

Sobre la esencia de la posesión como concepto jurídico

JOSE LOIS ESTEVEZ

I. *Una exposición de motivos.*

No hace mucho tiempo, abordándolo en una conferencia, se ocupaba el Profesor Hernández Gil de replantear el debatido problema de la naturaleza jurídica de la posesión (1). No trataré de ocultar que este trabajo del reputado civilista es uno de los que más me han agradado de cuantos he leído en los últimos tiempos: por la valentía de la concepción, por la experta síntesis de doctrinas y por la desnuda sobriedad dialéctica. Pero yo creo, por mi parte, que las dos tesis esenciales acerca de la naturaleza jurídica de la posesión—la que la concibe como hecho y la que la tiene por un derecho—no son más que la visión incompleta de un fenómeno que no puede, en rigor, resolverse con esa exclusividad de criterios. A mí me parece que aunque se siga dando crédito al principio lógico del *tertium non datur*—puesto ya en cuarentena por la matemática contemporánea—, no es lícito afirmar que la cuestión se nos encare con tan inevitable alternativa *sin haber demostrado previamente que es imposible toda posesión intermedia*. Por fortuna, los progresos de la Física actual permiten considerar sin sorpresa el hecho de que la explicación de un fenómeno exija el concurso de dos imágenes irreconciliables. El estudio de la luz, por ejemplo, tras el conflicto plurisecular entre las teorías *corpúscular* y *ondulatoria*, ha rematado en esta desconcertante evidencia: que los fotones se comportan a veces como ondas y a veces como corpúsculos. Niels Bohr ha logrado, por el *principio de complementariedad*, la sanción epistemológica de este hecho científico (2).

Ahora bien, si el principio de complementariedad ha de servir

(1) Recogida en *Información jurídica*, junio de 1950, págs. 603. y ss.

(2) BOHR: *On the notions of Causality and Complementarity*, en «Dialéctica», 7-8, 1948. Y otros artículos de Pauli Einstein, Broglie, Heisenberg, Reichenbach, Destouches, Destouches-Février y Gonsseth en ese mismo número

de síntesis a las teorías posesorias, no debe existir la menor posibilidad de solventar por otro camino la incompatibilidad de las interpretaciones antitéticas. En realidad, me parece que mi teoría, mucho más general, de los *equivalentes jurídicos*, al mismo tiempo que proporciona solución a otros problemas de trascendental importancia, deja al descubierto la esencia de la posesión y el fundamento de la protección posesoria.

Apasionado, como el Profesor Hernández Gil, por el tema obsesivo de la posesión, he procurado en diversas ocasiones (3) exteriorizar mi punto de vista, si bien fragmentaria y ocasionalmente. Por eso, hoy, después de un nuevo examen del problema, provocado por el resonante alegato del Catedrático matritense, no puedo sustraerme a la tentación de dar a mi tesis una formulación de conjunto. Y ya que tercio en la controversia pendiente, espero que se permita, de paso, probar la solidez de la nueva dirección metodológica que propugno. Al fin, este mismo tema ha servido ya, en una alta ocasión histórica, para basar el reproche genial de Ihering contra la Metodología jurídica imperante en su época. (4).

II. *Interrogando a la experiencia.*

Planteadas la pugna entre las dos teorías posesorias, el primer criterio resolutorio al que se nos ocurre acudir es la experiencia; ya que la validez de todas las teorías depende, al fin y al cabo, de su capacidad para explicar exhaustivamente los fenómenos naturales que constituyen su campo específico. Ahora bien, el caso es que cuando se intenta decidir cuál de las hipótesis contrapuestas resulta más ajustada a la realidad, surge una paradoja gravísima. Por una parte, para dilucidar si la posesión es o no un derecho habrá que definir previamente el concepto de derecho subjetivo. Esta empresa ya encierra, por sí misma, considerables dificultades; pero, tengámoslas por soslayadas y atrevámonos a suponer que sea correcta la fórmula de Ihering: «los derechos subjetivos son intereses jurídicamente protegidos» (5). A tenor de esta definición, la posesión sería, naturalmente, un derecho (6). Por otro lado, sin embargo, como la posesión forma parte de las *realidades jurídicas* (7), es también evidente que su esencia no de-

(3) Vid. *Proceso y Forma*, 1947. págs. 59 y ss. *Contenido esencial de la Ciencia jurídica*, en «Arbor», abril de 1949, págs. 525 y ss.

(4) Una de las obras fundamentales de IHERING sobre la posesión lleva este título: *La voluntad en la posesión, con la crítica del método jurídico reinante* (trad. Posada), 1911.

(5) IHERING: *L'Esprit du Droit Romain* (trad. franc. de Meulenaere), IV, páginas 317 y ss. Vid.: *Proceso y Forma*, cits. 30 y ss.

(6) Como afirma ciertamente HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 607), Ihering «contribuyó más en pro de la tesis de que la posesión es un derecho con su conocida definición del derecho subjetivo, que con lo que dijo acerca de la posesión misma».

(7) Cfr. HERNÁNDEZ GIL (loc. cit., pág. 609). Por la observación que hace a Planiol.

biera resultar acotada *a priori* por un concepto del derecho subjetivo. En otras palabras, la exactitud de cualquier concepto del derecho subjetivo tendrá que depender, ni más ni menos, de la actitud que se adopte frente a la posesión. Por tanto, se podría replicar a Ihering que su definición del derecho subjetivo es ilegítima, puesto que cabe asimismo aplicarla a la posesión, *que es un mero hecho*. El significado de este razonamiento es claro: la definición del derecho subjetivo prejuzgará el que se tenga la posesión como hecho o como derecho; pero, a su vez, la definición del derecho subjetivo no es indiferente a la naturaleza que se atribuya a la posesión. La antinomia no logrará evitarse mientras no se modifiquen radicalmente las concepciones metodológicas que hoy están en boga.

III. *La configuración de la experiencia jurídica.*

Hay muchos juristas que están de acuerdo en afirmar que la piedra de toque de las teorías ha de ser la experiencia. Lo malo es que nunca concreta nadie en qué consiste la experiencia jurídica. Con una inconsecuencia y una despreocupación inconcebibles, se suele eludir el problema y se da por supuesto que todo el mundo sabe de qué se trata. Sin embargo, con algo que se reflexione, se advierte en seguida la dificultad que envuelve la definición de un concepto tan poco preciso. Es fácil persuadirse de que la experiencia no puede ser invocada del mismo modo por un físico que por un jurista. Para un físico, la experiencia es una especie de encuesta o interrogatorio que se le formula a la naturaleza para indagar si las cosas ocurren en su seno con arreglo a ciertas previsiones teóricas hipotéticas. De ahí que una experiencia implique toda una serie de operaciones. En primer lugar, será preciso haber efectuado anteriormente un *inventario* de los hechos. En segundo lugar, habrá que idear suposiciones verosímiles que expliquen de qué modo un evento dado sería una consecuencia natural de otro u otros capaces de englobarlo. En tercer lugar, habrá necesidad también de representarse por anticipado los efectos que cada suposición lleva consigo. En cuarto lugar, habrá que preparar un artificio adecuado para captar esos efectos, caso de producirse. Y, por último, en quinto lugar, poner en práctica el experimento, valiéndose de dicho artificio. El resultado empírico constituirá la respuesta de la naturaleza a nuestro interrogante.

Cualificada así la experiencia, no se le ocurre a nadie hablar de la experiencia jurídica en un sentido semejante. Repugnaría. La experiencia es también aquí una *consulta* a la *realidad*, pero de otra manera. La realidad del Derecho es de un tipo peculiar que amalgama la lógica con la vida.

No hay, pues, aparentemente, ninguna posibilidad de fusión entre la experiencia física y la experiencia jurídica. Pero si abar-

camos aquélla en un grado superior de abstracción, llegaremos a entrever nuevas perspectivas más alentadoras.

En efecto; como se deduce del análisis antecedente, el fundamento de toda experiencia reside en la *representabilidad* de eventos inacaecidos. Es decir, en la previsión de las posibilidades empíricas, que son la consecuencia verosímil de ciertos hechos ya comprobados. En síntesis, la experiencia física reposa sobre las asunciones siguientes: 1.ª Representabilidad hipotética de una condición aclarativa de los hechos inventariados. 2.ª Representabilidad de las consecuencias inherentes a la hipótesis adoptada. Todas las demás operaciones que requiere la experimentación—inventario y corroboración empírica—se reducen, en último término, a una observación cuidadosa de la realidad física; en otras palabras: a *un nuevo inventario*. La Ciencia progresa, pues, en virtud del *principio lógico de representabilidad* meticulosamente comprobado en *minuciosas observaciones*.

A estas alturas, se comprende fácilmente la causa de la superioridad del físico sobre el jurista. El físico sabe perfectamente cómo individualizar los hechos que constituyen su campo específico de investigación. Preguntad, en cambio, a un jurista en qué consiste un hecho jurídico. Os responderá con una tautología: «Hecho jurídico es aquél que produce efectos jurídicos». Lo cual equivale a decir: «Hecho jurídico es el hecho... jurídico». Con este modo de proceder se explica que los progresos no sean cuantiosos. Pues bien, si no sabemos aún distinguir entre hecho y Derecho, ¿cómo vamos a resolver el problema de la posesión? La concepción civilista de lo jurídico se encuentra atrancada en sus primeros pasos por la imprecisión de los conceptos con que se desenvuelve. Lo peor es que muchas veces esos conceptos no hubieran ofrecido dificultad si se los enfocara como Dios manda. Y, otras muchas, si se hubiera tenido la valentía de prescindir de ellos.

IV. *La definición del hecho jurídico como presupuesto para una caracterización de la experiencia jurídica.*

Consideremos un ejemplo de lo que se ha dado en llamar hecho jurídico. El C. c. puede proporcionárnoslo en su artículo 370, que dice así: «Los cauces de los ríos que queden abandonados por variar naturalmente el curso de las aguas, pertenecen a los dueños de los terrenos ribereños en toda la longitud respectiva a cada uno. Si el cauce abandonado separaba heredades de distintos dueños, la nueva línea divisoria correrá equidistante de unas y otras». Pues bien; ante este supuesto, limitémonos a preguntar sencillamente: ¿Qué hubiera ocurrido si en el C. c. no estuviera consignado este precepto? La respuesta es muy simple. *No podríamos hablar ya de un hecho jurídico*. Y no porque ese acontecimiento apareciera exento de alguna forma de regula-

ción positiva, sino porque sólo podría llegar a tenerla mediante la intervención de algún acto humano.

En efecto, suprimido el artículo 370 del C. c., la hipótesis del lecho abandonado constituiría un caso más entre los comprendidos en el ámbito de la ocupación. El cauce del río sería, entonces, para nosotros, una *res nullius*, y le aplicaríamos el artículo 610 del mismo cuerpo legal. Ahora bien, la ocupación requiere el concurso de un acto humano. Hablaríamos, pues, en ese caso, de un acto, no de un hecho jurídico.

Consideremos ahora un supuesto ligeramente distinto, no previsto intencionadamente por nuestro C. c. Y sea, por ejemplo, el caso de un *aerolito* o piedra meteórica que cae en la tierra procedente de los espacios sidéreos. A primera vista, pudiera creerse que también aquí estábamos tratando con una *res nullius* y que el problema de su pertenencia se resolvería del mismo modo, aplicando las disposiciones relativas a la ocupación. Pero las cosas no son tan sencillas. Evidentemente, el aerolito puede caer en terreno de propiedad privada. Y en esa circunstancia, sería jurídicamente imposible la ocupación sin el previo consentimiento del propietario. Ahora bien, ese consentimiento ¿no equivaldría a una donación? Si, por el contrario, el aerolito cae en un terreno de dominio público, la solución ha de ser radicalmente distinta. Ahora no hay ya una prohibición que impida penetrar en el fundo ajeno y ocupar la cosa sin dueño. No sería, pues, desatinado acudir a las normas reguladoras de la ocupación.

Cabe imaginar todavía otros supuestos más complicados. ¿Qué ocurriría, v. gr., si el meteorito *atterrizase* justamente en el sendero por donde una servidumbre de paso viene ejercitándose? Como se ve, el vacío legal daría lugar a una serie de problemas, irresolubles sin el concurso de una teoría jurídica. Si el raro evento de la caída de un aerolito se produjese, ¿qué solución vendría adoptar? La posición abstencionista de tener el hecho por una cuestión bizantina y encogerse de hombros, podría prevalecer y estaría, tal vez, justificada *hasta el momento en que la propiedad del aerolito llegase a ser discutida procesalmente*. A partir de entonces, toda inhibición resultaría locura. El Derecho, es verdad, puede prescindir de regular utopías, pero no puede volverse de espaldas a la realidad. El Juez a quien se planteara el caso, obligado a fallar por fuerza del artículo 6.º, y sobre todo por la índole de su ministerio se vería enfrentado con el mismo problema que acabamos de enjuiciar nosotros, con la diferencia de que para él sería preceptivo tomar una decisión. Pues bien, ¿qué haría entonces? La respuesta no se deja esperar. *Debería representarse mentalmente los diversos supuestos que son posibles e inducir luego una regla conveniente a todos*. Sin más aclaraciones, se comprende ya que nos encontramos bajo la acción del *principio de representabilidad*. Pero no añadiremos nada sobre

él mientras no concluyamos en alguna cuestión que hemos dejado pendiente.

¿Qué cualidad intrínseca o qué condición extrínseca es capaz de transformar el hecho natural de que un río cambie de cauce en un hecho jurídico? Una consideración superficial respondería que el artículo 370 del C. c., ni más ni menos. O en otras palabras, la juridicidad de un hecho sería un simple corolario de su regulación normativa. Sin embargo, una afirmación semejante no soporta el embate de una impugnación crítica. Porque, como ya hemos tenido ocasión de ver, *la ausencia de normas reguladoras no impide que un hecho natural, aunque siempre mediante un acto interpuesto, reciba el tratamiento jurídico que le corresponde en virtud de su esencia*. Y no vale decir en descargo que ciertos hechos se encuentran implícitamente regulados, aunque no lo estén explícitamente; y que la regulación implícita es una forma como otra cualquiera de normatividad. Aun aceptada la tesis de la plenitud del orden jurídico, tan brillantemente sustentada hoy por Cossío (8), la objeción propuesta carecería del más mínimo valor. La razón es obvia. Porque la causa de que determinados hechos, pasados por alto, aparezcan de un modo automático, regulados implícitamente, mientras otros requieran una especial intervención del legislador, tiene que ser una característica peculiar que les sea inherente; es decir, una cualidad intrínseca o esencial.

Llegamos, en esto, al punto vital del problema: ¿Cuál es la cualidad esencial a que va unida la juridicidad de un hecho? Es fácil señalarla. Si toda disciplina jurídica se haría innecesaria donde se anulase radicalmente la litigiosidad potencial, es claro que hecho jurídico y acontecimiento litigioso se superponen. Pero a su vez, como cualquier acontecimiento litigioso exige la realidad previa de un acto humano, entonces hay que admitir también necesariamente que todo hecho natural es, de por sí, jurídicamente inocuo.

Ahora estamos ya en condiciones de configurar debidamente la experiencia jurídica. Para ello tenemos que volver la vista a una cuestión que antes hemos propuesto.

V. *La experiencia en el terreno de lo tangible.*

Decíamos anteriormente que los juristas suelen definir el hecho jurídico refiriéndose, con tautología manifiesta, a los efectos que deja en pos de sí. Sería muy natural, para aclarar las cosas, exigir una explicación complementaria de lo que constituye un efecto jurídico. Cualquier jurista seguramente se las vería muy apuradas para decir algo sensato sobre esta materia. Tal vez acu-

(8) Cfr. la obra de Cossío: *La plenitud del ordenamiento jurídico*, Buenos Aires, 1939.

diendo primero a una evasiva verbalista se limitara a decir que efecto y consecuencia jurídica eran la misma cosa. Claro que por mucho que nos complacieran sus conocimientos lingüísticos, es evidente que una definición así no conseguiría distraernos lo bastante para que olvidáramos nuestra preocupación fundamental. Por eso, le redargüiríamos instantáneamente preguntando qué descripción intuitiva podría darnos de una consecuencia o efecto jurídico. O en un planteamiento filosófico, ¿a qué ontología regional concreta había hecho alusión con el término lógico utilizado? Sólo dos respuestas serían posibles. Pero da la casualidad de que una de ellas conduce fatalmente a la otra. Vamos a verlo.

Supongamos que nuestro contendiente, siguiendo la doctrina común, afirmara que una consecuencia jurídica consiste y se identifica con el nacimiento, con la modificación o con la extinción de un derecho subjetivo o de una situación jurídica. Es decir, supongamos caracterizados los efectos jurídicos como las vicisitudes que puede experimentar una situación jurídica.

Dos objeciones aniquilantes podrían dirigirse contra esta tesis. La primera, que la definición séguia refugiada en el terreno de los conceptos, por lo cual sería necesario todavía hacer entrar en juego nuevas definiciones hasta dar con una última *referencia intuitiva*. Ahora bien, al mentar precisamente las nociones de derecho subjetivo o de situación jurídica, cerramos por completo el camino hacia la intuición y volvemos al punto de partida, ya que, por una parte, incidimos en el reino de las abstracciones, y por otra, venimos a parar a un nuevo concepto de hecho jurídico, sólo que más complejo y sutil que el enunciado al principio. Nuestro recorrido, en efecto, ha sido éste:

Hecho jurídico = hecho natural + *efectos jurídicos*.

Efecto jurídico = cualquier vicisitud de una *situación jurídica*.

Situación jurídica = posición ante el Derecho (¿?).

No importa ya la fórmula que se adopte. Tanto da que hablemos de posición como de ubicación o de lugar que se ocupa. De cualquier manera que sea, *no habremos llegado aún al suelo firme de la experiencia*, sino que continuamos con los pies en el aire de la evasión metafórica. Por lo demás, persiste el vocablo *jurídico* como un ritornelo por aclarar. ¿Qué hemos de entender aquí por *jurídico*? ¿Querrá decir *tipificado por una norma*? Entonces hubiera sido preferible empezar por ahí y denominar hecho jurídico al hecho tipificado. Pero, en ese caso, habríamos consagrado el dogma de la omnipotencia legislativa e indentificado norma y Derecho; habríamos aceptado el absurdo de que el arbitrio del legislador, no la realidad de las cosas, es el criterio decisivo de la juridicidad y, por si esto fuera poco, todavía nos habríamos echado encima la incómoda tarea de definir la norma jurídica sin realudir a este último vocablo, porque de aludirlo, reconoceríamos ya que es *fuera de la norma* donde hay que buscar la última realidad

del Derecho. Si, al contrario, identificamos lo jurídico con una forma peculiar de la conducta humana, la expresión *hecho jurídico* resulta un contrasentido notorio.

La segunda objeción es, si cabe, más decisiva. El nacimiento, la modificación o la extinción de un derecho subjetivo o de una situación jurídica no se producen jamás por un mero hecho, ni siquiera por un hecho tipificado en una norma abstracta (que no pasaría de una simple *recomendación* potestativamente atendible), sino que requieren la presencia de una *norma coactiva de acción irresistible* (9). Sólo la sentencia firme de un modo estable y los *equivalentes jurídicos*, títulos ejecutivos de un modo provisional pueden considerarse, pues, causas productoras de efectos jurídicos (10). Hemos llegado, así, a la única respuesta viable: la eficacia jurídica consiste, en último término, en el *despliegue de alguna medida de coacción*.

Reunidos ya todos los datos necesarios, estamos en condiciones de configurar adecuadamente la experiencia jurídica. Insistimos, para ello, en una distinción capital que escinde lo jurídico en dos porciones opuestas y complementarias: una, la del Derecho-Norma; otra, la del Derecho-Actividad (11). Vamos a ver, en una y en otra, cómo se manifiesta el *fenómeno jurídico*.

En el derecho material (Derecho-Norma) el fenómeno jurídico se presenta como un modelo de actuación compatibilizadora (12), como un proyecto racional para transformar un *litigio potencial* en *relación pacífica*. La mira total del Derecho es la paz, a cuya consecución hay que entender dirigida cada una de las normas que componen el ordenamiento positivo. El Derecho-Norma espera la compatibilización por la cooperación voluntaria de las partes. Impone deberes y cuenta con la observancia de la mayoría. De ahí que pertenezca a la órbita de las *esencias*. Ahora bien, en una totalidad cada parte es función del resto. Por tanto, cada aspecto, parcial del ordenamiento jurídico-normativo ha de ser considerado como una emanación del conjunto. Cada fenómeno jurídico tiene una fisonomía propia que brota y depende de la estructuración lógica integral del Derecho. *El legislador puede equivocarse*, pero su error *no debe dañar la justicia ni deformar la realidad jurídica*. La verdadera configuración de los fenómenos jurídicos debe efectuarla el jurista mediante una aplicación cientí-

(9) Mientras la coacción no amenace, el *Derecho positivo* no ha intervenido aún. El hipotético deber sentado en la norma abstracta, tiene un valor yusnaturalístico puro, si bien reforzado por la *coacción psicológica* dimanante de una posible sentencia condenatoria venidera. Cfr. mi *Pretensión, acción y tutela formal provisoria*, separata de «Foro Gallego», 7-8.

(10) Sobre el concepto de equivalente jurídico vid., además del último trabajo citado, *Proceso y Forma*, págs. 59 y ss. *Contenido esencial*, cit.

(11) Vid. mi trabajo *El concepto de Derecho procesal y su emplazamiento en el sistema jurídico*, separata de «Foro Gallego», 2-3.

(12) Cfr. *La teoría del objeto del proceso*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, abril-junio de 1949, págs. 621 y ss.

fica del *principio de representabilidad*. Es decir, mediante una *representación exhaustiva del campo de posibilidades que entorna un fenómeno jurídico*, tipificado en abstracto por el ordenamiento en su totalidad, y la *comprobación consecutiva de la inadmisibilidad de los diversos supuestos menos uno o de su integrabilidad total (o parcial, con exclusión correlativa) en uno de los mismos*.

En el Derecho procesal (Derecho-Actividad), por el contrario, el fenómeno jurídico se capta y se materializa exclusivamente por su cortejo de efectos empíricos. La transformación de la realidad, que en el derecho material es puramente deontológica, es visible aquí a través de manifestaciones coactivas.

He ahí, pues, de qué modo se conjugan en el Derecho *esencia y existencia, lógica y vida, deber y realidad*. El método, naturalmente, ha de plegarse a las exigencias de la lógica y del principio de representabilidad, por el lado de las *esencias*, y al de *corroboración empírica*, por el lado de los *efectos coactivos*. Vamos a interrogar de este modo a la realidad jurídica en el problema concreto de la posesión para ver cuál es su respuesta.

VI. *El principio de representabilidad y la estructura lógica del ordenamiento jurídico.*

Supongamos, por un momento, que no existen en nuestro derecho positivo los preceptos del C. c. relativos a la posesión. El título V del libro II, con sus 37 artículos, hemos de imaginar que jamás ha existido para nosotros. En estas condiciones, ¿tendría sentido hablar en nuestro derecho de posesión? ¿Qué alcance tendría éste? ¿Qué naturaleza cabría atribuirle? La solución a estos problemas nos permitirá ver *lo que significa realmente* la posesión en el seno del ordenamiento positivo, cosa que tal vez el espejismo de las prescripciones concretas haga muy difícil de precisar.

Tomamos contacto, primero, con el C. p., y leemos allí las disposiciones siguientes:

Art. 337. El que con violencia o intimidación se apodera de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella, será castigado con la pena de multa equivalente al valor de la cosa, sin que pueda bajar de 1.000 ptas.

Art. 517. Al que con violencia o intimidación en las personas ocupare una cosa inmueble o usurpare un derecho real de ajena pertenencia, se impondrá, además de las penas en que incurriere por las violencias que causare, una multa de 50 al 100 por 100 de la utilidad que haya reportado, sin que pueda bajar de 1.000 pesetas. Si la utilidad no fuera estimable, se impondrá la multa de 1.000 a 2.500 pesetas.

Art. 518. El que alterare términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales destinadas a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de propiedad particular como de dominio público, o distrajerse el

curso de aguas públicas o privadas, será castigado con una multa del 50 al 100 de la utilidad reportada o debido reportar con ello siempre que dicha utilidad exceda de 250 pesetas, sin que la mencionada multa pueda bajar de 1.000 pesetas.

Art. 496. El que sin estar legítimamente autorizado impidiera a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 1.000 a 10.000 pesetas.

Todos estos artículos del C. p. suponen, en definitiva, la prohibición de ciertas medidas de violencia. Ya no será posible arrebatar al poseedor la cosa que detenta o perturbarle en su tenencia pacífica sin incurrir en alguna forma de sanción punitiva. El precepto del artículo 441 del C. c., de carácter más general y aparentemente más comprensivo, resulta así ejecutoriado y puesto en práctica en supuestos concretos. En efecto; el artículo 441 se limita, en síntesis, a condenar el apoderamiento de la posesión por la fuerza. Esto mismo es lo que si no a través de una fórmula global compendiosa, sí, al menos, casuísticamente el C. p. efectúa. En rigor existen dos maneras de tomarse la justicia por propia mano. Una consiste en satisfacer con violencia el crédito que el deudor se obstina en no hacer efectivo. La otra, en despojar al poseedor de una cosa nuestra que detenta. Al primer supuesto responde al artículo 337 del C. p. Al segundo supuesto se refieren los artículos 517 y 518 de un modo específico. Y aunque sólo tienen en cuenta el caso de bienes inmuebles, subviene al de muebles el artículo 496 al proscribir cualquier tentativa de coacción, único medio que hará posible el despojo. En resumen; como el Código penal sanciona los actos de violencia, la posesión resulta *un estado de legitimidad provisional* que sólo mediante el proceso puede ser atacado con éxito.

Esta perspectiva inicial permite descubrir un aspecto de la posesión puramente negativo, que llevaría a concebirla como un *efecto de inercia*, como un reflejo o una consecuencia del principio, *primero orden, después justicia*, que impera en el Derecho. Pero la posesión tiene aún otras facetas, accesibles desde nuevos puntos de vista. Vamos a intentar revelarlas.

Volvemos para eso al C. p. y detenemos un momento nuestra atención en el artículo 453, que define la calumnia como «la falsa imputación de un delito de los que dan lugar a procedimiento de oficio». Relacionando esta definición con el artículo 80 del mismo Código y con el 1.º de la Ley de Enjuiciamiento criminal, que establece la garantía del debido proceso, deducimos una consecuencia importante: la imputación de un delito ha de ser considerada irrelevante y calumniosa hasta que medie la sentencia firme condenatoria. El artículo 456 del Código penal, al eximir de pena al acusado de calumnia que aporte la prueba del delito imputado, ha de entenderse como una aclaración redundante, ya que

demostrada la realidad del hecho no es posible hablar de calumnia, pues falta el requisito de la falsedad en la imputación. Ahora bien, la *prueba* de la calumnia es aquélla y sólo aquélla capaz de forzar la convicción del Tribunal; el delito no queda *probado*, sino desde el instante en que así lo reconozca la sentencia..

Estamos en esto ante la oportunidad para sacar conclusiones. Como es notorio, existen dos caminos o procedimientos por los cuales cabe obtener la posesión de una cosa. Un camino se orienta por los modos legítimos de adquisición. El otro, bifurcado, desciende por el terreno de la violencia hasta el delito, o da de lleno en lo delictivo atentando contra la propiedad bajo alguna de las hipótesis sancionadas por nuestro Código penal en el título XIII de su libro II; de todas suertes, acaba en una acción antijurídica prevista y penada.

Así las cosas, debemos comenzar a hacer suposiciones. Imaginemos que un propietario desposeído intenta la recuperación de la cosa. Como la posesión no es un instituto jurídico autónomo—no se olvide la convención previa de no existir en el Código civil ningún precepto sobre la posesión—no cabe adquirirla, sino ilegítimamente, o bien como adyacente de un derecho. Como en este último caso desaparece la cuestión posesoria para dar lugar al problema de fondo, el propietario puede únicamente legitimar su actuación frente al poseedor alegando la antijuridicidad de su título. Ahora bien, *proceder así equivale a imputarle alguno de los hechos delictuosos que conducen indebidamente a la posesión. Y esto es calumnia mientras no se pruebe la realidad de la imputación.*

Por tanto, la presunción de inocencia que rodea y protege a toda persona antes de su condena procesal, legitima provisionalmente las situaciones posesorias y grava al que las impugna con la carga de probar su ilegitimidad.

Hasta ahora hemos estado enjuiciando la posesión como algo objetivo y despersonalizado. Conviene, para agotar las perspectivas imaginables, acomodarse también al punto de vista subjetivo.

Procediendo así, vamos a ver cómo se ofrece al poseedor su propia situación jurídica.

A este fin, podemos tener en cuenta dos hipótesis: la del poseedor no propietario y la del poseedor propietario. El poseedor no propietario encuentra perfectamente determinada su situación jurídica en virtud de la concurrencia de un doble género de disposiciones: las que prohíben la autotutela y las que regulan la prescripción. Por obra de las primeras, puede conducirse interinamente como propietario; por las segundas, llegar a serlo con sólo mantenerse en la posesión durante el plazo exigido. Para él, por consiguiente, la posesión, fuera del proceso, es una *expectativa de dominio*; dentro del proceso, una *dispensa de prueba* que engendra también una *expectativa de resolución favorable*.

La posesión para el propietario parece que debiera tener un

significado distinto. En rigor, no debiera ser más que una consecuencia del derecho de propiedad. Pero esto, que sería cierto en un derecho ideal donde propiedad y posesión no pudieran ir separadas, no es lo que ocurre en este Derecho *real* con que contamos nosotros. En efecto; la terrible verdad que experimenta cualquiera que se crea propietario es sencillamente ésta: el derecho de propiedad jurídicamente puro sólo se encuentra en ciertos tratados de Derecho civil; en la realidad no se le ve por ninguna parte. Usted, por ejemplo, se afirma dueño del fundo cornelianiano; pero si yo le requiero a que justifique cumplidamente su aseveración, usted, en el mejor de los casos, se me presentará provisto de una serie de títulos. Ahora que, naturalmente, para que usted haya llegado a ser propietario, es condición inexcusable que su causahabiente lo haya sido a su vez y también el causahabiente de su causahabiente, y así el resto de los transmitentes hasta el primero. Es posible que usted tenga algunos títulos; pero para justificar a satisfacción su derecho de propiedad, debería exhibirlos todos. Y eso no lo podrá hacer usted. Ya estoy oyendo su réplica, y me adelanto a ella; porque es precisamente lo que estaba esperando. Usted me dirá que le basta presentar los títulos de transmisión hasta agotar el término prescriptivo. A partir de ese instante no necesita justificar nada más: la prescripción se lo da todo hecho. Esa es la verdad escueta. Pero encierra una amarga lección para su optimismo. Porque me figuro que se dará usted cuenta de que invocar la prescripción como base fundamental del dominio, es remitirse a la usucapción; es decir, a la fuerza convalidatoria de la posesión ininterrumpida. Entonces, resulta incuestionable que la posesión para el propietario es, en resumidas cuentas, *un título*. Más aun: es el argumento supremo de su derecho de propiedad.

Pongámonos ahora en un punto de vista menos unilateral y más decisivo. ¿Cómo ve la posesión el Juez? No es difícil percatarse de que también para él opera como un título. Sea que legitime la acción interdictal, sea que exonere de la prueba, sea que motive la absolución del demandado, en todo caso equivale a un título. Un título que, como todos los demás, puede ser desvirtuado por otro preferente; pero, al fin y al cabo, *un título*.

Bien; hemos desplegado ante nuestra consideración la serie de aspectos parciales, que se descubren al enfocar la posesión desde otros tantos puntos de vista. No conviene, sin embargo, llamarse a engaño. Los aspectos parciales son siempre un efecto de perspectiva. Y es preciso interpretarlos en coordinación sistemática para no incurrir en una protagonización errónea en favor de cualquiera de ellos. Vamos, pues, a efectuar una interpretación así de todos los argumentos aducidos.

Pensemos, para ello, en la significación que pueda tener el hecho de que la institución posesoria permanezca indemne aunque se suprima de raíz su regulación positiva específica. Lo primero que habrá que deducir de ahí es que la posesión no es una mera

creación legislativa, sino una imposición de la realidad jurídica. Subsistiría a pesar y por encima del legislador, como presupuesto indeclinable para la instauración de todo ordenamiento positivo. En rigor, la primera condición para organizar un régimen jurídico es la prohibición de la autotutela y el mantenimiento del *statu quo*. Lo cual implica ya la consagración definitiva de la posesión. Esta, pues, es una institución jurídica *primaria*, anterior, como tal, a cualquier otra que requiera una ordenación positiva.

En segundo lugar, se advierte la íntima trabazón que existe en el seno del ordenamiento jurídico, la estructura logística y la coherencia interna del sistema de normas. El legislador no es en modo alguno omnipotente. Su actuación está poderosamente limitada por una realidad indestructible que no es posible deformar con mandatos. La ley debe, por eso, ser más un producto de la investigación científica que un imperativo. Con más razón aun los conceptos y las teorías jurídicas deben nutrirse en los fenómenos indelebles, no en porciones inseguras y cambiantes de la legislación positiva.

Todos estos antecedentes nos suministran el material indispensable para resolver los dos grandes problemas que encierra la posesión: el de su naturaleza jurídica y el del fundamento de la protección posesoria. Antes, con todo, de exponer nuestra propia teoría, conviene, para justificarla mejor, hacer una exposición crítica de las concepciones prevalentes en la doctrina.

VII. *Sumaria recapitulación de las teorías posesorias.*

En una de las monografías capitales de la Ciencia jurídica alemana, clasificaba Ihering las teorías posesorias en dos grandes grupos: *absolutas* y *relativas*. Estas se distinguían por buscar un fundamento extrínseco a la posesión, mientras que aquéllas trataban de justificarla en sí misma. No sólo la clasificación de Ihering, que descansa en una base sólida, sino, incluso, su propio esquema de doctrinas, que ningún progreso substancial ha experimentado desde entonces, pueden ser aceptados sin retoque. Seguiremos, pues, a la letra, la exposición del gran jurisconsulto (13).

I. *Teorías relativas*

La protección de la posesión no tiene su fundamento en la posesión misma, sino:

1) En la interdicción de la *violencia*.

a) Savigny acentúa principalmente el motivo *jurídico privado* que asiste al *poseedor*. (La perturbación posesoria es un delito contra el poseedor.)

(13) *Teoría de la posesión. El fundamento de la protección posesoria* (Pocada). 2.ª edic., 1912, págs. 4 y ss.

b) Rudorff, por el contrario, se fija en el motivo *jurídico público* que asiste a la *comunidad*. (La perturbación de la posesión es un atentado contra el *orden jurídico*.)

2) En el gran principio de derecho, según el cual «nadie puede vender jurídicamente a otro, si no tiene motivos preponderantes en que fundar su prerrogativa» (Thibaut.)

3) En la *prerrogativa de la probidad*, en virtud de la cual se debe suponer, hasta prueba en contrario, que el poseedor que *puede* tener un derecho a la posesión tiene en realidad ese derecho (Röder).

4) En la *propiedad*. La posesión es protegida:

a) Como propiedad *probable* (o posible); tal es la opinión antigua.

b) Como propiedad que *empieza* (Gans).

c) Como complemento necesario de la protección de la propiedad (Ihering).

2. Teorías absolutas.

La posesión es protegida por sí misma en atención a que:

1) Es la *voluntad* en su encarnación real (Gans, Puchta y Bruns).

2) «Sirve como la propiedad al destino universal del patrimonio, a la satisfacción de las necesidades de la humanidad por medio de las cosas y—por el poder libre que sobre ellas se ejerce—su fin es conservar el estado de hecho de las cosas» (Stahl).

VIII. La explicación de una coincidencia y el problema metodológico.

A la vista de las teorías expuestas, un lector medianamente atento habrá logrado advertir el estrecho paralelismo que existe entre ellas y los resultados que hemos obtenido nosotros desde las distintas perspectivas que reclama el principio de representabilidad. *Únicamente las teorías absolutas están al margen de nuestras previsiones hipotéticas*. Pero es fácil comprender por qué. Las teorías absolutas son de carácter apriorístico. No se relacionan con el ordenamiento jurídico positivo, sino con el concepto puro de Derecho. Por tanto, no pueden ser examinadas y criticadas a la luz del principio de representabilidad. Su valoración ha de efectuarse en el estricto campo de la Lógica, enjuiciando si la definición de Derecho las implica o no como consecuencias inevitables. En el primer caso, serían inmunes a cualquier objeción. En el segundo, afirmaciones completamente gratuitas. A su tiempo, diremos alguna cosa sobre este argumento. Ahora importa más acometer otros problemas.

Según hemos adelantado oportunamente, para poner en juego el principio de representabilidad se hace necesario realizar por su orden estas dos operaciones: 1.ª la evocación exhaustiva del campo de posibilidades que entorna un fenómeno jurídico; 2.ª la ex-

clusión de todas las posibilidades excedentes, a excepción de una, o su integración total como aspectos parciales de una sola tesis. Realizada ya la primera de las operaciones, corresponde ahora tratar, a las posibilidades previstas, con arreglo a cualquiera de las dos alternativas comprendidas en la segunda. Pero antes es conveniente detenerse por un instante en ciertas cuestiones periféricas que pueden aclarar extraordinariamente donde radica la característica peculiar del método jurídico.

Todos los juristas estamos acostumbrados a ver en cada problema importante de nuestra especialidad una serie de soluciones teóricas de muy diversa índole, contrapuestas las más veces; pero, a pesar de todo, coexistentes en pie de igualdad y actualidad. En otras Ciencias, por el contrario, vienen sucediéndose las teorías, aunque no para coexistir, sino para reemplazar las unas a las otras. Una teoría posterior no es concebible si no anula o supera la precedente. La razón es bien clara, porque las teorías deben ir adaptándose progresivamente a la realidad. ¿Por qué, pues, en la Ciencia jurídica, no se han eliminado con el tiempo las teorías sobrantes? Desde luego, porque el *jurista no ha sabido poner en práctica el principio de exclusión*. Si formulaba hipótesis no era con el propósito de agotar un campo de posibilidades, sino con el de buscar nuevas explicaciones más satisfactorias. Por eso no le preocupaba el conjunto de las fórmulas resolutivas posibles que era capaz de prever, sino una sola *nueva*. Inconscientemente, es cierto, las distintas teorías iban formando el campo de posibilidades representables; pero faltaba la intención de utilizarlo con un propósito de construcción científica, *experimental*.

Es fácil comprender ahora por qué al poner en juego el principio de representabilidad se van reencontrando algunas teorías con las que ya estamos familiarizados. Cualquier hipótesis lógicamente correcta tiene que ser una de las posibilidades del campo, la cual ha de ser necesariamente reproducida al recorrer exhaustivamente las diferentes perspectivas del principio de representabilidad.

He ahí, pues, hasta que punto la acumulación de proposiciones teóricas puede significar un progreso científico serio y un alivio envidiable en la investigación jurídica. Frente a un conjunto de teorías no caben más que dos actitudes racionales: o *integrar o excluir*. La exclusión exige completar previamente el campo de posibilidades y aplicar después a cada una de las tesis que lo componen alguno de los criterios dialécticos (el *esquema logístico* o la *corroboración empírica*) o ambos juntamente, según los casos. La integración requiere la substitución de todas las hipótesis por una más abstracta que albergue a las demás como supuestos particulares inespecíficos. Tal es la tarea que debemos acometer ahora para resolver científicamente el problema de la posesión.

IX. *Crítica de las teorías posesorias.*

Cuando Ihering en su obra capital sobre la posesión, abordó la crítica de las teorías posesorias, hubo de colocarse en una posición sumamente inestable. Después de impugnar la teoría de Savigny, alegando que no se acomoda a ciertas realidades jurídicas (falta de protección de la «detentio alieno nomine» y de la posesión de cosas *extra-commercium*; falta de delito en todos los interdictos posesorios, etc.); la de Thibaut, que exigiría extender los interdictos a todo tipo de posesión; la de Röder, inconciliable con la prohibición de probar en el proceso interdictal la ilegitimidad de la posesión; la de la propiedad presunta, porque deja en pie el problema de aclarar aún el fundamento presuntivo; y la de Gans, ya que excluiría de protección al *malae fidei possessor*; sienta su propia tesis sobre la base de hacer ingresar la propiedad en el marco de las realidades jurídicas, e imagina que el ordenamiento jurídico positivo sólo trata de proteger al propietario, aunque ocasionalmente resulte protegido también quien no lo es. Prescindamos, como si no tuviera importancia alguna, de una anomalía escandalosa que pasa por alto la teoría de Ihering: Si los interdictos han sido concebidos en beneficio exclusivo del propietario ¿por qué la acción interdictal no se paraliza con la exhibición de un título de propiedad? ¿No es incongruente que el propietario protegido por los interdictos se vea reducido a la impotencia cuando el poseedor de mala fe vuelve contra él sus propias armas? Esta objeción, es, comparativamente, de poca monta. El argumento terminante que se opone a la viabilidad de la teoría de Ihering es muy otro. Toda la construcción del gran jurista alemán está basada en una suposición utópica, desprovista de raíces empíricas. Ihering se mueve siempre sobre un concepto «ideal» de propiedad, sin haberse percatado de su falta de contenido concreto. Ha confundido una mera representación hipotética, completamente subjetiva, con *la cosa en sí*. En efecto; para afirmar la existencia de un derecho de propiedad hay que colocarse en el punto de vista de un ser omnisciente. Para todos los demás seres, resulta imposible atribuir a nadie el carácter o la condición de propietario. La razón es patente. La propiedad es una «relación», incognoscible por sí misma, que depende de una serie de hechos impermanentes, que tampoco se dejan entrever por sí mismos. Por eso, el ordenamiento positivo no se refiere nunca a ese derecho abstracto de propiedad, ya que no podría hacerlo con eficacia. *Se refiere a títulos de diverso rango que legitiman una actuación en concepto de propietario*. Todos esos títulos son objeto de protección, porque sin ellos resultaría imposible el propio ordenamiento positivo. Ahora bien, no se trata de una protección dispensada a la propiedad en la cual se escude y beneficie el no propietario. Se trata de una protección imprescindi-

ble concedida a la posesión para que la vida jurídica tenga una primera base de orden (14).

Si, por un momento, paramos nuestra atención en la realidad social concreta, nos advertiremos fácilmente del sentido y fuerza de las alegaciones aducidas. Para cualquier ser no omnisciente, todas las personas que se conducen en la sociedad como titulares de derechos subjetivos los pueden detentar tanto justa como inicua-mente. Al exterior, no se trasluce ninguna diferencia. Para cualquier observador, la condición de usurpador es indiscernible de la de propietario.

Así las cosas, vamos a suponer que llamamos a capítulo a los diversos poseedores y les exigimos que justifiquen cumplidamente en virtud de qué fundamento jurídico actúan como tales. Todas las respuestas obtenidas, podrían reducirse a dos clases: Unas, que justificarán la posesión documentalmente; otras, *que la justificarán por sí misma*. Es cierto que casi todos los poseedores se atribuirán carácter de propietarios; pero también es verdad que su afirmación no tiene *valor jurídico* alguno. Ahora bien, ¿y si se escudan en un título? El título sí *tiene valor* jurídico; pero no tanto que alcance al límite de la propiedad. *Por más títulos que presente una persona no se podrá decir jamás que sea verdaderamente el propietario*. El título no se identifica con el derecho. Si hacemos una enumeración completa de los títulos con sus limitaciones, podremos demostrar fácilmente qué hondo es el abismo que separa un *título de un derecho*. En rigor, un derecho se adquiriría en una de estas tres formas: por producción, por ocupación o por transmisión. Cualquiera de ellas carece de evidencia por sí misma, y no puede, por tanto, actuar directamente como título. Ahora bien, si la propiedad sólo se identifica con el hecho generativo, y éste se extingue en el pretérito sin dejar huellas que lo perpetúen, ¿cómo podremos hablar de propiedad a no ser como hipótesis? En el tráfico jurídico los que cuentan en definitiva como *títulos de propiedad*, son, en suma, un conjunto de títulos contractuales, hereditarios o certificativos de producción (propiedad intelectual, patentes, marcas, etc.), posesorios (*ocupación*, como *primera* posesión excluyente y arrogativa; *prescripción*, como posesión excluyente ininterrumpida) y las *sentencias*. Pues bien, salta a la vista que ninguno de estos títulos justifica o supone la propiedad, por la sencilla razón de que todos ellos *valen con una serie de reservas*, mientras que la propiedad, como estado, como realidad, no las admite: existe o no. Todo título necesita pruebas complementarias de ejecución imposible. Así, por ejemplo, el título derivativo requiere la prueba *diabólica* de que todos los causahabientes hayan sido propietarios y la de que ni el titular actual ni otro alguno de sus antecesores hayan enajenado la cosa con anterioridad. La sentencia, que dota de acción frente a una o varias personas concretas, está

(14) Cfr. *Acción, pretensión...*, cit., pág. 12.

desprovista de la validez *erga omnes* que requeriría la propiedad y no es oponible contra terceros. Por otra parte, ¿cómo una sentencia va a indentificarse con la propiedad cuando después de ella cupo, también, una enajenación? En resumen, en este derecho imperfecto de nuestra experiencia humana ningún título entraña propiedad, y a ningún titular podemos atribuir carácter de propietario. Quién hoy ha reivindicado con éxito frente a X puede mañana ser declarado usurpador frente a Y. Si, pues, el derecho positivo no conoce ningún propietario, ¿cómo puede configurar los interdictos en beneficio del propietario? Si la teoría de Savigny choca con ciertas modalidades de la experiencia, la de Ihering tiene un defecto peor; ni siquiera está en la experiencia; es totalmente metaempírica.

Tampoco las teorías absolutas salen mejor libradas. En realidad, no explican *por dentro* el fenómeno de la posesión; más bien eluden el núcleo de la dificultad con una evasiva verbalista. Así, cuando se habla de que en la posesión se protege la *voluntad particular por sí misma*, porque en el reconocimiento de la inviolabilidad volitiva se basa todo el orden jurídico, no se hace más que desplazar el centro de la cuestión y perderse en contradicciones. Aunque prescindamos de la arbitrariedad que supone concebir el Derecho como «voluntad general», y admitamos este principio como dogmático, la protección de la libertad individual, cuando no se apoye en aquélla, es más difícil de justificar que la posesión. Y si se dice que *voluntad general* es que se protejan las situaciones posesorias, cabe preguntar, ¿y si no lo fuera? ¿Qué quedaría entonces del carácter absoluto de la posesión? Y si la posesión se impone a la *voluntad general*, ¿no se desmorona esta concepción del Derecho y con ella también la teoría voluntarista de la posesión? La cuestión álgida sigue en pie aquí, pero en otra forma. Si la voluntad injusta no merece la garantía jurisdiccional, ¿por qué otorgársela a la posesión aun cuando tenga carácter ilegítimo? Y si en la posesión se protege la voluntad, ¿por qué—como inquiría Ihering—no se protege en otras situaciones en que, como tal, ha sido suficientemente exteriorizada?

Una objeción similar podría dirigirse a la teoría de Stahl. Aunque se reconozca que con la posesión se defiende un interés económico peculiar, muy distinto de la propiedad e independiente de ella, queda por saber con qué fundamento se hace esta excepción. La teoría de Stahl, que deja esta importantísima cuestión pendiente, resulta, pues, imprecisiva.

X. *La solución científica al problema de la posesión.*

La inconsistencia de las teorías precedentes nos fuerza a realizar un nuevo escrutinio en los hechos. Para efectuarlo científicamente no debemos perder de vista los requerimientos del principio de representabilidad. Por eso, como primera medida, necesitamos

saber si es una teoría absoluta o una teoría relativa la que haya de dar resuelto el problema de la posesión. Decidiremos esta alternativa en cuanto sepamos a ciencia cierta si el ordenamiento jurídico podría o no prescindir de la protección posesoria. Bien ; pues procederemos a averiguarlo.

A primera vista, parece que la posesión no es una institución jurídica absolutamente imprescindible. Uno concibe sin esfuerzo un ordenamiento positivo del que se haya extirpado la pura relación posesoria. A este fin, bastaría con que el Estado se atribuyese o hiciera ingresar en el dominio público todos aquellos bienes sobre los cuales no se formulase ninguna reivindicación basada en un título. Con esto, naturalmente, ya no podría hablarse de mera posesión con valor jurídico, puesto que la protección jurisdiccional recaería sólo sobre los títulos. Pero, claro, a la hora de profundizar más en esta hipótesis van saliendo a la luz los efectos destructivos que acarrearía. En primer lugar, sería totalmente inaplicables a los bienes muebles. En segundo lugar, para llevarla a cabo se requeriría una mutación revolucionaria del ordenamiento actual, bien pasando automáticamente al dominio público o al patrimonio estatal todos los inmuebles hasta que los particulares interesados no exhibiesen títulos posesorios legítimos; bien abriendo los poderes públicos una información sobre la situación jurídica de cada finca. Todo esto, en verdad, sería dificultoso y grave; pero no irrealizable; pero no terrible. Lo verdaderamente desastroso sobrevendría después. Al desaparecer la posesión se desvanecería con ella una institución jurídica de aspecto paradójico y hasta, si se quiere, de aparente injusticia; pero, en cambio, de tan trascendental importancia que con ella volaría, hecho añicos, el ordenamiento positivo. Como es manifiesto, se hace referencia a la prescripción. Comenzamos ahora a vislumbrar la gravedad de la situación planteada, a pesar de que no hemos salido aún de la orilla. Si nos adentramos un poco, las cosas se complican todavía más. En rigor, las citadas leyes antiposesorias no acabarían por sí mismas con la posesión. De hecho, los poseedores sin título no quedarían, sin más, «raídos de la faz del planeta». Su posesión continuaría hasta el formal despojo. Y entonces, y entretanto, por virtud de las disposiciones penales mencionadas anteriormente, su situación, aunque ilegítima e inestable en el fondo, seguiría amparada por el ordenamiento jurídico. No por la vía directa del interdicto; pero sí por la indirecta de la sanción penal al acto agresivo. Por tanto, aun sería posible hablar del hecho de la posesión como *interés jurídicamente protegido*.

Llegamos así, al convencimiento de que para abolir definitivamente la institución posesoria sería preciso también terminar con la prohibición de la autotutela, con el delito de coacción—al menos en su forma actual—y con el de calumnia. Y en este punto, creo que cualquiera echa las manos a la cabeza y se rinde a la evidencia de que la posesión es una institución absoluta, tan esencial como

el propio ordenamiento jurídico. Hace falta, pues, explicarla desde una teoría también absoluta. Y he la aquí: *La posesión es un valor jurídico, uno de tantos equivalente de la propiedad, que se tutela, como los otros, precisamente por la imposibilidad de proteger de un modo directo la propiedad en sí misma.* En resumen, si se protege la posesión es porque *la propiedad no puede ser protegida.* Intentaremos una demostración *experimental*, dentro del tipo de *experimentos* que son posibles en la ciencia jurídica.

Un ilustre escritor americano (Watson Davis) y un gran matemático (Edward Kasner) han popularizado una denominación singular dada a un instrumento inexistente: el «matescopio». Han llamado así, ni más ni menos, a toda la ciencia matemática, que permite, como un instrumento de alta precisión, sondear los más hondos enigmas del Universo. Pues bien, si me perdonan la inmodestia, yo también he descubierto un aparatito similar, puramente imaginario, desde luego; pero que permite realizar delicadísimos y decisivos experimentos. Hasta ahora no había pensado nunca en la conveniencia de ponerle un nombre, mas ya que surge la eventualidad, voy a hacerlo. Le llamaré, si a ustedes no les parece mal, *detector jurídico*. Yo, a la verdad, he utilizado ya el *detector jurídico* varias veces (15); pero lo voy a describir y emplear una vez más por si alguno de ustedes no lo conoce o no está enteramente convencido de su importancia.

El detector jurídico es una especie de receptor y proyector cinematográfico, que constituye un verdadero alarde técnico. Puede registrar y proyectar en el acto, en su pantalla maravillosa, tanto *lo que hace ahora* una persona cualquiera que usted indique, como *todo lo que ha hecho* en su vida. Pues bien, con el auxilio de este aparatito no me costará nada demostrar que si la propiedad pudiera ser tutelada en sí misma, sobrarían muchas instituciones jurídicas que son *un mal menor*.

En efecto; supongamos que en todos los Juzgados tenemos un *detector jurídico*. El primer efecto que produciría allí sería el de hacer inútiles todos los instrumentos probatorios. En caso de litigio, el Juez lo decidiría comprobando en la pantalla cinematográfica si las afirmaciones del actor eran verdaderas, sin tener siquiera que oír al demandado. ¿Qué necesidad habría ya de documentos, de testimonios, de peritos, de presunciones? Los hechos, los verdaderos hechos, serían ya inmediatamente visibles. Del mismo modo, ¿qué necesidad tendríamos también de la prescripción, como límite de la prueba? ¿Qué necesidad, asimismo, de prohibir *a priori* la autotutela? El triunfo cierto e inexorable de la razón sería bastante para el mantenimiento del orden y se podría autorizar la realización de la justicia por propia mano sin temor a que la Sociedad degenerase en un caos. Nadie, o casi nadie, se lanzaría sin derecho a la acción directa, teniendo, como tendría, la certeza de

(15) Vid. op. últimamente cit., págs. 5 y ss.

una sanción penal. Así las cosas, ¿qué quedaría de la posesión? Un mero recuerdo histórico. *Sólo la propiedad estaría jurídicamente protegida*. La simple posesión sería inconcebible y en todas partes se la trataría como una usurpación: con extremo rigor punitivo.

Como habíamos anunciado, el *detector jurídico* trae una prueba irrefutable de nuestra afirmación anterior. Si la propiedad pudiera ser protegida por sí misma, no sería necesario rodear a la posesión de una barrera defensiva. Y quien dice la propiedad, dice todos los demás derechos subjetivos presuntos. Todos los que no estén en la experiencia jurídica. En el Derecho *experimental* e imperfecto, que utilizamos por el momento hasta que no se construya mi *detector jurídico*, los derechos subjetivos materiales no cuentan más allá de la hipótesis. Lo único que cuenta son los *títulos*. Los títulos son *valores* relativos que, con más o menos probabilidad, *representan* los hechos generativos de las obligaciones jurídicas «ideales». Son signos *sensibles*, unidades y categorías de la experiencia humana, dotados de la protección jurisdiccional. En ellos se resume, pues, el campo de la experiencia jurídica. En el Derecho positivo nada hay, por consiguiente, a su exterior. Cuando las leyes, refiriéndose a las buenas relaciones entre las partes, imponen el cumplimiento de una obligación *sin prueba*, se remiten al *fuero de la conciencia*, no al ordenamiento jurídico *compulsivo, real*. Sólo también por contraposición a esta verdad material última, puramente hipotética, hemos hablado nosotros de *equivalentes jurídicos* (16). Por lo demás, toda *legitimidad*, de cualquier clase que sea, ha de refugiarse inexorablemente en esos *títulos de valor*. La *posesión* es uno más entre todos.

(16) El concepto de equivalente jurídico ha sido empleado alguna vez con cierta incomprensión de su alcance. Por eso, quiero llamar la atención acerca de un punto concreto. Los equivalentes jurídicos son los medios de hacer ingresar el Derecho «ideal» en el marco de la experiencia jurídico-positiva. Requieren, pues, cierta *perceptibilidad empírica*, cierta *materialidad*. Requieren también una dosis de *eficacia coactiva*, una *garantía jurisdiccional inmediata*, aunque sea de carácter provisional.

