedad jurídica del nacionalsocialismo, ni en cuanto a la cuidadosa elaboración, bajo el supuesto de un desarrollo y de una cultura jurídica propia del Estado de Derecho le fue en zaga a la división en libros del B. G. B.⁹

En los primeros años de la dictadura influyó también, por cierto, de modo prejudicial, esa perturbación de las tradiciones profesionales.

⁹ La ciencia alemana del Derecho privado rechazó, en general, la nueva ordenación, y, por cierto, tanto por conservadurismo como por preocupación por los fundamentos espirituales del Derecho privado (cfr. ya *supra*, § 24, n. 7), y tanto desde el punto de vista de la problemática sistemática, largamente discutida, de la moderna teoría europea del Derecho y de la condicionalidad histórico-espiritual del sistema pandectístico, como por la repugnancia, honrosa y justificada, a los experimentos politiquerantes. Inaparcialmente, con un conocimiento adecuado de los antecedentes científicos referentes al sistema del B. G. B., nuevamente hoy, A. B. SCHWARZ: *D. Schw. Z. G. B. in der austl. Rechtsu.* (1950), en la n. 82; últimamente, EBRARD: *Schw. Jur. Ztg.*, 67 (1948), 95 y sigs. Ensayo incompleto, pero independiente, en WIEACKER: *System des Vermögensrechts* (1941), sobre todo 22 y sigs. y 26 y sigs. (con anexos); también sin coincidir en particularidades, pero con proposiciones nuevas, F. BAYERLE: *Schuldenken u. Gesetzeskunst*, *Z. f. d. ges. Staatsw.*, 102 (1942), 209 y sigs.

Verdad es que la crítica de la ordenación de los estudios no halló en el sistema tradicional ninguna limitación o sólo la encontró meramente destructiva y de carácter superficial. Probablemente el Ministerio de Justicia, en su apoyo, notablemente falto de iniciativa, a la ordenación de los estudios al comienzo de los trabajos de reforma en el ámbito del Derecho civil, cuya falsedad residía en el momento en que se aceptó, presagió ya la «descomposición» del B. G. B. en varios «bloques»¹⁰ y la legislación comenzó a desmembrar totalmente del B. G. B. el Derecho hereditario, el referente a la desaparición y a los testamentos. Pero más tarde los trabajos de la Academia para el Derecho alemán, la práctica judicial para el primer examen de Estado de la licenciatura y el plan para un llamado «Código popular», volvieron a orientarse cada vez más en el Código civil, ya por motivos propios de la concepción del Estado de Derecho, ya por la deficiente visión de la situación.

La osadía de las primeras proposiciones ha tenido, ante su aparente conservadurismo, dentro de una extremada degeneración jurídica, el mérito al menos de una mayor lógica interna.

Indudablemente, esta crítica del sistema estaba deformada por rasgos ideológicos (tal como el escamoteo de la palabra «Derecho civil», la crítica de la libertad contractual y del Derecho subjetivo) y frecuentemente era menos original de lo que presumió (tal como en la crítica del concepto general del contrato ya combatido por Schlossmann, o el del de la transferencia abstracta discutido desde Neuner, o el concepto de cosa ya censurado por demasiado angosto por O. v. Gierke). Pero su presuposición de que ya estaba desintegrada la unidad ideal del sistema del Derecho privado era esencialmente atinada. Podría oponérsele que la crítica y los conceptos fundamentales y el sistema del Derecho civil, en una época de negación gene-

ral del Derecho, ponían ya negligentemente en discusión los elementos esenciales de toda cultura jurídica afianzada¹¹, y que este recelo quizá colaborase en las reservas de muchos juristas prudentes y experimentados. Ciertamente es que frente a ello podría reprochárseles que la soberanía indiscutida de aquellos valores teóricos en la ciencia y en el desenvolvimiento jurídico no había detenido en modo alguno la catástrofe jurídica del nacionalsocialismo, precisamente quizá por haberse desviado un positivismo demasiado satisfecho de sí mismo de la cuestión esencialísima de la justicia. Han podido fundamentarse funestos fallos errados, especialmente en el campo del Derecho penal, con un manejo completamente correcto del aparato conceptual, lo que constituye la pieza maestra del positivismo degenerado, para legitimar judicialmente toda injusticia. Hoy, según ello, es menos inminente una permanencia en la adhesión a aquellas improvisaciones, que un sosiego satisfecho en los antiguos conceptos que contrarresta la necesaria restauración de la escrupulosidad metódica.

Sin embargo, tras el mutismo de las voces de la crítica ante la terrible herencia de la injusticia de aquel tiempo, la desintegración de la imagen pandectística del Derecho permanece siendo la cuestión decisiva del Derecho privado en el próximo futuro. Plantear esta cuestión no significa poner en peligro la cultura jurídica ni la misma justicia del Derecho social, tal como ocurrió con la labor de toda ciencia del Derecho desde la glosa hasta la ciencia de las Pandectas; lo contrario significaría ocultar y aún desechar las obligaciones fundamentales del teórico del Derecho al dominio de las tareas de la ordenación social y acarrear una nueva catástrofe jurídica. La misma desintegración, que sin la colaboración de la tradición científica acaba en una legislación finalística y rutinaria y sin una lógica continuidad ética y espiritual destruye el sistema, es evidentemente el síntoma del positivismo degenerado que ha demolido la cultura jurídica alemana de los últimos diez años y muchas veces hasta en sus cimientos.

¹⁰ SCHLEGELBERGER: *Abschied vom B. G. B.* (1937). Sin un conocimiento de los verdaderos motivos de los ponentes en la materia del entonces R. J. M. [Ministerio de Justicia del Reich] en relación con el partido gobernante no será posible un juicio fundamentado sobre los propósitos de este giro, al parecer arbitrario e inmotivado. Completamente sin fundamento se comportó en cuanto a la cuestión la ordenanza del 4 de enero de 1939 (R. G. B., 6 y sigs.) para la preparación judicial al primer examen de Estado de la Licenciatura en Derecho.

¹¹ SCHWARZ: *ob. cit.*, 19, 26 y n. 96; cfr., además, FRIEDMANN: *Legal Theory*² (1949), 255 y sigs. y 391 y sigs.; K. LÖWENSTEIN: *Yale Law Journal*, 45 (1936), 779 y sigs.; ÖRTENGREN: *Schweizer Ztg.* (1945), 352 y sigs.; M. WALLIN: *L'individualisme et le droit* (1945, no consultado).