

HANS HATTENHAUER  
Profesor en la Christian-Albrechts-Universität de Kiel

---

# CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO CIVIL

*Introducción histórico-dogmática*

Prólogo de  
PABLO SALVADOR CODERCH  
de la Universidad Autónoma de Barcelona

EDITORIAL ARIEL, S.A.  
BARCELONA

1987

### CAPÍTULO III

#### LA COSA

BIBLIOGRAFÍA: W. FELGENTRÄGER: *Friedrich Carl von Savigny. Einfluss auf die Uebereignungslehre*, 1927; E. GANS: *Ueber die Grundlage des Besitzes*, 1839; J. PAPIER: *Recht der öffentlichen Sachen*, 1927; F. C. VON SAVIGNY: *Das Recht des Besitzes*, 7.<sup>a</sup> ed., 1965 (reimpr. 1967); R. SOHM: *Der Gegenstand*, 1905; F. WIEACKER: *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935.

##### 1. DERRUMBAMIENTO DE LA TRADICION HISTÓRICA DE CONCEPTO Y PALABRA

El hecho de poder aprehender, «com-prender» las cosas individuales, enmascarará fácilmente la noción de que el concepto «cosa» es uno de los más abstractos e inconcretos del Derecho. Semánticamente, «cosa» está emparentada con «contar-decir» (*Sache-sagen*, en alemán) y significaba originariamente «causa, proceso». En los antiguos procedimientos judiciales se informaba con fórmulas requisitorias orales. El demandante «reclamaba» (clamaba contra) el demandado, lo que aún hoy recuerda la palabra «reclamación». El demandado se «responsabilizaba», daba respuesta. El vehículo, que llevó desde el intercambio de fórmulas orales, establecidas con precisión, hasta el juicio, era «la cosa». Incluso hoy, ocasionalmente, los formulismos judiciales se inician con «En la cosa...» donde claramente se conserva este antiguo significado. La trayectoria lingüística en virtud de la cual «la cosa», partiendo de significar proceso, vino a dar en su sentido actual, encuentra analogía en inglés, puesto que la duplicidad semántica de *thing* como asunto judicial y como «cosa» es enorme. Como quiera que también la palabra alemana *Ding* no significó en su origen otra cosa que procedimiento judicial, se explica que el refrán «las cosas de palacio van despacio» advierta de que en el palacio (de justicia) hay que dar tiempo al tiempo. Idéntica trayectoria siguió la palabra latina *causa* (proceso) hasta convertirse en la francesa *chose*.

Sin embargo, el moderno concepto de cosa tuvo escasos precedentes en el Derecho de la Edad Media. La perspectiva con la que la filosofía escolástica contemplaba a hombres y cosas, tenía su origen en la Biblia, en cuya primera parte se representaba al hombre como una criatura de Dios, al igual que el resto del mundo visible. Dios creó el mundo en seis días, empezando por el orden de los inanimados; de la creación de los vegetales pasó a los animales, y el último día hizo al hombre, con lo cual dispuso el orden de ubicación de animados e inanimados, hombre, animal, vegetal y mineral. Tomás de Aquino (1225-1274) patentó el sistema, haciéndolo obligatorio para su época y para la posteridad (*Summa* 1, Ab. 1):

Al igual que en la creación de las cosas se revela un orden determinado que evoluciona desde lo imperfecto hasta lo perfecto (la materia está en función de la forma, y la forma imperfecta en función de su perfeccionamiento), así sucede también con el uso de los objetos naturales: los menos perfectos están al servicio de los más perfectos. Las plantas se sirven de la tierra para su alimento, los animales, de las plantas, y los hombres, de las plantas y de los animales.

Para Tomás el máximo enunciado era «Dios en todas las cosas» (*Deus in omnibus rebus*). Todas las cosas son obra de su Creación, cuyo rey es el hombre, que domina a las demás criaturas, por haberle concedido Dios ese dominio. No se planteaba una contradicción esencial entre «hombre» y «no-hombre» = cosa. También el hombre era *res*. Estaba, sencillamente, en la cumbre jerárquica de las criaturas. Ejercía dominio sobre las con-criaturas de menor rango no como un propietario moderno, sino en virtud del orden divino de la Creación. En la escala más baja de esta jerarquía se situaban las cosas de la Creación inanimada, la tierra, el firmamento y las estrellas. En el rango inmediato superior encontraban acomodo las plantas, vivas pero no animadas, más arriba los animales, cuyo nombre *animalia* lo debían a la posesión de un alma (*anima*). Finalmente, el hombre se diferenciaba en que, junto a *materia*, *vita* y *anima*, disponía también de *ratio* (razón).

Quedó por definir a qué género de las criaturas pertenecía la *res*. Por puras razones teológicas no existía un concepto de cosa a la manera moderna, que la contrapusiera al hombre.

## 2. LA «RES» DEL DERECHO ROMANO

Mientras Tomás consolidaba su sistema, los juristas de la alta y baja Edad Media aprendían en el *Corpus iuris civilis*, qué es en sentido jurídico una cosa (*res*), pese a que las fuentes romanas desconocían una definición concluyente del concepto de cosa. Pero no propendían a sutilezas conceptuales, sino a aplicaciones jurídicas concretas.

Fieles a su teoría de que en Derecho toda definición es peligrosa (*omnis definitio periculosa*), procuraron salir del atolladero sin complicar la cuestión. El término y la esencia se dieron por supuestas, y solamente tomaron nota intuitiva de sus cualidades más sobresalientes con vistas a una utilización práctica (*Dig. 1, 3, 1*):

Algunas cosas son corpóreas; otras, incorpóreas. Corpóreas son aquellas que pueden percibirse sensorialmente, como por ejemplo el terreno, el hombre (esclavo), la vestimenta, el oro, la plata y en general un sinnúmero de cosas. Incorpóreas son aquellas que no se pueden percibir sensorialmente; así aquellas que existen como derechos, por ejemplo la herencia, el usufructo, la obligación jurídica de pago o también los contratos.

Res/cosa lo era todo para los romanos, y precisamente por ello no era nada en el sentido de la dogmática jurídica moderna. La necesidad y el tráfico jurídicos decidían a qué llamar cosa, abarcando objetos corpóreos e incorpóreos y, mientras que no denotaron interés alguno en definir el concepto de cosa, los romanos se rompieron la cabeza tratando de dividir las cosas. La inadecuada delimitación del concepto de cosa forzó a la construcción de diferencias. Entre otras las siguientes:

- Res divini iuris (por ejemplo, las murallas de la ciudad, el templo, los cementerios).
- Res humani iuris.
- Res publicae (de uso público: por ejemplo, las playas).

- Res privatae.
- Res omnium communes (por ejemplo, el mar, el aire).
- Res in commercio.
- Res extra commercium (cosas no susceptibles de tráfico jurídico).
- Res corporales (cosas corpóreas).
- Res incorporales.
- Res fungibiles (perecederas).
- Res consumptibiles (consumibles).
- Res nullius (cosas sin dueño).

Para los romanos, estas clasificaciones eran solamente auxiliares técnico-jurídicos que nunca incorporaron a un sistema lógico. Así, el título *De divisiones rerum et qualitate* (división y clases de las cosas) no incluía todas las variedades antes relacionadas. Tras el redescubrimiento del *Corpus iuris*, los juristas asimilaron parte de lo que los romanos habían dicho a propósito de la división de las cosas y su naturaleza, pero hasta bien entrado el siglo XIX sus esfuerzos no se centraron en el concepto de cosa, sino en su esquema diferenciador. Los párrafos 91-100 del Código civil contienen restos de esta labor, aún más visible en el (Código de) Derecho común prusiano de 1794. De todos modos, el Derecho común disponía ya de un principio de definición (1, 2, párr. 1):

Párr. 1. En sentido legal, cosa significa todo lo que puede ser objeto de un derecho o de una obligación. Párr. 2. También se comprenden bajo la denominación genérica de cosa los actos de los hombres en ejercicio de sus derechos, en cuanto dichos actos constituyan el objeto de otro derecho. En sentido estricto, se llama cosa solamente a aquello que, bien por su naturaleza, o bien por acuerdo de los hombres, tiene existencia propia. Existencia en virtud de la cual puede ser objeto de un derecho permanente.

### 3. LA COSA COMO CONCEPTO JURÍDICO

A la descripción precedente, el Derecho común agregaba, en más de cien párrafos, una lista de objetos que destacaban jurídicamente como cosas. Entre otros citaba bienes muebles, dinero en efectivo, valores, muebles, utillaje, metales preciosos, joyas, alhajas, pieles, vestuario, libros, bosques, cervcerías, bodegas, etc. Indudablemente, en esta parte, los redactores del código enlazaban con la tradición del Derecho romano y con la de los juristas europeos que la glosaron. Se las compusieron para encajar, junto al amplio significado tradicional, otro más restringido que tendría futuro. Las cosas se definieron en general como *objetos de derechos*, aspecto en el que el Derecho común no sólo había aprendido de los iusnaturalistas, sino que aventajó a sus maestros. Tampoco Christian Wolff (1679-1754) dio al concepto de cosa un tratamiento técnico, limitándose a despacharlo con una fórmula moral (párr. 121):

La palabra cosa designa a todo objeto que puede sernos útil, sea para el sustento de la vida o para hacerla cómoda o agradable, sea para cualquier perfeccionamiento de cuerpo o espíritu o para preservarnos de la imperfección.

El concepto de cosa aparecía aquí totalmente al servicio de la doctrina del deber de los iusnaturalistas, lo que permitió a los codificadores del Derecho común hacer de la cosa un concepto jurídico. Mientras se contemplaba en la persona al titular, al *sujeto* de derechos y deberes, la cosa valía como *objeto* de tales derechos. La distinción entre sujeto y objeto, entre actor y actuado, quedaría como tarea para el futuro. Kant (1724-1804) teorizó sobre

el tema, remitiendo al concepto de cosa todo lo que no es persona (*Metafísica de las costumbres*, Introducción IV):

Cosa es un ente incapaz de responsabilidad alguna. Se llama, por tanto, cosa a todo objeto del libre arbitrio que carece en sí mismo de libertad (*res corporalis*).

Kant fue más allá que el Derecho común al circunscribir el concepto de cosa a aquellos objetos carentes de libertad. Savigny (1779-1861) también acogió esta idea, depurándola con la teoría de que solamente los objetos corpóreos individuales, y no la totalidad objetiva, son cosas en sentido jurídico. Únicamente el libro individual y no la biblioteca, podía corresponder a un concepto de cosa cada vez más reducido (*System*, párr. 53):

Podemos dominar la naturaleza no libre, más no como un todo, sino únicamente en una determinada delimitación de espacio; llamamos cosa a una porción de aquella, así delimitada, y a la que se refiere la primera clase de derechos posibles: el derecho a una cosa, que en su configuración más pura y completa se llama propiedad. ✓

En su búsqueda de la exactitud, Savigny no formuló el concepto de cosa por el mismo concepto. Al concluir su definición con un punto y coma, pasando sin solución de continuidad a tratar de la propiedad como del clásico derecho sobre una cosa, dejaba bien claro lo que básicamente pensaba de la cosa. El concepto era la base del ordenamiento civil de la propiedad. No cabía sustraerse a su meridiano enfoque, y menos aún porque insistía en la tesis de que el hombre individual, la persona, únicamente puede realizar su libertad allí donde maneja cosas, dispone de ellas y, consecuentemente, es propietario. Incluso cuando, en un principio, se definía la cosa como no-persona, se desembocaba de lleno en el centro de la teoría del Derecho civil. Constituía un concepto fundamental tan importante para el Derecho como el de la persona.

#### 4. LA POSESIÓN, UN PROBLEMA SIN RESOLVER

Savigny sentó las bases dogmáticas del siglo siguiente, pero no comenzó por la propiedad. Cuando el joven profesor particular entró de lleno en la notoriedad científica, fue al poner un pie sobre el tema de la posesión. Llegó a la propiedad ocupándose primeramente, y con un enfoque político-jurídico de graves consecuencias, de la teoría del traspaso. Su trabajo de investigación aparecido en 1803 *Das Recht des Besitzes* (El Derecho de la posesión) le catapultó a la celebridad. A partir de entonces y durante más de un siglo, fue convicción general lo que Friedrich Julius Stahl (1802-1855) sentenciara lacónicamente:

Con esta teoría, Savigny ha arrojado un rayo de luz sobre la oscuridad hasta ahora reinante. Su Derecho de la posesión es un modelo de monografía jurídica.

Juicio éste difícilmente aceptable para el moderno lector del libro. Quien hoy lo coge en sus manos, apenas llegará a leerlo hasta el final. Su estilo pandectístico nos resulta ya extraño, aun cuando el planteamiento del problema siga vigente. Savigny se había propuesto, con decisión, solucionar un problema que sólo un maestro se atrevería a abordar. El tema no era nuevo, puesto que la discusión sobre la posesión venía de siglos. Los autores de ensayos eruditos aducían que el problema se había tornado demasiado difícil. La teoría de la posesión era como la hidra mitológica: si se le cortaba una cabeza, rebrotaban siete. Así, la solución

de un aspecto del Derecho de la posesión engendraba de inmediato otros nuevos. La cuestión de fondo fue siempre si la posesión era un derecho o un hecho. Cuando Savigny abordó el tema, sobre él se habían escrito ya montones de libros. La situación a que se había llegado no era consecuencia de la incapacidad de los autores precedentes. Los discípulos de Savigny afirmaron con ligereza que el genial maestro había roto por fin el nudo gordiano de la teoría de la posesión. Muy al contrario, el nuevo libro vino a engrosar la literatura ya existente al respecto. Desde 1803, y durante varias décadas, siguieron apareciendo con regularidad nuevos ensayos eruditos sobre la posesión. Nadie ponía en tela de juicio que la posesión de una cosa fuese un hecho, como lo era el sonido de una canción o el sabor de una comida. Todo el mundo, hasta los niños de pecho, ejercitan la posesión si cogen un guijarro del suelo y lo guardan en la mano. El problema se plantea al preguntar por qué hay que proteger jurídicamente esta tendencia de hecho. Si se contemplaba el simple hecho de una ocupación y uso, no había razón para convertirla en derecho o para arroparla con una protección jurídica. También resultaba evidente, por otra parte, que la posesión de una cosa era condición previa para la génesis de la propiedad. ¿Cómo y cuándo la posesión se convertía en propiedad, el hecho en derecho? Desde un punto de vista histórico, la posesión era más antigua que la propiedad; a lo que había que añadir que el mero hecho de reclamar la posesión no era condición previa para el acceso a la propiedad; en cambio, la persistencia en la ocupación afianzaba la existencia de la propiedad. Por otra parte, no se acertaba a asegurar y demostrar concluyentemente esa mutación, en virtud de la cual la posesión, de ser un hecho, pasa a configurar un derecho. Se trata de un problema que Kant, en su teoría del Derecho, consideraba muy digno de examen (*Metafísica de las costumbres*, párr. 5):

Debo mantener cierta posesión del objeto exterior si he de llamarlo mío, puesto que, en otro caso, quien contra mi voluntad afectara a ese objeto, no me afectaría simultáneamente a mí, y por tanto no me lesionaría. Hay que suponer, pues, una posesión inteligible (*possessio noumenon*) como posible, si deben darse un mío y un tuyo exteriores; luego la posesión empírica (tenencia) es solamente posesión en el fenómeno (*possessio phaenomenon*), aun cuando aquí el objeto que yo poseo no se considere un fenómeno en sí mismo, como sucede en la analítica trascendente, sino como una cosa en sí misma.

Llegar a admitir como posible una posesión que fuese más que un mero fenómeno exterior, le costó al filósofo un gran rigor en la formulación de sus interrogantes, y tener que recurrir a los fundamentos de su teoría del conocimiento. Para los juristas el problema se presentaba aún más difícil, puesto que no solamente debían declarar qué es la posesión, sino deducir de su declaración instrucciones prácticas para su utilización. Desde la perspectiva de los teóricos del Derecho, el interrogante sobre la naturaleza de la posesión no era disociable de los demás interrogantes sobre el objeto del derecho de protección de la posesión. Sobre el primer interrogante afirmaba Savigny lo siguiente (*Derecho de la posesión*, 7.<sup>a</sup> ed., párr. 5, p. 43):

En lo que respecta a la primera cuestión, es claro que la posesión en sí misma, a tenor de su concepto originario, es un mero *factum*, pero no es menos cierto que de ello se deducen consecuencias jurídicas. Por tanto, es, simultáneamente, *factum* y derecho, es decir, *factum* según su esencia y derecho por sus resultados.

El nudo gordiano parecía cortado. La interrogante tradicional «o esto... o lo otro» parecía haber sido un falso planteamiento. Las necesidades de la praxis jurídica eran más fuertes que la categoricidad de la lógica, y así se encontró también respuesta para el interrogante

problema  
implícito de  
jurídico

vs.  
posesión  
inteligible  
vs.  
posesión  
empírica

declaración  
hecho  
derecho

sobre el objeto del derecho de protección de la posesión, que no podía ser la cosa misma en posesión de un hombre.

Hasta aquí no hubo objeciones. La afirmación de Edouard Gans (1797-1839), hecha contra Savigny, en el sentido de que el objeto de la protección de la propiedad era el derecho de posesión como tal, no encontró ningún eco. Savigny y su discípulo Puchta (1798-1846) aceptaron al poseedor como objeto de la protección de la posesión, a una persona que se encontraba en posesión de una cosa, lo que les mantenía en la tradición del Derecho natural, según el cual toda protección jurídica de Derecho privado constituía una protección de la persona. Esto proporcionaba un sólido argumento al liberalismo entonces dominante y a su entusiasta idealización de la propiedad. La protección de la posesión debía alcanzar al poseedor, como la protección de la propiedad aseguraba la libertad del propietario. Había que proteger la posesión de una cosa porque era fundamento de la propiedad. La protección de la posesión era, por su propia naturaleza, la protección de la propiedad ampliada en función de los hechos (Derecho de la posesión, párr. 6):

La posesión nos parece en principio el dominio meramente factual sobre una cosa y, por tanto, un no-derecho (distinto a una injusticia), una indiferencia jurídica. No obstante, se le protege contra ciertas lesiones, y en favor de esta protección, se establecen normas sobre la adquisición y pérdida de la posesión, precisamente como si de un derecho se tratase. La razón de aquella protección y de este tratamiento, semejante a un derecho, descansa sobre la conexión entre aquella condición fáctica y la persona posesión-habiente, a través de cuya inviolabilidad (aquella condición) queda a cubierto de cualquier clase de violación que pudiera afectar simultáneamente a la persona. Como la persona debe estar asegurada contra toda violencia, si ésta ocurre, será siempre una injusticia.

Se comprende fácilmente que Savigny diera gran importancia al ánimo posesorio (*animus possidendi*), mientras que Puchta llega incluso a admitir la voluntad de la persona como objeto de protección jurídica. De cualquier modo, los fines de esta protección de la posesión estaban explicitados en otras partes del Derecho. Thibaut (1772-1840), gran adversario de Savigny, hizo constar que la protección de la posesión no implicaba realmente la protección de la persona contra la violencia, sino el mantenimiento de una condición provisional, adquirida a través de la toma de posesión. Visto así, la protección de la posesión era ante todo protección de la armonía jurídica. Quién reclamaba la posesión de una cosa, sin lesionar con ello la posesión ajena, debía tener por seguro que esta condición fáctica de tenencia no sería alterada violentamente por nadie.

La interpretación de la protección de la posesión como una protección de la libertad, era el reflejo en Derecho privado de la prohibición genérica de tomarse la justicia por propia mano. Nadie debía arrebatar una cosa a su poseedor, haciendo uso de la fuerza, ni podía, por iniciativa propia, truncar la posesión ajena. Quien afirmara tener derecho a una cosa en posesión ajena y deseara que pasase a su posesión, debía dirigirse a los tribunales y servirse de los órganos ejecutorios del Estado.

Ambas doctrinas influyeron en el desarrollo jurídico posterior. Cuando se informó el proyecto de Código civil, desembocaron en una solución practicable, pero sistemáticamente insatisfactoria, de modo que el problema acerca de la naturaleza de la posesión persistió como un auténtico quebradero de cabeza para la teoría. La praxis, por el contrario, no tardó mucho en encontrar consuelo, y así, sin entretenerse en cuestiones de teoría del conocimiento, pero de manera satisfactoria a juzgar por los resultados, reconocía en el párr. 823. I del Código civil que la posesión era un derecho absoluto.

## 5. ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD Y PRINCIPIO DE ABSTRACCIÓN

Las polémicas acerca de la naturaleza jurídica de la posesión, no se hubiesen acallado tan presto, si solamente hubiesen sometido a discusión un problema teórico. De la posesión dependía la propiedad, de modo que todo pronunciamiento sobre aquella tenía gran trascendencia para ésta, extremo que desde tiempo inmemorial se ponía de relieve en las discusiones sobre los supuestos necesarios para acceder a la propiedad. ¿Bastaría la adquisición de hecho? ¿Habría que ir más allá de conseguir la posesión de una cosa para que el poseedor se convirtiese en propietario? La diatriba se remontaba a los juristas romanos. En el *Corpus iuris civilis*, en cada antinomia polémica se hacía palpable el antagonismo de tres definiciones jurídicas diferentes; antagonismo que se agudizaría con el paso de los siglos. Por un lado, decía la *lex numquam* (Dig. 41, 1, 31):

Una mera transmisión de hecho nunca transfiere la propiedad. Ello sólo tiene lugar cuando le precede una compra u otra razón jurídica; por cuyo motivo sucede la transmisión.

Contra lo cual la *lex cum in corpus* (Dig. 41, 1, 38), apoyada en la *lex Dig. 12, 1, 18*, afirma:

Si estamos de acuerdo sobre la cosa transmitida, pero no sobre la razón jurídica de la transmisión, no entiendo por qué la transferencia ha de ser ineficaz...

Los esfuerzos de los exegetas medievales se encaminaron a demostrar que esta contradicción era sólo aparente. Para la jurisprudencia del *usus modernus pandectarum* no se trataba de conseguir una armonización escolástica, sino de decidir cuál de las dos soluciones fuese la más adecuada para la praxis jurídica. Hasta finales del siglo XVIII hubo unanimidad en que, para el acceso a la propiedad, además de la adquisición de hecho, era indispensable un *titulus iustus*, una razón jurídica. Pero fue la *lex numquam* la que dominó la praxis jurídica, pese a la multiplicidad de teorías. Incluso en el año 1818, el *Höpfner Commentar zu den Heineccischen Institutionen* (párr. 295) argumentaba así:

Si se desea adquirir un derecho real, son necesarios dos elementos: un título ajustado a derecho y un *modus acquirendi*. En primer lugar, debe existir una razón jurídica que haga posible acceder al derecho real; a lo que hay que añadir el modo en que se me transmite el derecho real. Aquella razón jurídica se llama *titulus*; este otro, que hay que añadir, es el *modus acquirendi*.

Este esquema valía tanto para la adquisición de propiedad mediante negocio jurídico, como para la apropiación originaria, es decir, de una cosa sin dueño. Por la mera posesión no se accedía a la propiedad, es decir, quien estaba en posesión de una cosa, no podía evitar hacerse la pregunta de si era también, en realidad, el propietario. Necesitaba demostrar que el *titulus iustus* existía, que la cosa le correspondía definitivamente como propiedad, y no provisionalmente como posesión. La posesión *de facto* y el *titulus iustus* de derecho, eran los que conjuntamente cimentaban la propiedad, solución practicable gracias a lo reducido del intercambio mercantil propio del orden económico preindustrial. El propietario de una cosa no sólo podía, sino que debía demostrar de dónde y con qué títulos la había adquirido.

La situación cambió radicalmente tan pronto Savigny pisó el escenario de la ciencia jurídica, pues aun cuando no dispuso de nuevos textos, es bien cierto que quiso acabar con los errores de siglos en relación con la teoría de la propiedad. Distinguió entre *titulus iustus*

y negocio adquisitivo, haciendo de éste un negocio causal autónomo. Podía incluso faltar el *titulus*, sin que por ello se malograra el traspaso de la propiedad. Ahora era la *nuda traditio* la que transmitía la propiedad, toda vez que el negocio jurídico de la transmisión objetiva resultaba *abstraído* de su fundamento jurídico. Su eficacia jurídica era independiente de la preexistencia de un negocio de compra, de donación, o de cualquier otro *negocio causal*. Savigny consiguió confirmar la adquisición objetiva como negocio jurídico mediante la separación de *traditio* y *titulus*. En sentido literal, la *traditio* no era más que la entrega y recepción factual de una cosa, la consecución de la posesión como hecho jurídico querido por las partes, lo que Savigny tuvo que reinterpretar como contrato para que la propiedad de una cosa no se fundamentase en el mero hecho de adquirir su posesión. Así, la *traditio* pasó a ser el acuerdo abstracto de las partes. La consecución efectiva de hecho conduce al contrato, por el que una parte manifiesta querer transmitir la propiedad, y la otra parte adquirirla. Savigny sintetizó su doctrina en una lección de cátedra (Felgenträger, p. 34):

...Que toda tradición, por su propia naturaleza, es un verdadero contrato, y que la *iusta causa* no es sino expresión de dicho contrato. Pero no necesariamente ha de ser un contrato obligatorio, ya que si así fuera, caeríamos nuevamente en el error que censuramos, sino que es un verdadero contrato real, un contrato del derecho de cosas... La tradición en sentido general es, por tanto, transmisión de la propiedad con la voluntad del hasta entonces poseedor, de que otro sea el nuevo poseedor... El presupuesto esencial del nuevo Derecho es: la forma auténtica de transmisión de la propiedad es la tradición y la usucapión, y no un contrato de las partes, no una relación obligatoria.

Savigny nunca llegó a exponer esta nueva teoría por escrito en un contexto sistemático, pero después de su muerte fue ratificada por el legislador en el párrafo 929 del Código civil:

Para la transmisión de la propiedad de una cosa mueble es indispensable que el propietario entregue la cosa al adquirente y que ambos estén de acuerdo en que la cosa debe pasar de uno a otro...

Gottlieb Planck (1824-1910), corredactor y comentarista del nuevo texto legal, destacó este precepto como representativo de la teoría de Savigny entonces dominante (comentario al párr. 929):

El acuerdo es un negocio jurídico abstracto... La naturaleza abstracta del acuerdo estriba en que la ley hace que la validez del acuerdo sea independiente de la existencia de su fundamento jurídico. El acuerdo no es nulo porque no exista, o posteriormente caduque, el fundamento jurídico del acuerdo previsto por las partes interesadas; por ejemplo, la obligación prevista de transmitir la propiedad, o que las partes hubiesen previsto distintos fundamentos jurídicos, como el enajenante vender la cosa, y el adquirente recibirla como donación.

Con estas palabras, Planck hacía referencia al texto del discutido pasaje del *Corpus iuris* antes citado. Aunque con el abandono de la *lex numqu岸* se perseguía algo más que justificar la teoría savigniana. Los liberales la introdujeron en el código por una razón muy práctica. El intercambio mercantil se había intensificado grandemente como consecuencia de la creciente industrialización. Podía no haberse visto una cosa de la que se había dispuesto y de la que se había ejercitado su propiedad. La cadena de los anteriores poseedores y propietarios se hacía cada vez más intrincada, por lo que resultaba de día en día menos adecuado

confirmar el derecho del poseedor material momentáneo. Aceptar la doctrina del *titulus* hubiera originado problemas de prueba insolubles.

#### 6. LA PROPIEDAD SIN ANTECEDENTES

En la nueva situación, la teoría de la *traditio* encajaba como negocio jurídico abstracto. Ya no era su historia la que justificaba la propiedad, convertida en un derecho ahistórico. Para su reconocimiento judicial debería bastar básicamente que alguien estuviera en posesión de una cosa y pudiese probar la voluntaria entrega de la posesión por parte de su predecesor (en la posesión). El último no necesitaba siquiera haber sido propietario, si la cosa se había adquirido de buena fe. La aceptación de la doctrina del *titulus iustus* desvalorizaba los antecedentes de la propiedad y revalorizaba en la misma medida la tenencia factual.

La nueva doctrina agradó por igual a los latifundistas conservadores y a los empresarios liberales. No era pertinente la cuestión acerca del origen de un patrimonio, porque la posesión de la cosa justificaba al propietario. La adquisición de la posesión y de la propiedad se deducían de su visión manifiesta, en lugar de por razonamiento jurídico sobre su origen. El párr. 929 del Código civil podía interpretarse como una consecuencia combinada de renuncia de la propiedad (derelicción) y de apropiación de la propiedad (ocupación). La tenencia de la cosa prohibía cuestionar la forma de su adquisición. Este aspecto de la teoría sobre la posesión objetiva no pasó inadvertido a sus contemporáneos. Anton Menger (1841-1906), crítico socialista del primer proyecto de Código civil, hizo pública su protesta en el escrito *Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen* (El Derecho civil y las clases desposeídas). Ya el título del libro era fiel exponente de que la posesión continuaba siendo un tema político de primera clase. Menger conocía muy bien la distinción jurídica entre propiedad y posesión, y ello fue precisamente lo que le decidió a ocuparse de las clases populares des-«poseídas». Para él, la regulación de la posesión en el nuevo texto legal (Kan. XXXIII) era «la parte del ordenamiento de la propiedad dirigido contra las clases desposeídas».

Era, junto con las sanciones penales para protección de la propiedad, la barrera que había de impedir a las clases desposeídas el acceso al poder por antonomasia, la propiedad. La posesión marcaba la frontera visible entre ricos y pobres impidiendo a las masas superar las grandes contradicciones sociales «sin consideración a actos y situaciones pasados».

Pero no se prestó atención alguna a las críticas de Menger, ni siquiera en aquellos aspectos que debieran haber sido materia de reflexión. El tratamiento jurídico del concepto de cosa y del concepto de posesión discurrió por los cauces tradicionales. Cuando se publicó el Código civil de Sajonia en 1863/1865, su declaración sobre la naturaleza de las cosas se hallaba condicionada por las exigencias del tráfico jurídico (párr. 58):

Las cosas de cualquier clase, pueden ser objeto de un derecho, siempre que estén sustraídas al tráfico jurídico.

La afirmación de que las cosas pueden ser «de cualquier clase» evidencia sujeción al esquema clasificatorio de los romanos. El enfoque del tráfico jurídico fue, sin embargo, decisivo, pues lo que éste consideraba cosas, lo aceptaba la ley como tales, con lo que se infligía una derrota a la teoría savigniana del dominio del hombre sobre los objetos de la naturaleza no libre. La base de este concepto de cosa era la necesidad dispositiva de la persona, cobrando forma legal la decisión sobre el contenido jurídico de la cosa en su calidad de objeto de acciones jurídicas de los hombres. De ahí que la mención, en el texto legal, de la *res extra commercium*, supusiera algo más que un retorno a la clasificación romana de las cosas, pues-

to que lo que no era objeto del tráfico de derecho privado, lo que «se sustraía» a éste por falta de privilegio o en virtud de su naturaleza, no podía, en sentido literal, ser designado jurídicamente como cosa.

#### 7. «OBJETOS CORPORALES.»

En este contexto, el Código civil aportó una innovación esencial para el Imperio alemán. No habían resultado baldíos los esfuerzos de la jurisprudencia definitoria, pues, aunque hubo sugerencias para que, siguiendo a Kant, se delimitasen cosa y persona, definiendo *lo que no es persona*, el codificador se prohibió a sí mismo este camino, aun cuando no se basó exclusivamente en el hecho de no haber incluido en el Código una definición del concepto de persona. Hablar de la cosa como de una *no-persona* hubiese dejado sin aclarar su sentencia y contenido, desatendiendo así los intereses del tráfico de Derecho civil cuando ya era teoría igualmente (aceptada) que las cosas son objetos de la acción de las personas. En este sentido, el párr. 90 del Código civil precisaba, con exactitud lingüística y liberal optimismo:

Solamente los objetos corporales son cosas en el sentido de la ley.

Lo más llamativo de esta definición era la palabra «solamente». Ya no podían considerarse cosas los objetos incorpóreos, posición en que se condensaba el sentido burgués de lo palpable, al tiempo que los derechos quedaban segregados del concepto de cosa. En el futuro no se podría hablar de la «propiedad» de una reclamación ni los contratos serían ya cosas. Eran libertad civil hecha realidad y, consiguientemente, demasiado valiosos para quedar subordinados al concepto de cosa. Se perfilaron así como el tercer pilar del Código, como negocio jurídico y como concepto fundamental autónomo. Que el Código civil sólo reconociese como cosas los objetos corporales, tenía su razón jurídico-dogmática. La palabra «objeto» reflejaba más claramente que la palabra «cosa» la imagen de «objeto» de dominio; dominio que requería una comprensión fácil. No sólo el poseedor, sino también el tráfico jurídico podían comprobar en todo momento, rápidamente y con exactitud, el alcance de dicho dominio, y esta comprobación tenía lugar en el campo de la percepción sensorial de la manera más fácil, al relacionarla con un objeto corporal individualizado. En lo tocante a objetos incorpóreos, la posesión era inadecuada como razón justificativa y como presunción de derecho. La certificación jurídica deseada había que conseguirla mediante títulos legales y registros, es decir, de modo artificial, lo que seguía siendo una solución problemática. Respecto de los objetos corporales, por el contrario, la prueba de una relación jurídica entre persona y cosa dominada por aquélla, exigía la determinación de la persona y de la cosa dominada. Solamente podía darse la propiedad de cosas individuales, nunca de totalidades, si se quería perfecta una determinación de contenido del dominio de la cosa y su delimitación con respecto al dominio de cosas por parte de los demás copartícipes en el Derecho. Una nitidez tal se alcanzaba gracias al principio de la individualidad: las totalidades de cosas, como bibliotecas y talleres, casas con sus enseres, etc., no eran, como tales, susceptibles de propiedad.

De cualquier manera, en la praxis esta definición era imposible sin concesiones, pues aunque la ley hubiese desistido de incluir las tradicionales normas clasificatorias, a renglón seguido distinguía entre cosas muebles e inmuebles, fungibles y consumibles, partes integrantes y accesorias. Singularmente, la distinción entre cosas muebles y bienes raíces llevaba una notable carga política.

## 8. COSAS INMUEBLES

Las concesiones hechas al construir el concepto jurídico del Derecho de bienes raíces tenía su razón de ser en el gran valor que desde tiempo inmemorial se le había dado al terreno. Hasta entonces, la posesión de latifundios se identificaba con el poder político, función que asumiría de modo creciente el terreno urbano. El noble rural hubo de ceder el poder al burgués ciudadano. El Estado de los tiempos modernos nunca renunció a un control severo del mercado del suelo mediante la vigilancia legal de la compra-venta de cosas inmuebles.

Con la aparición del liberalismo, cuyos partidarios querían desembarazarse de la tutela estatal en este terreno, pareció mitigarse ampliamente la distinción tradicional entre cosas muebles e inmuebles. Se dio una definición unitaria para bienes raíces y cosas muebles, y en este sentido, el párr. 903 del Código civil, que describía unitariamente el dominio de una cosa por su propietario, determinaba para ambas:

El propietario de una cosa puede proceder con ella a su libre arbitrio, y sustraerla a la acción de otros, en cuanto con ello no se oponga a la ley o a los derechos de un tercero.

Con todo, el nuevo Código tuvo que diferenciar nítidamente entre la regulación legal de la propiedad de bienes raíces y la de cosas muebles. Los párr. 873 y siguientes del Código civil evidenciaban el mucho interés que los liberales ponían en sus cosas inmuebles, pese al párr. 90 del mismo Código, de cuya norma definitoria no se veía rastro alguno en el derecho formal de los registros de la propiedad, en las oficinas de los registros o en la escrituración notarial obligatoria, recogidos todos en el correspondiente ordenamiento de los registros. Todavía menos visible aparecía el tratamiento de privilegio dado a los bienes raíces, sustraído en su mayor parte por el legislador a los ojos del lector del Código, al incluirlos en la ley expositiva, donde conservaron intactas su heterogeneidad y singularidad. Todo ello contribuyó a que el párr. 90 del Código civil tuviese un aire extremadamente abstracto para el tiempo de su redacción. Los autores de este párrafo definitorio sabían bien que su aplicabilidad en la práctica era menor de lo que pretendían.

Los comentarios de Planck al párr. 90 demuestran que muchos problemas prácticos seguían pendientes:

Un tonel de vino puede ser considerado *una* cosa, pero también es posible que el vino y el tonel, como dos cosas diferenciadas, constituyan objetos de derechos distintos. En los cuerpos líquidos y gaseosos, el envase de una cantidad de tales cuerpos en un recipiente, constituye el supuesto necesario para la consideración de la cantidad como cosa individualizada. En los cuerpos sólidos, normalmente se requiere una cohesión corporal para considerarlos como cosas individualizadas. Si bien lo que precede no es de todo punto indispensable; concretamente no lo es cuando las porciones individuales no cohesionadas las rechaza el tráfico como cosas autónomas; así ocurre, por ejemplo, con un montón de arena o de cereal.

A la postre, el tráfico jurídico decidía cómo interpretar el párr. 90. Planck hubiera podido ya plantearse el problema acerca de la calidad de cosa de la corriente eléctrica. La evolución técnica comenzó a modificar el contenido del párr. 90 antes, incluso, de que entrara en vigor. También tuvo para los redactores del Código civil un interés exclusivamente teórico la clasificación legal de las partes del cuerpo humano segregadas de éste. Planck no tenía la menor idea de trasplantes ni de bancos de órganos. Ni siquiera estaba familiarizado con la donación de sangre. El único caso en el que, entonces y contra toda teoría, el cuerpo huma-

no podía convertirse en objeto de tráfico jurídico, era el del fabricante de pelucas, pero la irregularidad jurídica que suponía el comercio de pelo humano, se podía sobrellevar aplicándole el concepto de «fruto» (párr. 99 C.c.) y el subsiguiente derecho de apropiación. En términos generales, y enlazando con Savigny, declaraba Planck:

Según el Código civil, la expresión «objeto» designa tanto cosas como derechos; la expresión «cosa», solamente un objeto corporal, es decir, una porción de la naturaleza no libre. El hombre vivo, y por consiguiente su cuerpo, no son cosas.

El Código civil tenía que evitar la reducción del hombre a simple objeto jurídico, por lo que su definición de la cosa venía a ser una confirmación del concepto de persona. En vista de la creciente importancia que las partes del cuerpo humano adquirían para el tráfico jurídico, la teoría salió del paso designándolas místicamente como «restos de la personalidad», sin que por ello se ganase en claridad.

#### 9. DESTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE COSA

No fue la evolución técnica y científica la única en cuestionar el concepto de cosa del párr. 90 del Código civil. Cuando el año 1933, bajo el signo de la teoría jurídica de los nacional-socialistas, y con evidente trasfondo político, se endureció el tratamiento dado al individualismo y al racionalismo del Derecho civil, también pasó sus apuros la teoría de la cosa. Aquellos jóvenes y entusiastas profesores de Derecho, nada propensos a conceptos y definiciones, buscaban por todas partes lo novedoso. La comunidad era el valor supremo. Frente a ella lo individual tenía que retroceder. Ponerle riendas, mediante conceptos de cosa unitarios, a su dominio sobre la naturaleza no libre, era ya algo completamente fuera de lugar. Franz Wieacker (nacido en 1908) formuló en 1935 la crítica del momento (*Transformaciones en la constitución de la propiedad*, p. 10):

Está claro que no se compagina con la realidad jurídica, ni da forma a conceptos metódicos fructíferos, una teoría jurídica que asigna la misma categoría de «cosa» a una caja de cerillas, a una locomotora, a un predio y a un polígono industrial, sometiéndolos a idénticos enunciados, a los que llama ordenamiento de la propiedad, para, posteriormente, en el detalle de la casuística, volver a separar lo disímil, es decir, los bienes raíces y los bienes muebles.

Este alegato contra el párr. 90 del Código civil era algo más que el trasvase de la ideología nacionalista al idioma de la ciencia jurídica, y siempre contó con el aplauso de los profanos en Derecho, seducidos por su evidencia contundente. Desde entonces, muchos juristas han hecho suya esta crítica al juzgar la definición de cosa del Código civil con la vista puesta en la sociedad industrial. Una nueva realidad que proporcionó a Wieacker el argumento para su proposición: ¿En qué medida le es dado a un jurista alejarse de la praxis en sus abstracciones? ¿A partir de qué momento entra en el terreno de lo ridículo el hecho de que el concepto parezca no reflejar la vida?

Para Savigny y su mundo, su concepto de cosa había sido espejo de la vida y a la vez un valor. Pero con el despliegue de transformaciones sociales y con las nuevas conciencias humanas, la representación del hombre como señor de las cosas se tornó problemática. La doctrina nacionalista del Estado había desenterrado la idea del Estado corporativo. El pueblo resultó nuevamente fraccionado en una multiplicidad de estamentos —estamento base, esta-

mento militar, estamento judicial, etc.— en los cuales el hombre individual tenía trascendencia legal únicamente como parte de su comunidad. No se podía construir nada con un concepto de cosa considerado intruso. ¿Acaso no era más próximo a la realidad asignarle a cada estamento su propiedad específica e indispensable, su propio concepto de cosa, para que cumpliera así con sus fines? Esta compartimentación estamental del pueblo se ponía de relieve en los ejemplos aducidos por Wieacker contra la permanencia del párr. 90 del Código civil. Si el dominio sobre una cosa no se producía por voluntad de los muchos individuos libres e iguales, había que desistir de un concepto de cosa amplio.

Lo cierto es que los empeños reformistas de la doctrina jurídica nacional-socialista no consiguieron borrar del Código civil el párr. 90. El problema que abordara Wieacker no desapareció al llegar el año 1945. Debía su existencia no sólo a la ideología del Estado del Führer, sino a una transformación más amplia y persistente de la perspectiva general. En el ínterin, quedó desfasada la imagen artesano-burguesa que ofrecía del mundo el Código civil, cuyos redactores buscaban su arquetipo del empresario (párr. 631 del C.c.) en los honrados maestros artesanos que confeccionaban el traje con la tela aportada por el cliente. Sus ejemplos de utillaje provenían de la contemplación de «alquerías, molinos, herrerías y cervecerías», relación a la que se añadían en último lugar «las fábricas». En su labor legislativa, tomaron del pasado los modelos sociales, prestando escasa atención al ostensible surgimiento de la sociedad industrial y a su trascendencia. Por ello, el texto legal quedó anticuado con singular rapidez, precisamente allí donde debió haber regulado la creciente expansión de las formas industriales de vida y de organización. Quien hablaba de «cosas», no pensaba en la «naturaleza no libre», sino en instalaciones industriales, grandes obras de la técnica, empresas de alto costo y vitales para el mundo laboral. Día a día resultaba más evidente que «cosa» era algo de lo que se vive, sea el compañero de trabajo que cuida de la máquina en el taller, sea el consumidor que compra cigarrillos o alquila un piso. ¿Existía un concepto de cosa unitario para esta heterogeneidad de objetos de producción y consumo? ¿Hacia falta realmente?

Estas interrogantes condujeron a que la nueva problemática de las cosas se centrara, en su reivindicación y simultánea contracción, a una finalidad económica y socio-estatal. Se hablaba con soltura de «propiedad empresarial», manejándose subrepticamente empresas completas —las tradicionales cosas universales— como si de una cosa se tratase. De la suma de objetos corporales controlada por el fabricante como propiedad, surgió la «empresa», y de la alquería de los antepasados surgió la «explotación agraria». Casi nadie reparó en que la eliminación del concepto de cosa y del principio de individualidad de los liberales, llevaba aparejada una pérdida de libertad civil. La empresa llegó a ser más importante que el empresario, y el negocio, más que el empleado. Parecía como si la gran trascendencia alcanzada por la capacidad productiva hubiese barrido el viejo concepto de cosa. Las objeciones de Wieacker se vieron ratificadas palmariamente en unos tiempos en los que ya nadie se identificaba con el pensamiento nacional-socialista.

#### 10. RESURGIMIENTO DE LAS «RES EXTRACOMMERCIIUM»

Pocos repararon en que todo esto implicaba también una declaración sobre el hombre. Si anteriormente el empresario poseía «su» empresa, ahora parecía haberse invertido la relación de dominio. El negocio imperaba sobre sus integrantes, desde el empresario hasta el último peón. La «naturaleza no libre» había alcanzado calidad de persona e impuesto su dominio sobre el hombre. Imperceptiblemente, la cosa amenazaba convertirse en persona capaz de pensar, sentir, querer y, consecuentemente, dominar su entorno como titular de derechos.

Incluso quienes interpretaban la situación de manera diferente, tenían motivos sobrados para nuevas meditaciones. El Código civil sajón mantenía aún la doctrina de la *res extracommercium*, de las cosas no negociables en el tráfico jurídico civil. En Roma se contaban entre ellas, primordialmente, las instalaciones de salud pública y de culto privado. No se podían comprar o vender los templos, como tampoco las murallas de la ciudad. En la historia de Occidente, esta doctrina pervivió en las tesis canónicas, que sustrajeron definitivamente el patrimonio de la Iglesia al tráfico jurídico temporal. Para los liberales, las instalaciones de salud pública eran jurídicamente irrelevantes, incluso sospechosas. La religión se convertía en asunto privado. Los bienes raíces de la Iglesia y del Estado se integraban en el registro de la propiedad y no podían sustraerse al tráfico. Las congregaciones religiosas no se ocupaban de la salud privada, sino que de ello se encargaba la previsión social mediante formación de capital. El ejército se financiaba con impuestos de los particulares y, desde una perspectiva jurídico-patrimonial, también era traficable. No parecía haber cosa alguna —ni siquiera la corona del monarca— que pudiera o debiera sustraerse al tráfico jurídico.

La industrialización y la propagación de las ideas socialistas en la política llevaron a una transformación fundamental. Aunque ningún texto pedagógico lo admitiera, existían nuevamente *res extracommercium*. ¿Quién iba a tener la osadía de someter tranquilamente al tráfico jurídico, como cualquier otra cosa, los lugares de culto modernos, tales como centros de producción o instalaciones deportivas? ¿Que no decaiga la animación! En defensa de su supervivencia se movilizan jefes de gobierno y presidentes de bancos nacionales. El parlamento insiste en que no caigan mayoritariamente en manos extranjeras. Nadie se atreve a reclamar un estadio deportivo para la construcción de casas en propiedad. Entretanto, arrinconado el art. 90, recobran vigencia en Derecho las cosas universales y las *res extracommercium*, aunque todavía en espera de una elaboración convincente por parte de los representantes del Derecho civil.

## 11. ¿LOS ANIMALES COMO COSAS?

Menos llamativa para los juristas y, no obstante, de notable interés público, fue la limitación que la protección animal supuso para el concepto de cosa. Tomás de Aquino, fiel a su teoría de la Creación, había adjudicado un lugar propio al animal, junto al vegetal, al mineral y al hombre. El lego en Derecho nunca alcanzó a comprender que los juristas trataran a su querido animal doméstico como a un mero objeto de dominio. Para los juristas, por el contrario, no era razonamiento aceptable que el dominio del hombre sobre la naturaleza, querido, sí, pero no libre, requiriese una configuración especial. Por ello movió a risa cuando en la mismísima patria de la protección animal, Lord Erskine presentó a la Cámara Baja en 1809 una proposición de ley sobre ese tema. Pero en 1821, vencidas fuertes resistencias, se llegó a la ley demandada por Lord Erskine, novedad ésta que vino acompañada por la fundación de la asociación protectora de animales. En Alemania tardó más tiempo en encontrar vía libre este movimiento de protección animal. La batalla, conducida con celo religioso y principalmente en favor de vertebrados y mamíferos, se entablaría singularmente contra los experimentos científicos con animales vivos y contra los sacrificios rituales. Estos últimos consistían en una especie de degollación, usual en el judaísmo y en el islam, por la que, mediante una cuchillada en el cuello del animal, se le dejaba desangrar en vivo.

Cuando, ya en pleno siglo XIX, nacía en los países germánicos el Derecho de protección animal, el Imperio se había limitado a introducir una disposición al respecto en el Código penal de 1871, a cuyo tenor la protección no se ejercía en bien de los animales, sino como

salvaguarda de los sentimientos de las personas y en evitación de malestar e indignación, finalidad ésta a la que dio forma el párr. 360, n.º 13 del Código penal:

Se castigará con multa de hasta 150 marcos o con arresto...

13. A quien públicamente o siendo motivo de escándalo, torturare intencionadamente a animales, o los maltratare brutalmente.

De lo que se deduce que los malos tratos a animales constituían solamente una contravención, una forma de provocar el escándalo público. Para el Derecho privado, la disposición tenía más bien un carácter ratificativo: los animales eran cosas y debían seguir siéndolo. Su manipulación sólo debería prohibirse cuando el poseedor hiriese la sensibilidad moral de las personas. Este regresiva disposición únicamente consiguió excitar el celo de los proteccionistas. La lucha contra la vivisección y la degollación (ritual) se inició de verdad cuando, con el final de la monarquía, creció drásticamente el poder del parlamento y, en consecuencia, el de las asociaciones interesadas en el tema. Los estados federados alemanes fueron los pioneros en materia de legislación proteccionista, y el Imperio ultimó la codificación de la protección animal.

Estos esfuerzos fracasaron en el tema de las degollaciones. La comisión asesora del Reichstag, aceptando una moción del diputado doctor Bell, resolvió que las ceremonias con animales no podían verse amenazadas con sanciones, siempre que se practicasen en favor de investigaciones científicas serias o para cumplir con los ritos de comunidades religiosas de Derecho público, lo que hizo naufragar la proposición de ley. Mejor acogida tuvieron los protectores de animales en 1933. Resultó un éxito la actuación de Hitler con vistas a completar la reforma pendiente y, simultáneamente, a impulsar sus fines políticos. El 21-3-1937 se prohibió por la ley la degollación de animales en vivo. El antisemitismo fue el pretexto que dio alas a la ley. La protección penal de los animales se acentuó aún más el 26-5-1933. El 24-11-1933 apareció la Ley del Reich sobre protección animal, que perseguía no sólo fines de política cotidiana, y que satisfizo a los convencidos de que el animal debía ser protegido no sólo en bien de las personas sino en su propio bien (párr. 1):

1. Se prohíbe torturar innecesariamente a un animal o tratarlo con brutalidad.
2. Tortura a un animal quien notoriamente le ocasiona sufrimientos o daños prolongados o reiterados. La tortura es innecesaria en tanto no sirve a una finalidad razonable o legítima. Maltrata a un animal quien notoriamente le causa daño. Un maltrato es brutal cuando refleja un ánimo despiadado.

Esta ley saca a los animales del párr. 90 del Código civil. La exposición de motivos recalcaba en el primer párrafo *los altos deberes éticos para con los animales*. Se debe protección al animal *por ser animal*. Las consecuencias que esta nueva mentalidad tendría para el Derecho civil no pasaron inadvertidas (Pfundtner-Neubert: *El nuevo Derecho del Reich alemán*, I, b, 14, p. 2):

El animal se valora, desde una perspectiva jurídica, como cosa, de lo que resulta que el daño (causado) a un animal perteneciente a otro, solamente se castigara como daño en las cosas, según el párr. 303, siempre que el hecho no conlleve los presupuestos de la tortura a animales... Esta afirmación no significa una limitación o reducción de la protección animal, sino que, en la línea del perfeccionamiento cultural propugnado a partir de 1933, se reafirma que el animal, aun cuando no sujeto, es objeto de una protección que tiene mucho mayor alcance que todas las normas anteriores...

La ley federal de 24-7-1972 para la protección animal, reordenó las disposiciones vigentes hasta entonces sobre mantenimiento, sacrificios, transporte o experimentación con animales, y muy especialmente las nuevas formas de explotaciones ganaderas masivas. Previamente había vuelto a levantar la prohibición de degollación. No se buscaba evitar incomodidades a las personas, sino «dolores, sufrimientos y daños» a los animales, así como mejorar su «vida» y su «bienestar». De este modo se obviaba en el Derecho de los animales el concepto de cosa del párr. 90 del Código civil. Dejó de ser una mera disquisición académica la cuestión de si, y cuándo, el animal volvería a ser titular y sujeto de derechos.