

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.^a ed., 1965 (reimpr. 1967); R. SOHM: *Der Gegenstand*, 1905; F. WIEACKER: *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935.

1. DERRUMBAMIENTO DE LA TRADICIÓN HISTÓRICA DE CONCEPTO Y PALABRA

El hecho de poder aprehender, «com-prender» las cosas individuales, enmascara 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, 8, 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 incorpóreas.
- Res fungibles (perecederas).
- Res consumptibiles (consumibles).
- Res nullius (cosas sin dueño).

Para los romanos, estas clasificaciones eran solamente auxiliares técnico-jurídicas 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, cervecerías, 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 ser 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 aquélla, 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 exterior; luego la posesión empírica (tenencia) es solamente posesión en el fenómeno (*possessio phaenomenon*), aún 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 dissociable 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.^a 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

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 encontrara 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. Quien 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 arrebatarse 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 aquélla 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 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 usucapción, 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 numquam* 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 acta 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 definitiva, 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 cumplierse 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? ¿Hacía 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 encontrarse 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 constituyan 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 mal trato es brutal cuando refleja un ánimo despiadado.

Esta ley sacó a los animales del párr. 90 del Código civil. La exposición de motivos recalca 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 castigará 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.

EL NEGOCIO JURÍDICO

BIBLIOGRAFÍA: L. ENNECCERUS: *Rechtsgeschäft, Bendingung und Anfangstermin*, 1889; W. FLUME: *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, t. 2, «Das Rechtsgeschäft» (2.^a parte, El negocio jurídico), 3.^a ed., 1979; G. HAUPT: *Ueber faktische Vertragsverhältnisse*, 1943, p. 1; G. JAKOBS: *Rechtsgeltung und Konsens*, 1976; S. JÖRGENSEN: *Vertrag und Recht*, Copenhagen, 1968; O. KARLOWA: *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung*, 1877; K. LARENZ: *Die Wandlung des Vertragsbegriffs, Deutsches Recht*, 1935, 488; A. MANIGK: *Willenserklärung und Willensgeschäft*, 1907; M. POSCH: *Allgemeines Vertragsrecht*, 2.^a ed., 1979; A. VON TUHR: *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2 vols., 1.^a mitad: «Die rechtserheblichen Tatsachen, insbes. das Rechtsgeschäft», 1914 (reimpr. 1957).

1. LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO ES PARTE INTEGRANTE DE LA TEORÍA DEL ACTO JURÍDICO

«Persona» y «cosa» son conceptos independientes. Para que el hombre entre en relación de derecho con otras personas y pueda usar las cosas en su provecho, se necesita un tercer concepto, que el Código civil denomina «negocio jurídico», y debe originar la conexión entre personas y cosas. El problema fundamental del Derecho en todas las culturas se centra en organizar esta relación. Los hombres desean separar su derechos de los ajenos, mantener tráfico jurídico entre sí e intercambiar sus mercancías. Desean alcanzar resultados previsibles. Lo que hoy se origina con efectos jurídicos, debe valer también mañana e incluso después de la muerte de los copartícipes del Derecho actuantes. El trato de las personas entre sí y con las cosas debe tener eficacia duradera. La estabilidad del orden jurídico se fundamenta en esta seguridad y en la consiguiente previsibilidad del comportamiento humano. Pero surge una pregunta: ¿cómo dotar de estabilidad al intercambio de cosas efectuado hoy? ¿Quién garantiza que lo acordado seguirá siendo válido? Existen varias respuestas a esta pregunta. No basta la mera referencia al dicho popular —las más de las veces mal interpretado— «un hombre, una palabra». La fidelidad a lo acordado no es un sobrentendido. El aserto de que hay que cumplir lo acordado (*pacta sunt servanda*) no hizo su aparición hasta la época del Derecho natural; y es exclusivamente un deseo que no da respuesta a la pregunta de por qué debe ser así.

Tácito (aprox. 55-120) nos cuenta que los germanos mostraban tal pasión por el juego de azar que, cuando ya habían perdido todo su patrimonio, se jugaban a sí mismos, y si el resultado les llevaba a perder su propia libertad, cumplían lo prometido sin la menor vacilación (p. 24):

CAPÍTULO VII

LA PROPIEDAD

BIBLIOGRAFÍA: R. BRANDT: *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant*, 1974; K. A. ECKHARDT: «Recht oder Pflicht?», en *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936-1937; H. R. HAGEMANN: artículo «Eigentum» en HRG I, 1, 1971, 882; E. F. KLEIN: *Freyheit und Eigentum, abgehandelt in acht Gesprächen über die Beschlüsse der Französischen Nationalversammlung*, 1790 (ed. 1977); J. KLINKERT, E. OEHLER, G. ROHDE: *Eigentumsrecht*, 1979; F. NEGRO: *Das Eigentum, Geschichte und Zukunft*, 1963; D. SCHWARB: artículo «Eigentum» en HRG, vol. 2, 1975, p. 65; W. SIEBERT: «Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung», en *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1, 1936; A. F. J. THIBAUT: «Über dominium directum und utile», en *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, vol. 2, 1798, p. 71; H. WAGNER: *Das geteilte Eigentum im Naturrecht und positivismus*, 1938; F. WIEACKER: *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935; D. WILLOWEIT: *Dominium und proprietas*, 1974; M. WOLFF: *Reichsverfassung und Eigentum*, 1923; H. WÜRDINGER: «Das subjektive Recht im Privatrecht», en *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936.

1. PROPIO — «DOMINIUM» — PROPIEDAD

La posesión es tan antigua como la humanidad. Incluso es posible y razonable atribuir a un perro la posesión de su hueso, pero la propiedad, como concepto jurídico, es algo todavía nuevo y sometido por ello a fuertes vaivenes. La propiedad no es, por su propia naturaleza, la misma en todas las culturas jurídicas. Los germanos ya conocían la palabra «propio». Para ellos significaba «posesión», aunque posteriormente, en contraposición a «feudo» y «herencia», adquiriría el significado de patrimonio «no otorgado», o bien «adquirido mediante negocio jurídico y no sucesoriamente». Para que del *eigen* (propio) resultase la *Eigentum* (propiedad) hubo de intervenir la práctica judicial. *Tum* significaba tribunal, comunidad judicial. De ahí que aún hoy se llame en Inglaterra *domesday* el día en que se celebra el juicio final, y en Hamburgo *Dom* al mercado anual que, en tiempos, era primordialmente el día de juicios. *Eigentum* designaba originariamente *lo propio*, litigado ante el tribunal y atribuido al propietario por decisión de la comunidad judicial. Pero este término no arrojaba luz sobre el contenido de la propiedad.

Durante la Edad Media también fue ambigua la palabra *dominium*. Para significar el derecho de dominio sobre cosas, los romanos usaban dos palabras sin delimitación alguna entre sí: *dominium* y *proprietas*. Para ellos, *dominium* significó, en un principio, el poder do-

méstico del padre de familia sobre los allegados sometidos a su potestad. Para nosotros, significaba originariamente el ejercicio de dominio en su forma legal, y así, hasta finales de la Edad Media, la teología moral se permitía conferir también a los animales un *dominium* sobre su reino (natural). Entre los siglos XV y XVI el Derecho natural español consiguió una delimitación y precisión asequibles del concepto, y si bien desde el siglo XII los exegetas del *Corpus iuris civilis* utilizaron ya en Derecho privado un concepto más riguroso de propiedad, hasta principios de la Edad Moderna la *Eigentum* (*dominium*) no alcanzaría univocidad.

2. EN BUSCA DE UN CONCEPTO UNITARIO DE PROPIEDAD

La labor más importante en relación con el moderno concepto de propiedad correspondió al Derecho natural. Como el deber del hombre era su propio perfeccionamiento, tenía que servirse de los objetos de este mundo para cumplir con ese deber, puesto que donde existe un deber, existe también un derecho a cumplir con tal deber. Christian Wolff (1679-1754) prestó especial atención en su teoría de la propiedad al uso de las cosas en su estado natural, uso en el que todos los hombres tenían igualdad de derechos y deberes. Todavía hoy es válido el axioma iusnaturalista de que no existen cosas más adjudicadas a unas personas concretas que a otras. En un principio aparece la mera tenencia de la cosa, de cuya posesión —según el Derecho natural— no se podía privar al tenedor diligente; pero la propiedad nace del trabajo realizado en función de aquel deber (p. 188):

Los hombres deben esforzarse en que no falten en cantidad suficiente las cosas necesarias, útiles y placenteras que pueden producirse con diligencia o habilidad, y cada cual debe finalmente elegir el trabajo para el que se considere mejor dotado; por propia naturaleza estamos todos obligados a perfeccionarnos y a perfeccionar nuestra condición en un esfuerzo solidario.

Si alguien con diligencia y habilidad consigue una cosa, ningún otro puede apropiársela. Si, en un principio, el uso de una cosa era libre para todos, este estado originario quedaría después neutralizado por el trabajo. Lo que antes era común a todos, se atribuye ahora como propiedad al individuo. Así llegó Wolff a describir la propiedad en la sociedad burguesa (p. 195):

Porque todo aquel que tiene un derecho propio, por sí mismo excluyente de todos los demás, según la libertad natural está facultado a orientarse con sus actos a su mejor entender, y, en tanto no haga nada a cuya omisión esté obligado con respecto a nosotros, y si las cosas quedan sometidas a su propio derecho, adquiere también el derecho de emprender lo que quiera con todo lo que le está sometido. Y este derecho propio de hacer con una cosa lo que se quiera, se llama propiedad.

De lo que se deduce que el propietario puede excluir a terceros del uso de su cosa. Con ello Wolff destacaba una idea que, nacida en la antigüedad, persuadiría luego de modo creciente a filósofos y juristas. La propiedad era admitida como un *derecho subjetivo*, como un fenómeno característico y especialmente importante de la libertad ciudadana. Sin embargo, Wolff no tenía aún una idea clara del concepto liberal de libertad y propiedad. Justificaba aquélla en el cumplimiento de los deberes humanos, mientras que la propiedad sería un camino hacia el humanitarismo. Por otra parte, al iniciarse la teoría de la propiedad, existía ya un concepto unitario de la misma. Fuere lo que fuere la propiedad, sólo cabía describirla

con una fórmula única. Pero esta reconversión de la propiedad en un concepto cerrado no era un sobrentendido, como lo pondría de manifiesto Wolff al analizar lo que el propietario podía hacer con su cosa, análisis que huía de la explicación extensiva y hoy corriente de que el propietario puede hacer todo cuanto se le antoje, incluso destruir la cosa. Propuso, al contrario, una división tripartita que hoy ya no es fácilmente inteligible (p. 198):

Puesto que el señor de la propiedad está facultado para hacer con su cosa lo que guste, esto no puede suceder sólo con la cosa en sí misma o con su sustancia, sino también con el uso y los frutos de la misma, de ahí que la propiedad conlleve un derecho triple: el derecho concreto a disponer como se guste 1) de la cosa en sí misma, 2) de su uso y 3) de sus frutos. El primero se llama propiedad (*proprietas*), el otro, derecho a usar la cosa (*ius utendi*), y el tercero, derecho a los frutos (*ius fruendi*)... Cuando a la propiedad no se le ha cercenado ninguno de estos derechos, se llama propiedad plena (*dominium plenum*), pero si se le ha cercenado uno u otro, entonces es propiedad incompleta (*dominium minus plenum*). El que tiene la *Proprietät* es realmente el propietario (*proprietarius*), porque la cosa queda suya cuando otro disfruta simultáneamente de su uso o de sus frutos. Se le llama, por tanto, señor de la cosa (*dominus*).

Con estas proposiciones, Wolff esbozaba la teoría de la propiedad «dividida». Cuando se implantó el *Corpus iuris* al norte de los Alpes, no hubo problema alguno con la propiedad en lo tocante a los bienes muebles, pues bastaba un concepto unitario en lo esencial y la advertencia de que esa propiedad quedaba protegida por la pretensión restitutiva (*rei vindicatio*) y por la acción negatoria (*actio negatoria*). Pero todo era diferente en relación con la propiedad inmobiliaria. Aquí el concepto romano de propiedad se encontró con un sistema tributario existente desde siglos y bien asentado. El campesino pagaba todos los años al propietario rural el impuesto (*consuetudo*) que antes abonaran también anualmente sus padres. Terrateniente y campesino disfrutaban en común del suelo con arreglo a un orden consuetudinariamente afianzado. El campesino tenía derecho al disfrute de la tierra heredada de sus antepasados, el terrateniente a una pretensión de pechería igualmente inalterable, y a la disposición en caso de no existir campesino. Ninguno de ellos podía despojar al otro de su derecho.

Los juristas del *Corpus iuris* no encontraron una fórmula adaptable a esta situación. El hecho de que tales tributos hubiesen sido originariamente prestaciones de tipo religioso, no les facilitó la cuestión, pero creyeron descubrir en el *Corpus iuris* una teoría que, en realidad, no podía encontrarse en él: la del *dominium utile* y el *dominium directum* (*proprietas*). Adjudicaron al campesino la propiedad de uso que, heredada de sus padres, les atribuía el pleno disfrute de su tierra y casa. Su derecho se llamaba *Erbleihe* o también enfiteusis. Tenía el uso de la cosa, pero no podía disponer de la finca ni mucho menos enajenarla. El contenido de su posición como propietario radicaba exclusivamente en el uso y disfrute. Como el derecho de disposición correspondía al terrateniente (la *Proprietät*), en la mayoría de los casos la propiedad del suelo rural quedaba desdoblada. Aunque también existía la propiedad plena (*dominium plenum*), que reunía en una sola mano la disposición y el disfrute.

Las crisis de la alta y baja Edad Media provocaron movimientos en este sistema. Campesinos y señores rurales aprendieron no sólo a alterar en su provecho la cuantía de los tributos y a hacer girar el tornillo de los impuestos; también se inició la lucha por reunir en una sola mano la suprapropiedad y la infrapropiedad, contexto en el que los señores rurales, con su técnica del *Bauernlegen* o retracción de tierra campesina a propiedad inmueble administrada por los señores, ganaron su última batalla. La Iglesia y la realeza se atuvieron, por el contrario, la principio de protección al campesino: éste debía ser amparado en su *dominium utile*. La propiedad dividida, con su correspondiente teoría, sobrevivió hasta finales del

siglo XVIII, consolidando con éxito la estructura social de la llanura durante siglos. Establecía tanto para el señor como para el campesino derechos mutuamente protectores y correlativos, por lo que el campesinado podía luchar ante los tribunales, incluso con éxito. Si se quiere representar gráficamente esta teoría, hay que recurrir a la «estratificación» del Estado estamental. Cada estamento, dentro de la jerarquización del Estado, tiene sus propios derechos, por lo que no constituía ningún problema para los juristas distribuir la propiedad del suelo sectorialmente, con arreglo a aquellos estamentos, según utilidad y dominio. En la propiedad desdoblada había que resolver también el problema de la expropiación. El señor rural aparecía como suprapropietario del fundo con respecto a sus vasallos. Le correspondía un derecho «predominante», un *ius eminens* que justificaba su injerencia en la propiedad de aquéllos. Era un derecho de majestad, pero, con todo, el señor no estaba facultado para intervenir arbitrariamente y sin indemnización. Cuando hacía uso de su suprapropiedad e imponía una carga especial, ésta tenía que ser compensada con una indemnización basada en el précepto que exigía un tratamiento equitativo del vasallo.

La teoría del *Aufopferungsanspruch* (pretensión de sacrificio) tuvo su formulación ilustrada en los célebres párrs. 74 y 75 del título preliminar del Código de Derecho común de Prusia:

Párr. 74. Los derechos y privilegios individuales de los miembros del Estado deben supeditarse a los derechos y deberes tendentes a la consecución del bien común cuando entre ambos exista una contradicción (*collision*) real.

Párr. 75. Por el contrario, el Estado está obligado a resarcir a aquel que sea requerido a sacrificar sus derechos especiales y privilegios en bien de la comunidad.

3. «INVOLABLE ET SACRÉ»

La teoría de la propiedad desdoblada —cuya larga vida avala su bondad— fue una importante aportación de los juristas medievales. Con su ayuda pudieron, por un lado, garantizar un concepto unitario de propiedad, intraarticulándolo de modo que respondiese a los condicionantes del Estado corporativo, a los intereses de súbditos y autoridades, al Derecho privado y al público. Esta teoría no entraría en crisis hasta que el mismo Estado corporativo fuese cuestionado en tiempos de la Ilustración. En 1789 se proclamó en Francia la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* como visión burguesa del futuro. La burguesía, que ambicionaba su encumbramiento social, el poder económico y el control del poder político, hubiera estado mal aconsejada de no haber incorporado la propiedad a su programa, cosa que ocurriría en el patético, amado y odiado, y desde entonces siempre citado art. 17:

La propriété étant un droit inviolable et sacré nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

(La propiedad es un derecho inviolable y sagrado del que nadie puede ser privado, a menos que así lo requiera claramente la necesidad pública legalmente comprobada, y bajo condición de una indemnización previa y justa.)

Los términos *invulnerable* y *sagrado* referidos a la propiedad, constituyen el núcleo ideológico de este nuevo concepto que se integraría en las Constituciones de los siglos XIX y XX, convirtiéndose en pieza esencial del credo jurídico burgués. A los juristas les correspondería la tarea de transformar este artículo de fe en norma jurídica práctica y manejable. Sólo algunos meses después de proclamarse en París los derechos del hombre y del ciudadano, apareció

en Berlín, en 1770, Ernst Ferdinand Klein (1743-1810) con sus opúsculos *Freyheit und Eigentum* (Libertad y propiedad). Este corredactor del Derecho común prusiano, inspirado por las ideas de la Ilustración y la masonería, expuso en ocho diálogos ideales sus puntos de vista sobre los acontecimientos de París y el nuevo mensaje de libertad. En tales diálogos platónicos, Klein se ocultaba tras el seudónimo de Cleón, mientras que Svarez aparecía como Critón.

Bajo la impresión de los sucesos de Francia, se planteó en Berlín el problema de si la derogación de los derechos de los nobles y de la Iglesia, especialmente de los pechos campesinos y de los diezmos, no supondría un secuestro de la propiedad; problema tras el cual asomaba el de la esencia y naturaleza de la propiedad misma. Todos coincidían en la opinión de que la misión del Estado era proteger la libertad de los ciudadanos y su patrimonio, misión que se correspondía con el derecho y la posibilidad de éstos de incrementar con habilidad su patrimonio. Critón (Svarez) lo resumía con general beneplácito en estas palabras (pp. 153 ss.):

Lo afirmo una vez más: el primer deber del gobierno es y será la protección de la libertad ciudadana. Consecuentemente con ello es el deber del Estado consagrar la propiedad de sus ciudadanos, y dispensarme por defender tan fervientemente la seguridad en la propiedad. No niego que se dan casos en que es necesario sacrificar la propiedad en aras de la libertad personal, cosa que nunca hará un gobierno sabio sin indemnizar a aquel que espera en justicia que este su derecho, amparado en la ley, sea también respetado en el futuro.

Pero la propiedad no era en modo alguno la encarnación de la libertad ciudadana, que Critón (p. 104) situaba más bien en «la capacidad de realizar actos exteriores de conformidad con una decisión adoptada».

Y ésta era la libertad en que Critón basaba la propiedad (p. 46):

La libertad de poseer y disfrutar es también una libertad de actuar, pues ¿a qué otra libertad de actuación podría supeditarse?

En Prusia, la propiedad del ciudadano era, indiscutiblemente, una de las características fundamentales de su libertad. Desde entonces, no sólo el Derecho constitucional, sino también los trabajos científicos y las formulaciones legales, abundarían en su interpretación como derecho fundamental. La característica más sobresaliente de la propiedad no era ya el derecho a poder disfrutar de una cosa, sino la facultad de disponer libremente de ella. En línea con la tradición iusnaturalista, A. F. J. Thibaut (1772-1849) la definiría (*Pandekten* 558) como «el derecho, generalmente objetivo, en virtud de cuya naturaleza se atribuye a alguien la facultad incondicional de disponer a su arbitrio de una cosa corporal y concreta, con fines de propia utilidad».

4. FILOSOFÍAS LIBERAL Y CONSERVADORA DE LA PROPIEDAD

Fue Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831) quien en su filosofía del Derecho reflejó con mayor entusiasmo esta nueva perspectiva general, al enmarcar la propiedad en el más amplio contexto de la libertad burguesa y anteponerle los siguientes enunciados:

La persona debe procurar a su libertad una esfera exterior, para que sea una idea. Y puesto que en esta primera determinación, todavía plenamente abstracta, la persona es voluntad infinita y existente por y para sí misma, así es lo diferente de ella lo que puede

representar la esfera de su libertad, al igual que determina lo inmediatamente diferente y separable de aquella voluntad.

La idea de persona configuraba así la propiedad como materia a través de la cual se realiza la voluntad ética y libre. El discípulo de Hegel, Friedrich Julius Stahl (1802-1861), desarrolló la teoría de su maestro con espíritu conservador y con la aclamación de su auditorio berlinés (*Rechtsphilosophie*, 1. Abt. III, párr. 22):

La propiedad es la materia que hace realidad la individualidad del hombre. En el modo y medida en que adquiere y aplica esa propiedad se revela su más íntima esencia.

Impregnado de fe luterana, Stahl añadía con gran seriedad que la propiedad era igualmente materia para el cumplimiento de los deberes morales del hombre. Pero aunque pretendía contrastar así su teoría con la de los liberales radicales, en realidad abundaba en la visión generalizada de que la propiedad era expresión de la libertad burguesa. La idea de una equiparación entre propiedad y libertad era tan constrictiva, que no se podía obviar en casi ninguna situación política. Cuando Theodor Anton Heinrich Schmalz (1760-1831), en su *Manual de filosofía del Derecho* (1807), hizo frente a la teoría de moda, parecía como acobardado. Consciente de los horrores de la Revolución francesa, se obstinó en un concepto de propiedad menos exigente. Los usos de la docencia jurídica —escribía— tienden a interpretar la propiedad poco menos que como el derecho a disponer a placer de una cosa. Pero esta definición hubiera sido tan falsa como poco científica. De ella no podían deducirse los derechos del propietario. A fin de cuentas, cada uno tiene por naturaleza el derecho de disponer libremente de las cosas. La esencia de la propiedad no consiste en el derecho de uso, sino en el *derecho* a exceptuar a otros de su uso. Schmalz pretendía que los juristas se concienciaran de ello, remitiéndolos a los conocidos derechos romanos de defensa del propietario; pero no tuvo el menor éxito.

Más hondo caló el conservador Adam Heinrich Müller (1779-1829) con sus *Elementen der Staatskunst* (Elementos de política de Estado), del año 1809, donde se rebelaba contra la idea de que las cosas eran dominables como objetos muertos. Todas las «relaciones reales» eran, según él, reducibles a «relaciones personales». El auténtico objeto de la propiedad era «la relación de las cosas con las personas», pero no una relación unilateral, despótica, sino una mutuamente equilibrada (Aug. v. Bara, p. 162):

Si contemplamos la verdadera naturaleza de la propiedad, se configura una relación absolutamente personal entre el terrateniente y su terreno, entre el capitalista y su capital, entre el propietario y su propiedad. Toda propiedad crece y se desarrolla ante nuestros ojos como una persona viva, y no está en absoluto sometida a nuestro arbitrio incondicional e ilimitado; tiene su propia naturaleza, su libertad y su derecho...

Adam Müller afirmaba no sin razón que la teoría liberal de la propiedad tenía cierto aire despótico, opinión que preludiaba desde una perspectiva conservadora la posterior crítica socialista a la dureza del concepto burgués de propiedad y libertad. En ello le avalaban, más que a liberales e ilustrados, la experiencia de la vida cotidiana, la relación del campesino con su terruño, del artesano con sus herramientas, del casero con sus inmuebles. Pero su protesta no encontró eco. Incluso la teoría conservadora de la propiedad, como demostraría Stahl, hubo de acoplarse en el marco establecido por la ideología liberal.

5. CONCEPTO DE PROPIEDAD Y DERECHO INMOBILIARIO: LIBERACIÓN DEL CAMPESINADO

Un siglo necesitaron los juristas para dar forma a la equivalencia «propiedad = libertad» buscando ante todo la formulación y afianzamiento de un concepto unitario de propiedad al dotarla de un enunciado único y válido en cualquier situación de la vida cotidiana, pretensión que representaba un problema político y económico. El político consistía en la llamada «liberación del campesinado», la derogación de todas aquellas cargas y prestaciones que obligaban al campesino con su señor, permitiéndosele poseer como propietario pleno la tierra explotada durante siglos y desligándole de todo deber jurídico con respecto al señorío. El económico consistía subsecuentemente en la derogación de la propiedad dividida. Si el campesino pretendía el *dominium plenum* sobre su casa y campo mediante la unificación del *dominium utile* y la *Proprietät* hasta entonces en manos del señor, antes había que acreditar que la propiedad desdoblada carecía de fundamento jurídico.

Esta labor científica corrió a cargo de Anton Justus Friedrich Thibaut con su disertación *Ueber dominium directum und utile*. Thibaut demostró convincentemente, por el método de exégesis romano-jurídica, que la teoría de la propiedad desdoblada había sido una falsa interpretación de los textos del *Corpus iuris*. En efecto, los exégetas medievales habían confundido *derecho* y *forma de acción*, *dominium* y *actio*, al intentar dar sentido a las relaciones jurídicas de su época. Después de demostrar su falsedad, Thibaut expuso su propia teoría sin parar mientes en su carga política, aun cuando la conociese (*Versuche über einzelne Teile der Theorie d. Rechts*, p. 101 ss.):

La consecuencia de estas controversias se deduce por sí misma. Hay que distinguir dos clases principales de derechos objetivos: la propiedad... y los derechos a cosas de otro. El primero es o *directum* o *utile*, según que (la verdadera propiedad) esté protegida por *actio directa* o por *actio utilis*.

Al no poder existir la propiedad sino como derecho pleno, los derechos a cosas ajenas deben juzgarse del siguiente modo:

Qué derechos correspondan a aquellos que tienen un derecho híbrido de este tipo, es cosa no susceptible de desarrollar en función de un concepto general. Si decimos que el vasallo, el enfiteuta y el superficiario tienen tales y tales derechos, ello no puede deducirse de un dominio *utile* supuestamente suyo, sino que hay que extraerlo históricamente de las leyes.

La ciencia jurídica negó su respaldo a la estructura agraria existente, y consideró la relación del campesino con su señor como algo sólo históricamente comprensible, como mera tradición sin posibilidad de justificación científica. Los políticos, por su lado, deseaban respuesta a su pregunta de si realmente se quería romper con el pasado y, en caso afirmativo, de qué modo. La respuesta política fue la liberación del campesinado, que se llevó a cabo en Europa de diferentes modos: con y sin indemnización, con financiación estatal o por cesión de los campesinos en favor del señorío, evolutiva o revolucionariamente, contando con el buen instinto económico de los señores o mediando su protesta, por desarraigo social del campesinado o afirmando su prosperidad. Como siempre ocurre, las circunstancias concretas pusieron de manifiesto que, en el campo, la posesión del suelo tenía que redundar en propiedad plena, fuese en la de los campesinos o en la de los señores. La formulación de una definición unitaria —común para bienes muebles e inmuebles— del concepto de propiedad, pretendía y provocó una dinamización del suelo rural. Como se intentaba deshacer su configuración estamental,

todo miembro del Estado, fuese noble, burgués o campesino, debía tener acceso a la propiedad plena de cualquier clase de terrenos, siempre que pagara el precio solicitado; pero el que el Estado y la sociedad tuvieron que pagar por liberalizar la propiedad del suelo resultaría demasiado alto. La libertad tenía también su lado oscuro. Los campesinos prusianos no serían los únicos en expresar su descontento al afirmar —más que mediado el siglo XIX— que les había ido mejor bajo la asistencia patriarcal de los señores que con los recios aires de la libertad. No obstante, muchos podían darse por satisfechos con tener los pies sobre el suelo —bien que fraccionado— de su propia tierra. Se quejaron también los señores rurales, faltos de capital suficiente para sustituir los extintos servicios prestados por el vasallaje. Se incrementó terriblemente el endeudamiento de los grandes latifundios. El suelo se convirtió en mercancía, en objeto de especulación. Este incremento del endeudamiento rural provocaría la llamada «degollina de bienes». Con similar dramatismo se intensificaría la subasta forzosa de plazas de cultivador. Al estar el crédito sobre la tierra casi exclusivamente en manos de judíos, como intermediarios de productos agrícolas, pronto surgiría entre los campesinos empobrecidos una nueva forma de antisemitismo.

6. LA PROPIEDAD COMO «DERECHO SUBJETIVO»

Los liberales, ya en pleno apogeo, inscribieron en el Código civil su concepto unitario de propiedad:

Párr. 903. El propietario de una cosa puede, en cuanto no se oponga a la ley o a los derechos de un tercero, proceder con ella a su libre arbitrio y sustraerla a la acción de los demás.

En esta frase se encerraba toda la teoría de la propiedad, definida como un dominio material absoluto en virtud del cual el propietario podía disponer a su antojo de la cosa. En un segundo lugar, se especificaban los derechos de defensa contra posibles perturbaciones y sustracciones, pero se dejaba intencionadamente sin regular el modo en que se podía o se debía ejercer este dominio material. Según la doctrina liberal, había que evitar la sensación de que el propietario tenía que usar su cosa ateniéndose a unas reglas determinadas, o incluso que estuviera en absoluto obligado a hacer uso de ella. Formaba parte de la libertad del propietario que el legislador no pudiese ponerle andaderas.

Vista así, la propiedad era solamente un derecho de exclusión. El legislador tenía que preocuparse de que ningún tercero molestase al propietario en su dominio, pero también, por respeto a la libertad del ciudadano, se abstendría de regular el contenido de la propiedad o el ejercicio de un dominio que llegaba al derecho de destrucción, derecho que incluso ratificaba tal dominio según el modo de entender a los liberales.

Al igual que ocurre con los conceptos de «negocio jurídico» y de «relación obligatoria», la propiedad no es un supraconcepto, puesto que por encima de los tres está «el acto», o bien «la relación jurídica», de modo que en el sistema piramidal de conceptos de la propiedad se nos manifiesta como un fenómeno del «Derecho subjetivo», que junto a la pretensión de Derecho obligacional o *Forderung*, constituye el principal ejemplo de derecho subjetivo, al que se llama también *Berechtigung* (justo título).

En el tráfico jurídico la persona realiza su libertad a través de derechos subjetivos «absolutos» o «relativos», de tal modo que el Derecho subjetivo es la auténtica personificación jurídica de la libertad burguesa, objeto sobre el que, pese a su importancia, no se consiguió

unanimidad en pleno siglo XIX. Hacia finales de esta centuria, dominaba la polémica entre dos partidarios de aquella teoría: Bernhard Windscheid (1817-1892) y Rudolf von Ihering (1818-1892).

Ihering tenía la capacidad premonitoria de futuras evoluciones. Idéntico optimismo de futuro que llevara al zoólogo Haeckel a pretender resolver todos los enigmas del universo, daba alas al jurista Ihering. Dominado por el espíritu del naturalismo y de la industrialización, proclamó los valores económicos que era preciso proteger valiéndose del Derecho subjetivo (*Geist d. röm. Rechts*, 3, t. 1, párr. 60):

El concepto de Derecho encuentra su fundamento en la seguridad jurídica del disfrute. Los derechos son intereses protegidos jurídicamente.

Windscheid (*Pandekten*, párr. 37) enseñaba, por el contrario, que «el Derecho es un poder o dominio volitivo protegido por el orden jurídico.»

Debemos conceder a Windscheid el haber captado mejor que Ihering la doctrina liberal de la libertad. Para él importaban la persona y la protección de su libertad. El primero de esos autores buscaba la gloria en el disfrute, el segundo en la acción; pero ambos avasallaron la teoría del Derecho subjetivo.

Además, Windscheid se encontraba ya lejos de los estrictos puntos de vista de ilustrados y protoliberales, para quienes la libertad era un derecho originario y, consiguientemente, sustraído a toda medida estatal.

Después de que en 1871 la mayor parte de los liberales hiciese las paces con el Estado, dejó de interesarles la exclusiva formulación de derechos antiestatales. Windscheid basaría su teoría del Derecho subjetivo en «el orden jurídico», como ya, antes que él, Savigny había declarado el consenso de los copartícipes del Derecho, requisito previo al poder volitivo de la persona. En este punto, Windscheid pretendía demostrar mayor fe en el Estado que los protoliberales, pero lo cierto es que se atuvo al modelo básico de Derecho privado, representando gráficamente como un círculo la imagen arquetípica de propiedad, puesto que concebía el Derecho subjetivo y sobre todo la propiedad como un espacio al margen del Estado. Para unos, la propiedad era un derecho originario; para otros, una institución estatal interpretada en función de su utilidad social. Sin embargo, aunque ya no existiera unanimidad acerca de su origen, su función era indiscutible. En ese sector del Derecho subjetivo protegido contra toda intervención estatal, se insertaba la persona, el ciudadano, que debía actuar libremente y con plena confianza en que determinaría por sí mismo sus proyectos sin que ningún burócrata se los prefijase. Pero esto solamente se podía garantizar fijando claramente las fronteras de ese ámbito de acción al margen del Estado. El Derecho subjetivo era cualitativamente un derecho fundamental. Con todo, la libertad ciudadana constituida en su seno no era ilimitada; alrededor de su espacio libre aparecían, como tangentes, los derechos limitativos de otras personas y del Estado. Esta idea encontraba expresión en las palabras del párr. 903 del Código civil: «la ley y los derechos de terceros». Todo propietario disponía de un ámbito de actuación ajeno al Estado, pero ese ámbito estaba delimitado por barreras jurídicas tanto públicas como privadas. Sus dimensiones se fijaban en cada caso concreto. El círculo de un derecho subjetivo podía tener diferente extensión y diverso radio, pero nunca podía quedar suprimido por completo. Siempre quedaría un trozo de espacio, por importantes que en determinados casos concretos pareciesen frente al propietario los derechos del Estado y de terceros. En su propio espacio de libertad, el ciudadano estaba facultado para decidir libre y dignamente si y cómo quería hacer uso de su derecho.

Los redactores del párrafo 903 del C.c. tuvieron que adaptar a la praxis su modelo teórico de propiedad, sustrayéndole por ello algo de su brillo; pero con este párrafo consiguie-

ron dar forma legal a sus ideales, conscientes de que ningún orden jurídico puede desenvolverse sin paradigmas.

Al párrafo 903 le seguía, sin solución de continuidad, el Derecho especial de bienes inmuebles del párr. 904, donde el concepto unitario de propiedad recién formado se diluía nuevamente en razón de una amplia gama de disposiciones de Derecho público y privado. Debido principalmente a las experiencias obtenidas con la emancipación del campesinado, y a la ola de especulaciones durante los *Gründerjahre*, no pasó inadvertido para los liberales el hecho de que, en relación con bienes inmuebles, el propietario tenía que actuar de modo diferente a como lo hacía el que manejaba bienes muebles, razón por la que regularon el Derecho fondiario con la idea preconcebida de afianzar en lo posible el dominio del propietario rural. Esta idea reforzó la seguridad del tráfico inmobiliario mediante el registro, formal y material, de la propiedad, y especialmente con una exhaustiva regulación del Derecho hipotecario. La introducción de la deuda inmobiliaria brindaba al propietario la posibilidad de gravar sus tierras con una hipoteca que le permitía llevarlas en la cartera transmutadas en capital.

Este empeño en movilizar el suelo y someterlo por completo a la libertad burguesa, se vio contrarrestado por el Derecho público. La regulación de los derechos de terceros, limitativos de la propiedad, aludidos en el párrafo 903, tuvo lugar efectivamente, pero fuera del Código, concretamente en su Ley de introducción, donde se trataba del Derecho privado y de la libertad del propietario, pero se tocaba sólo tangencialmente el suelo público.

7. TEORÍA MARXISTA DE LA PROPIEDAD. PRODUCCIÓN Y PROPIEDAD PRIVADA

La conquista del Estado por los liberales fue un éxito rotundo, pero con igual rotundidad hubieron de reconocer que también existían otros enfoques de la propiedad. El año 1846, Karl Marx (1818-1883) y Friedrich Engels (1820-1895) expresaron en su *Ideología alemana* (MEW 3, p. 63) la protesta contra «la ilusión de que la propiedad privada se fundamenta en la simple voluntad privada de disponer arbitrariamente de la cosa».

Para ellos la propiedad no era la base de la libertad burguesa, sino una mera función de las relaciones de producción y poder. La propiedad, solidificada con gran esfuerzo en un concepto cerrado, fue nuevamente destruida y cuestionado su valor productivo al buscarse primordialmente una diferenciación entre propiedad privada y propiedad de los medios de producción; esta diferenciación constituía el verdadero objetivo de la revolución anunciada, que los transferiría desde la propiedad privada a la social, y que haría indispensable una redefinición económica y jurídica de formas básicamente diferentes de propiedad (Wagner, *Polit. Oekonomie* I, p. 449 ss.):

La verdadera propiedad debe basarse en su división en razón de la finalidad económica y de la función económica de las cosas que la integran... La propiedad es en primer lugar una institución jurídica, pero... también una institución económica, y concretamente la síntesis, formada jurídicamente, del poder económico del propietario, poder que se configura de modo esencialmente distinto según sean la estructura natural y la finalidad económica del objeto de la propiedad...

De lo que se deducen dos escalas de propiedad: 1) la propiedad de uso, en contraposición a la propiedad de producción, y 2) la propiedad móvil, en contraposición a la inmóvil. La propiedad es poder, y como tal hay que someterla al control social.

8. VACIAMIENTO DE LA PROPIEDAD

Se comprende fácilmente que el proyecto de Código civil no despertara entusiasmo en los socialistas. Anton Menger (1841-1906) expresó su protesta en nombre de las clases desposeídas. Era socialista pero no marxista, y estaba familiarizado con la práctica jurídica diaria. Censuró en Marx que su crítica estuviese dirigida casi exclusivamente al aspecto económico de la situación de entonces, pese a que la cuestión social fuese primordialmente un problema de teoría del Estado y de ciencia jurídica; de ahí que no rechazase el concepto tradicional de propiedad, sino que criticase el vaciamiento que esa propiedad sufría con el nuevo Código (p. 116):

Hoy, el principio de inviolabilidad e ilimitabilidad de la propiedad privada es apenas una ficción que sólo puede pretender validez muy reducida en el círculo de los poseedores, siendo rechazada y marginada en todas partes por razones de utilidad de mucho mayor alcance.

Son principalmente los principios de abstracción y de la buena fe los que socavan la inviolabilidad de la propiedad, y constituyen (p. 127) «una victoria del espíritu mercantil sobre el ordenamiento de la propiedad; del derecho de tráfico sobre el derecho de cosas».

La tesis de Menger hizo reflexionar a los juristas más que las visiones del marxismo. El floreciente intercambio mercantil de la sociedad industrial había obligado a robustecer la protección legal de la confianza. La buena fe tendría capacidad anuladora de la propiedad. La adquisición de propiedad de manos de quien careciese de justo derecho justificaba la propiedad del adquirente, lo que llevaba a admitir en el tráfico jurídico la facultad de expropiación en interés de la seguridad de ese mismo tráfico. Menger se preguntaba con razón si no habría que imputar a ello la desvalorización de la propiedad liberal supuestamente tan sólida. Llamó la atención, además, sobre el aumento de las leyes que debilitaban la posición del propietario, y que, sin encontrarse en el Código, sino en el Derecho público y sustraídas al campo visual de los especialistas en Derecho privado, no podía desdeñarse su incidencia en el vaciamiento de la propiedad. El hecho de separar el Derecho privado del público no disimularía la peligrosa situación de la propiedad (p. 131):

La verdad es que estas restricciones de la propiedad privada encuentran expresión únicamente en manuales, y al margen de los compendios de Derecho civil..., pero ¿no sería ya hora de derribar de una vez por todas esa débil pared e incluir en las definiciones del Código civil la lamentable situación del propietario actual?

Para Menger esto no se iba a conseguir afirmando simplemente que la propiedad de Derecho privado no se correspondía con la realidad. Al analizar el Derecho privado en su sistemática, hizo constar otro argumento crítico: la divergencia entre la autonomía privada del Derecho de obligaciones y la obligatoriedad de los tipos en el Derecho de cosas (real), pues mientras que por un lado, y en virtud de la autonomía privada, el ciudadano estaba capacitado para realizar contratos obligatorios, cualesquiera que fuesen sus contenidos y sin la menor sujeción a los tipos contractuales del Derecho de obligaciones, por otro lado en el Derecho de cosas se le prescribía un catálogo cerrado de derechos reales. La explicación era fácil (p. 142), pues no debía olvidarse lo siguiente:

La contradicción entre clases poseedoras y desposeídas es ciertamente muy aguda en el terreno del Derecho de cosas, pero a la vez muy limitada. Por el contrario, las clases poseedoras... se encuentran en relación con el desarrollo del Derecho de cosas, controlán-

dolo en lo concreto, y con propensión a guiarse por criterios de utilidad muy amplios... El choque de intereses patrimoniales entre las clases poseedoras y las desposeídas, tiene lugar especialmente en el terreno del Derecho de obligaciones... (que) también regula aquellos contratos mediante los cuales los estratos sociales pudientes elevan las rentas de desempleo de las clases desposeídas, consiguiendo así que esta organización de rentas sea ante todo beneficiosa para ellos mismos.

Marx lo había formulado menos elegantemente: «El Derecho de obligaciones y el principio de libertad contractual propician la explotación, mientras que el Derecho de cosas y la obligatoriedad de sus tipos aseguran el botín».

La interpretación de Menger soslayaba la realidad de su época. Hacía mucho tiempo que la impotencia de los explotados no era tan grande como se afirmaba desde el lado socialista. Habían hecho su aparición los sindicatos, y la situación económica de los trabajadores mejoraba a ojos vista. El derecho a la seguridad social, introducido en 1870, se completó en 1911 con el Estatuto Imperial de Seguros —un modelo para el mundo entero— en el que el Derecho privado se veía complementado por el público. Menger comprobaría que la regulación legal de la propiedad había salido dura por fuera y blanda por dentro, pero la causa estaba en un hecho conocido para muchos contemporáneos. En efecto, la propiedad como dominio absoluto sobre las cosas pasaba por ser el más importante sostén de la seguridad social, y precisamente esa vigorosa evidencia resultaba tan atractiva para los legisladores tributarios, que el verdadero poder, el capital, se les aparecía de modo diferente, menos inteligible. El concepto burgués de la propiedad había entrado ya en crisis incluso antes de que la burguesía sufriera su hundimiento económico e ideológico durante y después de la primera guerra mundial.

9. RENUNCIA A LA OBLIGATORIEDAD DE LOS TIPOS

Si el diagnóstico de Menger era discutible, también lo era el de sus contradictores. El intento de forzar la sociedad industrial en ciernes, sujetándola a los esquemas legales del modelo social preindustrial, era ciertamente honrado, pero ajeno a la vida real. No transcurriría una década sin que en el Derecho de cosas se impusiera la necesidad de renunciar a la obligatoriedad de los tipos e introducir la propiedad de seguridad. Bien es verdad que el Código civil había previsto en su párr. 455 la reserva de propiedad a la compra, porque la gente pobre necesitaba urgentemente esta forma de crédito al consumidor, pero el seguro de pretensión adquisitiva se hallaba configurado legalmente en la Ley de pagos aplazados, muy moderna para su época y promulgada cuatro años antes de la entrada en vigor del Código civil. Menos generosidad mostraron los padres del Código al regular el crédito al productor. El honrado comerciante sólo podía financiar su empresa apoyándose en capital propio, y en caso de emergencia respondía ante sus acreedores con todo su patrimonio. La obtención de créditos para creación de empresas se tenía por sospechosa, y a los ojos de los padres del Código desdecía de la honradez de un comerciante respetable. Sin emergencia social, el burgués no contrae deudas, puesto que el crédito resta libertad. Quien necesitaba dinero empeñaba objetos de valor, daba en prenda o hipotecaba. El que carecía de patrimonio necesitaba al menos un suegro altruista y generoso que posibilitara la creación del negocio con su aval.

Desde esta perspectiva, el reconocimiento legal de un Derecho prendiario sin desplazamiento hubiese supuesto una invitación a contraer deudas poco serias y, por consiguiente, inaceptables moralmente. Los redactores del Código seguían pensando así cuando ya las gran-

des empresas alemanas dependían en gran medida de la financiación extranjera. Hasta Krupp tuvo que introducir dinero exterior.

El comercio y la economía en general forzaron de la jurisprudencia lo que les negaba el nuevo Código: la institución de un Derecho prendiario sin desplazamiento, en forma de propiedad de seguridad. Poco después de entrar en vigor el Código, conquistaron su lugar en la práctica jurídica gracias a una sentencia del Tribunal del Reich (RGZ 57, 175). Todo el mundo sabía que se trataba de un rodeo legal, y hasta hubo juristas que expresaron sus reservas ante este procedimiento. El escrupuloso respeto a las leyes hizo difícil el reconocimiento de la propiedad de seguridad como lo que realmente era, como fue difícil desarrollarla en el Derecho prendiario (párrs. 1204 y ss. del C.c.) mediante los correspondientes reglamentos. El respeto al legislador propició estas técnicas de circunvalación que continúan incluso hoy como juegos de ingenio teórico.

10. LA PROPIEDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE WEIMAR

Durante la primera guerra mundial y la posguerra, la propiedad burguesa fue aniquilada por los bonos de guerra sin valor y por una devaluación gigantesca, lo que no se limitaría a quebrantar la orgullosa profesión de fe implícita en el párr. 903 del Código civil, puesto que también el Derecho constitucional originaría desplazamientos en la teoría de la propiedad. El primer embate lo dio el art. 153 de la Constitución de Weimar de 11-8-1919:

La propiedad será garantizada por la Constitución. Su contenido y límites se deducirán de las leyes. Solamente se podrá expropiar en bien de la comunidad y con fundamentos de derecho, teniendo siempre como contrapartida la correspondiente indemnización, excepto cuando una ley del Reich determine otra cosa. En lo concerniente a la cuantía de la indemnización, se mantendrá abierta en caso de litigio la vía legal de los tribunales competentes, excepto cuando una ley del Reich determine lo contrario. Las expropiaciones hechas por el Reich a Länder,* municipios y asociaciones de uso público, sólo podrán efectuarse mediando indemnización.

La propiedad obliga. Su uso también debe servir al bien de la comunidad.

Los socialistas habían conseguido finalmente integrarse en el poder político, lo que hizo de la Constitución un compromiso entre los idearios de conservadores, liberales y socialistas. Los liberales pretendían que la sustitución de la palabra «inviolable» por «garantizada» era una simple cuestión de lenguaje, una renuncia al *pathos*. Seguían reconociendo en este nuevo término la tesis de la inviolabilidad de la esfera individual y el carácter libre de la propiedad. Los socialistas, por el contrario, destacaban el párrafo que sometía a regulación legal no sólo los límites de la propiedad, sino su contenido. La imagen del espacio al margen de la intervención estatal se desvaneció rápidamente. Ahora era el Estado el que fijaba por ley el modo en que el propietario tenía que usar de su libertad.

La Constitución del Reich nació en un momento de máximo poder socialista. Cuando éste decayó, se diluyó también la conciencia de las posibilidades ofrecidas por la cuidadosa elección de términos que hiciera un gobierno socialista resolutivo. Al concluir los social-demó-

* Land = región, país (plural = Länder). Actualmente la República Federal de Alemania está integrada por 10 Länder, que se corresponden sólo aproximadamente con los distintos reinos, principados y ducados antiguos, más la ciudad libre de Berlín, con estatuto especial. Cada Land tiene su gobierno y parlamento autónomos. Los diferentes organismos federales están distribuidos lo más equitativamente posible por todo el territorio federal; así el gobierno y parlamento federales se encuentran en Bonn, el Tribunal Constitucional en Karlsruhe, la policía federal en Wiesbaden, etc. (N. del t.)

cratas la paz con la USPD* y verse forzados a gobernar el Reich con la ayuda de partidos burgueses, la interpretación de la teoría constitucional de la propiedad cayó en manos de los moderados. Gerhard Ansschütz (1867-1948), comentarista oficial de la Constitución, brindó la fórmula de compromiso. Es cierto que el art. 153 de la Constitución de Weimar (WRV) no proclamaba la soberanía del individuo y de su propiedad, pero venía a decir lo mismo que el párr. 903 del C.c.: que el individuo puede proceder con ella según su libre arbitrio. El carácter burgués de la propiedad estaba recogido en la nueva Constitución (Z. ff. 4):

El nuevo Derecho público, como el antiguo, sitúa la garantía de propiedad (art. 153) junto a la garantía de libertad (art. 114), y según nuestros criterios jurídico-económicos —social-individualistas, pero no socialistas— la una sigue siendo la compañera dogmáticamente necesaria, indispensable, de la otra. Ambas han de interpretarse igualitariamente.

Cobraban importancia los problemas de expropiación y de atención social. Se hizo posible, incluso, la expropiación sin indemnización y por ley del Reich, contrariamente a las previsiones francesas de 1789. Aunque la situación política la hiciera cada vez más improbable, se daban sin embargo los supuestos jurídico-constitucionales necesarios para la expropiación de los medios de producción. Éste era un punto en el que los comentaristas también disimulaban lo previsto por la Constitución sobre la posibilidad de transformaciones radicales. En ello tendría una participación destacada Martin Wolff (1872-1953), el más conspicuo especialista en Derecho de cosas de su época, quien admitiría cuán decisivamente la nueva Constitución había alterado, o podía alterar, el concepto de propiedad burguesa antes existente. Pero ahora se trataba de asegurar los derechos del propietario. Con su disertación sobre *Constitución del Reich y propiedad* durante el homenaje a Wilhelm Kahl, Wolff haría historia jurídica. De la palabra «garantizar» dedujo toda una garantía institucional. Quedó definitivamente descartada constitucionalmente la abolición de la propiedad o cualquier alteración sustancial de su contenido a favor de las teorías socialistas, si bien al ponerse un justo énfasis en la atención social, también quedó superado el viejo concepto liberal de propiedad (p. 11):

La frase «propiedad obliga» significa para todo derecho privado patrimonial... una doble obligación del derechohabiente: el deber de ejercitar el derecho, si responde al interés general que tal derecho se ejercite, y el deber de ejercitar el derecho de manera que se corresponda con ese interés general.

Con estas palabras Wolff daba una fuerte sacudida a uno de los pilares fundamentales de la teoría liberal de la propiedad. La decisión de si el propietario quería realmente hacer uso de su derecho, se permitía antes —al menos en teoría— que la adoptase él mismo. Al cuestionar Wolff la facultad del propietario de no usar la propiedad, arrojaba nueva luz sobre los límites del derecho de derelicción o de renuncia a la propiedad. Pero el inteligente tratadista evitó prudentemente tocar el tema en su libro.

Lo que sí afirmó claramente Wolff fue la protección del propietario frente al intervencionismo estatal. Afirmó que la Constitución no sólo garantizaba la propiedad, como se recogía en el párr. 903 del C.c., sino cualquier derecho patrimonial. Que protegía al propietario contra la pérdida de un derecho, pero también contra cargas y obligaciones no indemnizables, que debían aplicarse siempre por ley o decreto. La expropiación era indemnizable en cualquier

* USPD = Unabhängige Sozialdemokratische Partei Deutschlands (Partido socialdemócrata independiente de Alemania). El Partido socialdemócrata (SPD) tenía a su izquierda a los llamados independientes del USPD (fundado el 6/8-4-1917) que, al igual que los comunistas espartaquistas, pretendían forzar un cambio radical en el Estado y en la economía siguiendo el ejemplo de los soviets rusos. El partido se extinguió con la República de Weimar. (N. del t.)

caso, mientras que la garantía de propiedad, implícita en el art. 153 de la Constitución, tampoco podía ser socavada valiéndose de indemnizaciones mínimas.

Con este ensanchamiento del concepto de expropiación, Wolff abandonaba la teoría «clásica» que protegía exclusivamente al propietario de bienes raíces, y eso sólo en caso de total privación de derecho, al tiempo que abría camino a una praxis progresivamente protectora del patrimonio privado. Es un hecho que el Tribunal del Reich construyó decididamente esa protección sobre los cimientos puestos por Wolff. Este tratadista pretendía no dejar fuera de juego la doctrina civil de la propiedad, cosa que sólo conseguiría en parte. Al hacer extensiva la expropiación a todo Derecho patrimonial, surgieron dos conceptos de propiedad: uno, definido como dominio material absoluto, valía para el Derecho privado. El otro valía para el Derecho público, especialmente en lo relativo a expropiaciones. Aquí se englobaba todo el patrimonio, todo bien jurídico de carácter económico. Coexistían, desligados, un concepto de propiedad, estrecho, para lo jurídico-privado, y otro, amplio, para lo relativo a la expropiación, sin que en ello se viera problema alguno. La evidencia de que el Derecho alemán carecía ya de un concepto bien delimitado de propiedad, no produjo la menor sensación. La teoría de la propiedad empresarial sería una continuación lógica de este proceso.

11. LA LUCHA CONTRA EL DERECHO SUBJETIVO

El acceso de los nacional-socialistas al poder supuso un cambio decisivo. Entonces sí empezó la guerra sin cuartel contra la ya maltrecha propiedad liberal. El ataque se hizo en dos frentes. Uno se dirigió contra el Derecho subjetivo; el otro forzaba una nueva definición de la propiedad. Durante un curso de aleccionamiento en mayo de 1935 —el *Kitzeberge Lager*—, Karl August Eckhardt (1900-1979) inició el combate al grito de batalla: «¿derecho o deber?». Ihering no había encontrado en su día el eco que merecía su «brioso ataque» contra la definición del Derecho subjetivo como facultad volitiva, pero ahora el tiempo estaba maduro para decirle adiós a un concepto individualista que *llevaba en la frente, marcado a fuego, el orden económico capitalista*. Como protesta contra Martin Wolff —que ya se había exiliado— y contra la jurisprudencia constructiva del Tribunal del Reich, Eckhardt fustigó el «vaciamiento del concepto del deber», y Hans Würdiger (nacido en 1903) extraía de ello las lógicas consecuencias para la doctrina de la propiedad. Por lo visto, el «vacío jurídico» de la teoría de la propiedad recogida en el párr. 903 del C.c., contenía al menos *postulados éticos positivos*. Würdiger preguntó retóricamente (Dr. Rwiss. 1, 1936, p. 21) «si del contenido de la propiedad pueden deducirse barreras conceptuales que, no previstas legalmente de manera expresa, podrían basarse en que la "asignación de todo el contenido de interés" que legalmente se produce en la propiedad sólo posee validez en tanto no entren en juego intereses antisociales del propietario, ya que la propiedad no se da en función de dichos intereses».

La rebelde generación de jóvenes reformistas no podían perder de vista que el NSDAP, según su programa, afirmaba «estar en favor de la propiedad privada», aunque, ciertamente, esta propiedad no era la misma en la que pensaron los padres del Código civil, porque, de serlo, hubiese supuesto recurrir a las afirmaciones del art. 153 de la Constitución de Weimar, en lo que ésta tenía de socialista, y que se había obviado hasta entonces, recurso al que no estaban dispuestos los revolucionarios nacional-socialistas que no querían ni oír hablar del «sistema» ni del papel mojado que era su Constitución. De ahí que, esencialmente, sólo desarrollaran la idea de la atención social, y ello con gravísimas consecuencias, porque hacían de la propiedad un deber cuyo contenido había que buscar en *la sana conciencia popular*.

Wolfgang Siebert (1905-1958) precisó tajantemente a qué debían atenerse los profesores de Derecho (p. 23):

Todos estamos completamente de acuerdo en que el llamado Derecho subjetivo no es un concepto originario ni fundamental para el Derecho comunitario.

Por su parte, Franz Wieacker (nacido en 1908) demostró conocer el problema en su trabajo *Cambios en la constitución de la propiedad*. Intentaba conectar con la realidad y con el pasado jurídico llamando la atención, con buen juicio, sobre que el derecho de propiedad que entonces se practicaba no tomaba ya por base la fórmula abstracta del párr. 903 del C.c. De todos modos, el problema de la exigencia —y, en su caso, de la configuración— de una nueva definición de la propiedad se hubiera planteado aunque los nacional-socialistas no hubiesen llegado al poder. Y su solución, que Wieacker afrontó con tiento y renunciando a conclusiones definitivas, era ciertamente difícil. Cuando ahondó más en el tema, llegó a la conclusión de que había que desechar el anterior concepto de propiedad por abstracto y extensivo. La nueva generación de científicos jurídicos había aprendido de la escuela neohegeliana a pensar en función de «órdenes concretas» y de «conceptos concretos», lo que era tanto como decir adiós a un concepto unitario de propiedad. Cada manifestación fenomenológica «concreta» de cosas, debía motivar una propiedad «concreta» diferente. Había que comprobar en cada caso individual qué derechos —y sobre todo qué deberes— asistían al propietario. Wieacker propuso una nueva definición para la propiedad mobiliaria (p. 42):

Derecho y deber... de disponer de una cosa con legitimidad objetiva y utilidad pública, pudiendo con este fin excluir a otros de actuar sobre ella.

La propiedad dejó de ser un «dominio real» u objetivo para convertirse en un bien administrado fiduciario y orgánicamente en favor de la comunidad, interpretación que sobrevivió al año 1945, aunque este carácter fiduciario no lo expresase suficientemente el término «coordinación real» usado hasta hoy en sustitución de «dominio real». Se entiende, sin embargo, que algo «coordinado» necesita de un coordinador que no es el propietario mismo, sino la comunidad, y en todo caso hasta 1945 era incuestionable que aquella podía en consecuencia «recoordinar» la propiedad extrañándosela al fiduciario por incumplimiento del deber o por incompetencia.

Cuando la huida hacia adelante que caracterizó los primeros años de la teoría jurídica nacional-socialista se estabilizó, Georg Dahm (1902-1963) la sintetizó, repudiando claramente las tesis de Eckhardt. Aunque no lo manifestara de modo expreso, es seguro que este hombre juicioso conocía las tradiciones, a través de las cuales llegaría a enlazar con Adam Müller (*Deutsches Recht*, p. 354):

El campesino se identifica con su tierra, el comerciante con su tienda, el erudito con sus libros o sus ficheros. Es bien cierto que el individuo está obligado con la comunidad, y que ésta le garantiza el uso objetivo de sus bienes y su aplicación razonable y en consonancia con sus deberes. Pero no sería correcto deducir de ello una especie de suprapropiedad del Estado, o ver en la propiedad y en el derecho subjetivo exclusivamente una facultad de administración en fideicomiso.

Cuando, después del desastre de 1945, pudo decirse nuevamente que con la abolición de la libertad un pueblo renuncia a constituirse en nación culta, no faltaron las correspondientes profesiones de fe. El art. 14 de la Ley fundamental, apoyándose en el 153 de la Constitu-

ción de Weimar, proclamaba nuevamente «el saneamiento» de la propiedad y su cometido social, pero la Constitución no recogía ya la posibilidad, prevista en Weimar, de expropiar sin indemnización. Se llegó, pues, a una enfatización del cometido social de la propiedad, cosa que la densidad de población hacía inevitable, pero paralelamente la jurisprudencia practicó una cada vez más amplia protección del propietario frente a la expropiación. El hecho de que la normativa expropiatoria creciese hasta convertirse en un sector jurídico por el que se luchó con especial denuedo, no fue en último lugar consecuencia de las experiencias de la época hitleriana.

12. LA PROPIEDAD COMO DEBER

En los años que siguieron a 1968, se produjo un nuevo florecimiento de las tesis socialistas e incluso un resurgimiento de la propiedad desdoblada. En un singular retorno a teorías supuestamente malditas, la exaltación del entusiasmo cultural-revolucionario perpetró en 1968 una nueva agresión contra el derecho subjetivo. Invocando la transformación de las condiciones de producción y consumo, se puso una vez más en tela de juicio este derecho supuestamente desfasado (Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, p. 199 y ss.):

La sociedad decimonónica vivía según el modelo de trabajo independiente y con un único nivel de abastecimiento; la sociedad del siglo xx vive según el modelo de trabajo dependiente y de abastecimiento escalonado. El Derecho patrimonial de la burguesía quebrantó los pilares sistemáticos del derecho subjetivo y de la autonomía privada, pero no llegó a destruirlos. Ahora dificultan el trabajo moderno. Si todos tenemos derecho a desarrollar nuestra propia personalidad, también es correcto el derecho a nuestro propio desarrollo, que no es un derecho a la manera de un dominio o como interés; es decir, no lo es como derecho subjetivo (ni público ni privado) sino como derecho humano y ciudadano.

Esta ponderación de teorías jurídicas progresistas cayó pronto en el olvido, continuando la búsqueda en la política de nuevas fórmulas para el Derecho público. Paralelamente, el poder político pasó del campo a la ciudad. Si hasta el siglo xix se le había identificado con la gran propiedad rural, ahora se esforzaría por la posesión del terreno urbano. Mediante el Derecho de construcción y urbanización se consiguió ampliar la participación de los municipios en el suelo, sobre todo en el de los centros urbanos, lo que llevaría a proponer una reintroducción de la propiedad desdoblada y el consiguiente retorno al Estado corporativo. Contribuirán sobre todo al debate acerca de la «ordenación del suelo» las «resoluciones del S.P.D. en el día del partido» en Hannover (1973), en las que se proponían *nuevos principios* para dar una solución jurídica a la propiedad. Dominaba el criterio de encajar la esfera de la propiedad en el libre desarrollo de la personalidad humana, pero siempre que de tal «libertad configurativa» no se abusara en perjuicio de la comunidad, por lo que el legislador debía procurar que el cometido social de la propiedad prevaleciese en todo caso concreto. Una propiedad teóricamente ilimitada, no podía subordinarse ya a deberes individuales sino que, por su propia concepción, sólo abarcaría aquellos derechos y deberes que no entrasen en colisión con su cometido social. La propiedad debía ser un derecho obligacional cuyo contenido quedase sometido a severo control estatal. La propiedad rural resultaba especialmente sospechosa:

Hasta ahora se ha logrado contener la propiedad rural interviniéndola de múltiples maneras y con diversos resultados a tenor de su contenido social. Erosionada por leyes y disposiciones, rebrota sin embargo en determinados círculos antisociales.

¿Qué se podía hacer en esta guerra sin fin contra la mala hierba del egoísmo? Se ofreció una cura radical:

Los derechos y privilegios adicionales le serán mantenidos (a la propiedad rural) a término fijo, previa demostración de su compatibilidad social y con las correspondientes contrapartidas.

La antigua enfiteusis rural (*Erbleihe*) festejó su resurrección urbana. El papel del señorío rural pasó a desempeñarlo el concejo municipal.

La propiedad de disposición se le confiere a la corporación municipal, que se obliga a ceder la de disfrute a los particulares mediante licitación pública. La comunidad vendría así a determinar, en relación con sectores críticos de urbanismo, la clase de disfrute, la cuantía de las tasas y la duración de tal propiedad de disfrute.

Consecuencia: *el primer Estado socialista de la nación alemana* consumió de manera radical el abandono del concepto liberal de propiedad. Ya en la entonces zona de ocupación soviética las condiciones de producción se habían reorientado esencialmente hacia la teoría marxista siguiendo el ejemplo ruso-soviético de estatización y expropiación de la industria, reforma del suelo y control estatal de la artesanía todavía en manos privadas. La meta era realizar la sociedad no conflictiva en aplicación de los enunciados de la economía política. La propiedad, con la que las clases poseedoras habían venido explotando a las desposeídas, pasó a manos del Estado. No murió; siguió «sana e inviolable», aunque ahora de cara al burgués que la amenazaba. El traspaso de la propiedad privada de los medios de producción a la propiedad popular fue causa de su desdoblamiento en dos formas no integrables en su supraconcepto común: 1) la «propiedad socialista» (de los medios de producción); 2) la «propiedad personal» (de los medios de consumo). Ambas compartían solamente un fragmento del nombre que se les daba.

De la definición legal de la propiedad en el Código civil de la R.D.A. de 19-6-1975 se encargarían los párrs. 17-42. La norma fundamental de la «propiedad socialista» revelaba un espíritu nuevo:

Párr. 17. 1) La propiedad socialista es el fundamento económico para el desarrollo de la sociedad socialista y del común de los ciudadanos. Asegura la elevación del nivel material y cultural del pueblo sobre la base del alto ritmo de desarrollo de la producción socialista, del incremento de la eficacia, del progreso técnico-científico y del crecimiento de la productividad laboral.

2) La propiedad socialista, su disfrute, su incremento y su protección, sirven al desarrollo de los ciudadanos en su personalidad socialista, así como al desarrollo de su capacidad creativa.

Al considerarse la felicidad del ciudadano como una función de las condiciones sociales, su bienestar estriba en el mantenimiento y fomento de la «propiedad socialista», razón por la que ésta goza de la mayor veneración, en curioso paralelo idiomático con el art. 1 de la Ley fundamental:

Párr. 20. 1) La propiedad socialista es intangible.

Un rango inferior se le confiere a la «propiedad personal» pensable únicamente en función de la «propiedad socialista» y sin cometido social autónomo:

Párr. 22. 1) La propiedad socialista, su incremento y protección, sirven de base al desarrollo de la propiedad personal. La propiedad personal emana del trabajo prestado a la sociedad.

Esta «propiedad personal» sirve, pues, a la satisfacción de las necesidades materiales y culturales del ciudadano. Ciertamente tiene que ver con la persona individual, pero no asegura el campo de acción del individuo, sino que sirve a su desarrollo según el esquema estatal previo de la «personalidad socialista». Es un instrumento educativo al servicio del progreso social, lo que motiva una regulación especialmente cuidadosa de su contenido:

Párr. 24. El ciudadano tiene derecho a la posesión y disfrute de las cosas relativas a su propiedad. Tiene derecho a disponer de las cosas que le pertenecen, y especialmente a transferir a otro la propiedad o a ceder la posesión y el disfrute de sus cosas.

El hecho de que en esta disposición no se mencione la facultad de renuncia, es consecuencia del modo socialista de entender la propiedad. El propietario no tiene derecho a disponer a su arbitrio de los frutos de su trabajo; incluso su propiedad personal la administra en fideicomiso, al ser patrimonio popular confiado a término. El tratamiento dado a la propiedad privada del suelo demuestra que entran en juego asuntos de gran trascendencia económica. Según el párr. 2 del Estatuto sobre tráfico de inmuebles, de 15-12-1977, el dueño particular de una finca urbana —cuya propiedad se convierte en una carga a causa de los bajos alquileres— sólo puede renunciar a ella si le autoriza el Estado. El derecho carece de valor; el deber es costoso.