

# BIBLIOGRAFÍA

A cargo de: **Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Universidad de Málaga

## Libros \*

**AUER, Marietta: *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2014, 236, 204 pp.**

El libro que traemos a colación ha sido calificado por Reinhard Zimmermann en *Juristenzeitung* como uno de los mejores libros jurídicos alemanes del año 2015 e incluso ha sido objeto de discusión en un simposium monográfico en la Universidad de Münster organizado por Niels Jansen y Michael Grünberger, donde actuaron como ponentes Hans-Peter Haferkamp, Oliver Lepsius y Galf-Peter Calliess, que será objeto de publicación en breve en un volumen también de Mohr Siebeck: ello nos da ya de entrada una idea de la relevancia e interés que la obra ha despertado en el público jurídico alemán (y, por ende, europeo). Se trata en realidad del trabajo de habilitación de su autora, discípula de Claus-Wilhelm Canaris y profesora de Derecho civil de la Universidad de Gießen, defendido en la facultad de Derecho de Múnich en 2012. Para un lector acostumbrado al manejo de trabajos de habilitación alemanes, resulta un poco llamativo su reducido tamaño (solo 167 páginas, excluidos índices y bibliografía), pero ello también ofrece de entrada un indicio de su excelencia y calidad de contenidos, porque es una verdad bien asentada que en la Universidad alemana no precisamente cualquier trabajo sirve para habilitar a su autor para la docencia universitaria. La lectura del libro no defrauda, desde luego, las expectativas creadas.

En efecto, a pesar de su densidad de contenidos y su marcada carga filosófica y sociológica, el libro está escrito con un estilo ágil y resulta de agradable, incluso apasionante, lectura, si bien en ocasiones puede parecer algo rebuscado debido a esta mezcla de elementos y nociones tomadas del ámbito de la hermenéutica, el funcionalismo sociológico y el Derecho civil alemán, con su alto grado de abstracción y especialización. Con todo, es un libro accesible para el lector medio acostumbrado al estilo de la civilística germana.

Tras un prólogo y una corta introducción (pp. 1-9) en que Marietta Auer expone brevemente el propósito central de su obra, la monografía se divide en dos partes de similar extensión, aunque de diferente enfoque. La tesis de fondo de la autora es, básicamente, intentar explicar que la creciente carga de valoraciones material (de carácter ético y social) en el Derecho privado moderno no supone en realidad ninguna ruptura con el soporte y la estructura teórica del modelo de sistema jurídico correspondiente a una sociedad regida por el Derecho privado alejada del Estado. La autora busca hacer una descripción del estatus del Derecho privado actual que evite las simplificaciones metodológicas y materiales (como p. ej. su calificación como «liberal» o «social») y que pueda así salvar el diagnóstico pesimista lanzado sobre todo

---

\* El ADC se encarga de seleccionar los libros objeto de reseña.

por Franz Wieacker de un inevitable declive por un retroceso hacia un modelo de sistema jurídico-privado normativamente cerrado, así como una fatal sobrevaloración de la teoría crítica que pretende deshacerse de la persistente eficacia del modelo del Derecho privado liberal mediante una simple refutación de sus fundamentos teóricos. La autora se propone, por tanto, formular un cambio de visión frente a las tomas de postura tradicionales de la teoría crítica del Derecho privado y de la ética jurídico-normativa. Si lo consigue plenamente o no, es algo sujeto a discusión y lleno de incertidumbres, de lo que da cuenta precisamente la importante polémica surgida en Alemania en torno a sus controvertidas tesis.

Veamos estas con un poco más de detalle.

La primera parte (pp. 11-90) trata, con un fuerte componente filosófico y sociológico, sobre la teoría del Derecho privado en la época moderna (entendiendo por tal la que parte del iusnaturalismo racionalista hasta la actualidad, suponiendo que la actualidad pueda seguir considerándose «moderna» y no más bien «postmoderna»), distinguiendo a este respecto entre una primera y una segunda Modernidad. La primera modernidad se centra en el giro del concepto de sujeto de derecho hacia la persona humana, el tránsito de la noción de deber al de derecho subjetivo como concepto central del Derecho privado, la separación tajante del Estado y la sociedad, así como la integración del moderno sistema del Derecho privado. La segunda, en cambio, se produce como consecuencia de la reflexividad inherente en el concepto de lo «moderno» sobre la base de una dialéctica negativa que se funda en una contramodernidad immanente y una continua puesta en riesgo de su propia identidad, conduciendo así al destronamiento del papel central del sujeto de derecho, la deconstrucción del derecho subjetivo y la irrupción de lo público en el ámbito del Derecho privado. La tesis de fondo es que esta segunda modernidad no ocasiona ninguna negación del Derecho privado considerado «liberal» como consecuencia de la intervención de agentes destructivos externos calificados como de índole «social» o «estatal», sino que es una derivada propia del mismo concepto de lo moderno, esto es, que la Modernidad en el Derecho privado lleva implícita su propia puesta en cuestión y, por consiguiente, su misma autocorrección (una síntesis de sus planteamientos puede encontrarse asimismo en el artículo de la autora titulado «Privatrechtsentwicklung in der Moderne: Ein Tryptichon», publicado en Grimm/Kremmerer/Möllers, eds., *Rechtswege – Kontextsensible Rechtswissenschaft von der transnationalen Herausforderung*, Baden-Baden, 2015, pp. 13-34).

Para la defensa de esta controvertida tesis (en la que es de capital importancia la influencia del pensamiento del sociólogo Ulrich Beck, cfr. p. ej. *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*, trad. esp., Madrid, 1997), Marietta Auer pasa revista en un primer apartado (pp. 11-44) al desarrollo del discurso filosófico y sociológico de la Modernidad occidental a partir del giro de la Edad Moderna (sobre todo desde el racionalismo del s. XVII) y su relevancia polifacética en el desarrollo de la teoría del Derecho privado actual. La Modernidad ilustrada puede identificarse con una creciente individualización, racionalización y secularización de las instituciones sociales y de los correspondientes discursos. A juicio de la autora, el impulso sistematizador contenido en los sistemas del Derecho natural racionalista tuvo una importancia decisiva en el surgimiento del concepto moderno de Derecho privado (frente a las inercias arrastradas desde el Derecho romano). En la instancia de legitimación, constatable hasta el Derecho actual, de las teorías jurídicas liberales de la Ilustración se puede

vislumbrar una causa de que hasta hoy el Derecho privado se conforme como un sistema normativo unitario sobre la base del concepto de autonomía privada y el ejercicio individualista de los derechos «liberado de la acción estatal» («staatsfreie» individualrechtlicher Rechtsausübung). Sin embargo, como se constata en el apartado siguiente (pp. 46-73), a partir del siglo XIX van apareciendo corrientes crecientemente críticas de una «segunda Modernidad» que coinciden en el tiempo con la emergencia de los primeros problemas teóricos de legitimación de la primera sociedad industrial fundada en el Estado nacional. Estas posiciones críticas exteriorizan, en opinión de la autora, el punto de vista de la reflexividad, tanto teórica como práctica, de la sociedad moderna, y se dirigen, en primer término, a aplicarse sobre los propios criterios racionalistas de la Ilustración y, por tanto, a someter a prueba a los límites de la capacidad normativa de sus criterios individualistas (la reflexividad como deconstrucción). En un tercer apartado de esta primera parte (pp. 74-87), Marietta Auer describe esos rasgos de la segunda Modernidad en tanto que reflexividad como dialéctica negativa (aquí es destacable la influencia del pensamiento de Jürgen Habermas, cfr. v. gr. *El discurso filosófico de la modernidad*, trad. esp., Madrid, 1989): tales rasgos son la inmanente puesta en riesgo de los propios conceptos fundamentales y la inmanente contramodernidad contenida en su seno. La autora destaca cómo en la sociedad moderna existe una tendencia inherente hacia la reflexión sobre sus propios fundamentos y a una sistemática puesta en riesgo de los mismos. Sobre esa base se observa que algunos ataques hacia la unidad normativa del Derecho privado (sobre todo los referidos a los criterios de la fuerza vinculante de la voluntad individual, la coherencia del derecho subjetivo y la consistencia de su separación del Derecho público) pueden encuadrarse inmediatamente en el contexto del discurso filosófico y sociológico de esta segunda Modernidad. Y consiguientemente, puesto que, a pesar de las tendencias divergentes con respecto a la primera, en la base hay una coincidencia en una fundamentación esencialmente racional, se explica de ahí, en parte, que esos ataques hasta el momento no hayan conseguido contrarrestar firmemente el modelo de Derecho privado «liberal» de la primera Modernidad, de manera que hasta el presente afirmación y crítica vienen a coincidir en ese punto.

La segunda parte del libro (pp. 91-164) va dirigida a confrontar los resultados obtenidos en la primera parte con los hechos concretos del desarrollo del Derecho privado moderno, concretamente centrándose en el concepto clave del derecho de propiedad. Acertadamente, la autora escoge como banco de pruebas de sus tesis el elemento central del sistema del Derecho privado moderno desde el racionalismo, es decir, se dirige al auténtico núcleo del discurso jurídico-privado: es obvio que si sus tesis funcionan en este ámbito podrían extenderse a la totalidad del sistema. Como consecuencia, en esta parte de la monografía destaca también el análisis histórico-jurídico de las cuestiones planteadas. En un primer apartado (pp. 93-119), Marietta Auer investiga cómo se produjo la integración del derecho de propiedad en el Derecho privado moderno como un concepto clave. En la tradición romanista, la propiedad no poseía un carácter tan central como después adquiriría en el Derecho privado «liberal»; el paso decisivo, en palabras de la autora, se produjo cuando se produjo la unión de dos tradiciones diversas sobre la propiedad en la historia de las ideas jurídicas, a saber, la concepción «estrecha» jurídico-real de la tradición del *ius commune* y la concepción «amplia», basada en la noción de autonomía, del iusnaturalismo racionalista. De ahí que en el concepto moderno de propiedad se observe una inmanente relación conflictiva.

va entre «realidad» y personalidad que se traslada a la constante expansión de posibles objetos del derecho de propiedad. Por esta razón, ya antes de toda crítica se encuentra hasta hoy la idea moderna de propiedad en una permanente dinámica que lleva a una progresiva «espiritualización», es decir, a la expansión de los derechos absolutos y excluyentes respecto de bienes inmateriales y derechos de la personalidad, que difícilmente puede conciliarse con las garantías institucionales del tipo del principio del *numerus clausus* de los derechos reales. En el segundo apartado de esta parte (pp. 120-142) se analiza, sin embargo, cómo la segunda Modernidad ilustra la inmanente propensión a la crítica que presenta este concepto «amplio» de propiedad de la primera Modernidad. Para la investigación de este punto se revelan como teóricamente provechosos los principios sobre la deconstrucción del derecho subjetivo y la imposibilidad de separar Derecho público y Derecho privado. Para su análisis de este punto, Marietta Auer se basa sobre todo en las ideas de Wesley N. Hohfeld en torno a la deconstrucción del concepto de derecho y su «teoría del haz de derechos» (*Bündeltheorie*) de la propiedad (cfr. Hohfeld, «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», en *Yale L. J.* 23 [1913], pp. 16 ss., y *Yale L. J.* 26 [1917], pp. 710 ss.; cfr. trad. esp. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, 1968). Desde este punto de vista se revela como escasamente consistente, en opinión de la autora, la tesis, sostenida a menudo hasta la actualidad, de un cambio del concepto moderno de propiedad hacia un modelo «social»: más bien sucede, a su juicio, que tanto el paradigma «liberal» de una propiedad libre de limitaciones como su crítica «social» representan en su respectiva persistencia derivaciones de la propio carácter ambiguo de la Modernidad y, por tanto, como partes inseparables en el contexto del discurso jurídico-privado moderno. Por fin, en un tercer apartado de esta parte (pp. 143-164), se analiza la dialéctica de la propiedad a través de la autolimitación y el paternalismo estatal. La reflexividad del mundo conceptual moderno se muestra no solo en el ámbito teórico, sino también en el práctico. Y en concreto, en el caso del concepto moderno de propiedad, se da, a juicio de Marietta Auer, una tendencia hacia su propia disolución práctica en la medida en que, de entrada, se le ponen límites en ciertos ámbitos a la constante expansión de los derechos exclusivos y absolutos, de modo que los efectos de una mayor apropiabilidad se convierten en su contrario y se frustran sus objetivos. A partir de esta constatación se dirige la mirada hacia el modo en que el ordenamiento jurídico reacciona frente a la necesidad de una limitación de carácter estatal de la ordenación jurídico-privada de los derechos de propiedad. Según la autora, muchas de estas limitaciones o necesarias condiciones funcionales del ejercicio de los derechos de propiedad se revelan como expresión de un pensamiento paternalista antimoderno, lo que conduce una vez más a la conclusión de que la Modernidad, también en el caso de la idea de la propiedad, paradójicamente ha de considerarse más bien solo como semimodernidad (*Halbmoderne*).

En una consideración final (pp. 165-167), la autora, como resultado de sus reflexiones, ve que la aportación del Derecho privado moderno se encuentra en crear una esfera autónoma para la actuación de la voluntad a partir de las reglas de la actuación libre del individuo y en legitimarla como universal, en la medida en que sirve a la acción de la voluntad individual, y por eso la esencia del discurso jurídico-privado moderno está en la permanencia del principio de autonomía privada, incluso frente al progresivo avance de su propio resquebrajamiento.

En opinión de Reinhard Zimmermann, que compartimos, la tesis central del libro, según la cual el pensamiento y la praxis de la Modernidad, a pesar de su crítica fundamental y sus relativizaciones prácticas, han permanecido intactos hasta la fecha y así permanecerán durante el tiempo que se alcanza a vislumbrar, es para cualquier iusprivatista, y en realidad para cualquier jurista, una consideración extraordinariamente estimulante (*JZ* 23 [2015], p. 1153), y aunque el libro no presentara ninguno de sus otros muchos méritos, ya solo por eso sería digna Marietta Auer de nuestra felicitación y agradecimiento.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS  
Catedrático de Derecho romano  
Universidad de Valladolid

**BOSCH CAPDEVILA, Esteve/DEL POZO CARRASCOSA, Pedro/  
VAQUER ALOY, Antoni: *Teoría general del contrato. Propuesta de  
regulación*, Marcial Pons, Madrid, 2016, 227 pp.**

El título de la obra objeto de recensión refleja de una manera clara el contenido que en ella vamos a encontrar: una propuesta de regulación de lo que se conoce como teoría general del contrato. Esta Propuesta ha sido realizada principalmente con perspectivas a una futura reforma del Código Civil de Cataluña, dada la ausencia en el Proyecto de Ley del Libro Sexto de una regulación sobre la teoría general del contrato. No obstante, en ningún momento se abandona por sus autores una pretensión más general, dentro de este contexto de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el que actualmente nos encontramos inmersos.

La Propuesta que se presenta como texto articulado aparece estructurada en dos partes claramente diferenciadas: una primera parte, en la que se contiene el propio texto articulado, dividido en cuatro capítulos con sus distintas secciones e integrados por un total de sesenta y tres artículos; y una segunda parte, en la que se contienen las concordancias de cada artículo, de manera que puedan conocerse las fuentes consultadas; junto con los comentarios al articulado, que incluyen una explicación detallada de los pormenores del contenido de cada uno de ellos, incorporando respecto de algunos preceptos, como es el caso del artículo 13, en materia de contrato a favor de tercero, o del artículo 34, respecto del precontrato, la jurisprudencia existente sobre la materia, así como la mejor doctrina que ha sido consultada para su elaboración. Esto permite al lector disponer de una interpretación auténtica del contenido de cada uno de los preceptos.

El Capítulo primero del texto articulado, dedicado a las disposiciones generales del contrato, aparece integrado por cuatro secciones, en las que se recogen tanto la definición de contrato, como su contenido obligacional, las reglas relativas a los sujetos de la eficacia del contrato y lo que los autores han denominado «otros elementos del contrato». Tras definir el contrato, en el artículo 1, como «un acuerdo de voluntades por el que dos o más personas se vinculan para crear, modificar o extinguir obligaciones, derechos reales u otros efectos jurídicos patrimoniales», la Propuesta hace mención al principio de autonomía de la voluntad y sus límites de un modo similar a la regulación contenida en el Código Civil español, aunque sustituyendo el término