

2. «La función social de la posesión»

de Antonio Hernández Gil, (Alianza Editorial, Madrid, 1969, 219 páginas)

JORGE A. CARRANZA

I. El autor de la obra es un prestigioso si que bien conocido jurista español contemporáneo, don Antonio Hernández Gil, actual presidente de la Comisión General de Codificación de España, alto cargo en el que sucedió a don José Castán Tobeñas, recientemente fallecido.

Antes de ello, en su juventud, había sido destinatario del premio extraordinario por sus estudios de Doctorado en la Facultad de Derecho de Madrid, de la que regresó en 1941 y muy pronto accedió a la cátedra de Obligaciones y Derechos Reales—que se dictaban conjuntamente—en la Universidad madrileña, profesando también la materia de Derecho del Trabajo en la Escuela Social.

Más tarde obtuvo por concurso la cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Granada, pero luego retornó a Madrid para ganar en concurso de oposición una cátedra de Derecho Civil, en el área del Derecho de Familia y Sucesiones. También dicta las cátedras de Obligaciones y Derechos Reales.

Ello no le impidió ejercer activamente la profesión de abogado, al tiempo que desempeñaba funciones de publicista en la *Revista de Derecho Privado*, en el *Anuario de Derecho Civil* y en la *Revista de Derecho Español y Americano*.

Es autor de numerosas obras de grande valor. Entre ellas merecen recordarse *El concepto del Derecho Civil*, *Del Derecho Romano como Derecho Civil al Derecho Civil como Derecho Privado*, *El valor permanente del Derecho Civil*, *La propiedad en el Derecho y la realidad actuales*, *El futuro del Derecho Civil* y otras muchas versantes sobre Obligaciones, Familia, Sucesiones y Derechos Reales.

Además ha incursionado en el Derecho Comparado y, como informa José María Castán Vázquez (1), lo ha hecho también en el campo menos frecuentado de la metodología jurídica, produciendo en él una obra valiosa: *Metodología del Derecho*. Ha anotado jurisprudencia; producido dictámenes que han sido recogidos en recopilación, por su sustancia científica y su bella forma y lenguaje; es un ferviente europeísta, que ha marcado el rumbo de ese movimiento continental a través de su *Sentido de Europa*, etc.

El todo muestra, pues, en la vastedad de la obra producida, las líneas maestras de una múltiple inquietud por los problemas sociales, jurídicos, filosóficos y

(1) Véase «Don Antonio Hernández Gil, Presidente de la Comisión General de Codificación», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1969, págs. 550 y siguientes.

políticos que tornan a la figura del Profesor Hernández Gil en una de las más relevantes del pensamiento contemporáneo.

II. El libro que detiene nuestra atención —y en esto hacemos aplicación del saludable principio según el cual sólo debe comentarse lo que nos satisface o produce placer estético— constituye un agudo si que novedoso enfoque de un antiguo instituto jurídico, el de la posesión, que se presenta como un “ensayo de teorización sociológico-jurídica” y que trasluce los sólidos conocimientos que de la ciencia jurídica pura tiene el autor, a los que suma las vertientes traídas —con idoneidad y poco común penetración— de los ámbitos auxiliares de la Filosofía General, la Filosofía Jurídica y la Sociología, consiguiendo así integrar, lo que no es usual en nuestra materia, una obra plenaria y totalizadora de cuantos aspectos están implicados en el rico asunto elegido para el análisis.

El estudio del Profesor Hernández Gil contiene la siguiente distribución: Trata, primero, de una introducción al tema de la función social de la posesión (I). Expone, de seguido, las grandes concepciones posesorias tradicionales, consideradas desde el punto de vista de su significado social (II) y la evolución posterior de la doctrina (III). Inmediatamente plantea el problema: la función social como presupuesto, como reflejo de la realidad social y como modificación de ella (IV), y, muy luego, trae el tema al Derecho Positivo de su país (“Los significados de la posesión en el Código Civil español y hacia un nuevo significado”, V).

El trabajo intelectual renovador hace su ápice en los capítulos siguientes. Ellos tratan acerca de “la tensión justicia-seguridad jurídica en la posesión” (VI); “la densidad social primaria de la posesión” (VII); “la espontaneidad social de la posesión” (VIII); “la imperatividad social y la posesión en el proceso de socialización creador de una sociedad homogeneizada” (IX), para rematar con un estudio de “la estratificación social dependiente de la posesión de la tierra” (X) y cerrar la obra con “consideraciones finales” (cap. XI), no a la manera de resumen, sino como consecutivos epilógicos entendidos de un modo literario y libre (pág. 195).

Tal como se desprende de esta enumeración, el espectro es amplio, el material es denso, y él todo promete un exhaustivo y moderno enfoque de una institución que hunde sus raíces en los primeros tiempos del quehacer humano, mediante la eficaz aplicación de un método interdisciplinario que es, tal vez, la máxima conquista del estructuralismo aplicado a las Ciencias Sociales.

III. En el capítulo inicial el Profesor Hernández Gil propone un paralelo entre el derecho de propiedad, como expresión culminante del poder de las personas sobre las cosas, y la posesión, la que precisa puede presentarse en dos aspectos fundamentales: integrada con el derecho de propiedad y como una de sus maneras de manifestarse; o como la proyección de la persona sobre las cosas, determinante de consecuencias jurídicas dirigidas al mantenimiento de una situación dada, basada en el uso y disfrute del bien poseído, acepción esta última en la que la posesión adquiere su carácter autónomo.

Es claro que la posesión es un tema que tiene bien ganada fama de difícil. Y así recuerda el autor los epítetos que ha recogido: “criux et carnificina ingenorium”, “viejo y enigmático instituto, uno de los más abstrusos y controvertidos” (nota núm. 6, pág. 11), o, como dijera el maestro argentino Lafaille, “la

posesión es uno de los tópicos más arduos y complicados del Derecho Civil" (2), por sus dificultades intrínsecas, su semejanza con otras instituciones y las confusiones que el idioma vulgar o corriente ha volcado en los textos.

Mas si éstas son las aristas muchas veces inasibles de la posesión, adviértase cómo se complica aún más su panorámica si a ella se le agrega la problemática de su función social, bastante esclarecida en la temática de la propiedad privada, donde ya se discute menos el proceso de socialización, finalmente impuesto por el propio Derecho Objetivo—desde luego que no sin sorda y larga lucha—, como ha ocurrido en la Argentina con la reforma de la Ley 17.711, que ha introducido en el Código Civil el principio del ejercicio abusivo de los derechos, entre ellos el del derecho subjetivo de propiedad (art. 2.514), configurándolo como un hecho ilícito cuando se produzca la desviación del sentido institucional que ahora se le asigna (3).

Pero, como bien aclara el Profesor Hernández Gil, hay un aspecto positivo en el esfuerzo que se hace para desarrollar todo tema posesorio: la posesión es una realidad directamente aprehensible, que configura un fenómeno que se manifiesta ostensiblemente (pág. 12), por lo que las normas que la relevan tienen un sustrato real innegable, que clarifica, concretiza y aleja el tema de las especulaciones abstractas que campean en otras áreas de la Ciencia Jurídica. Tal vez porque la posesión, como enseña Carnelutti (4), es un fenómeno económico antes que jurídico. Y el hecho económico es aquel en virtud del cual alguien, cuando ha tomado algo que le sirve para una necesidad, quiere retenerlo para sí y el esfuerzo para tomarlo se prolonga en el esfuerzo para conservarlo.

En este punto se anota la primera incursión filosófica del autor, porque ve al derecho de propiedad—ontológicamente considerado—como un concepto, una esencia, mientras que, de otro lado, la posesión es concebida por Hernández Gil como una presencia perteneciente al reino del ser y del existir, en lo que hace una patente y acertada aplicación del principio fenomenológico que fundara Heidegger, al asignar al ser de lo humano su hacerse o su existir, aspecto sobre el que tanto y bien trabajara después Ortega y Gasset (5).

El libro que analizamos, que no es sino la difusión masiva y editorial del pensamiento que el autor explicara en su discurso de ingreso a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, en 1967, ha tenido ya sus epígonos y sus críticos, como que se han ocupado de él Urcisino Alvarez Suárez (6), Julián Izquierdo Ortega (7) y José María Castán Vazquez, autor de un meduloso

(2) *D. Reales*, t. I, pág. 34.

(3) Véase, sobre el particular, mi monografía *El abuso de los derechos en la reforma del Código civil*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970. En el mismo sentido, véase GUILLERMO A. BORDA: «La reforma del Código civil. La propiedad», en *El Derecho*, t. 31, pág. ..., quien cita en apoyo del nuevo espíritu funcionalista del dominio la declaración contenida en la encíclica «*Populorum Progressio*».

(4) *Cómo nace el Derecho*, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, pág. 20.

(5) Sobre los lineamientos del vitalismo y perspectivismo Ortegiano, véase RECASÉNS SICHES: *Estudios de Filosofía del Derecho*, Ed. Bosch, Barcelona, 1936, págs. 470 y sigs.

(6) Véase *Contestación al discurso de Hernández Gil*.

(7) «La posesión y la función social», en *Revista de Occidente*, noviembre de 1969, págs. 215 y sigs.

estudio crítico en la *Revista de Estudios Políticos de Madrid* (8), entre otros. Es que la obra llama la atención por la novedad y la enjundia de un tratamiento sociológico de la indócil materia posesoria.

IV. Prosiguiendo su examen detengámonos ahora en el segundo capítulo, donde se estudian las grandes concepciones doctrinarias que versan sobre la posesión, pero visualizadas desde el ángulo de su significación social. Allí aglutina sus conceptos acerca de las construcciones de Savigny e Ihering.

De Federico Carlos de Savigny y su *Tratado de la posesión*, obra de juventud del autor prusiano, subraya Hernández Gil, como aportación culminante, la de haber dotado a la posesión de autonomía respecto de la propiedad, en la que hasta entonces se la subsumía como ingrediente necesario por imperio de los estudios romanistas y la ulterior protección discernida por el Derecho Canónico, que la convertía en una mera etapa del arribo a la plena propiedad desde la apropiación de las cosas, concepto servil y dependiente de la posesión que todavía se recepta en el Código Napoleón de 1804, donde se la incluye sistemáticamente como un capítulo de la prescripción, es decir, de los medios de adquisición de la propiedad.

La virtud de Savigny—señala nuestro autor—es la de haber desvinculado la idea de que la posesión puede presentarse como emanación del derecho de propiedad (“*ius possidendi*”), de la idea de que ella existe, también, como un hecho con sentido propio: el “*ius possessionis*”, amparado por la protección interdicial. Aquí es donde el autor encuentra el mayor mérito de la teoría Savigniana: la tesis de la independencia de la posesión—dice (pág. 19)—es socialmente valiosa porque da a entender que el goce y utilización de los bienes adquiere significación jurídica fuera de la estructura de la propiedad, por lo que se la tutela sin considerar su legalidad, por razones sólo justificadas por la convivencia pacífica, lo que la muestra como una institución enraizada en la realidad social (9).

Pasa entonces Hernández Gil a referir el juicio crítico que le merece la obra de Ihering, sobre la posesión, siempre desde el ángulo de su función social. Aquí corresponde recordar, por nuestra parte, que los biógrafos del jurista alemán han marcado en él la iniciación de la segunda línea del positivismo jurídico: la sociológico-naturalista (10). Es decir, que su frecuentación de la sociología pudo hacer atisbar en él una configuración social de la posesión. Mas no es menos cierto que al lado de esa concepción del pensamiento jurídico de Ihering se ha anotado, también, que “su actitud política, en sentido estricto, se manifestó en favor de los postulados del liberalismo incipiente, de signo idealista, nacido al calor del ambiente familiar y del mundo universitario de Heidelberg y Berlín” (11).

Por eso no es de extrañar que Hernández Gil descubra ahora, al reexaminar la obra sobre la posesión del insigne autor germano, que ella representa un retroceso respecto de la teoría savigniana en orden a la concepción social

(8) Núm. 156, págs. 246 y sigs.

(9) Para una consideración más extensa del tema puede consultarse a MANUEL A. LAQUIS: *Savigny*, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, especialmente su estudio preliminar de págs. 7 y sigs.

(10) Véase E. WOLF: *Biografías de los grandes juristas: Rudolf von Ihering y Otto von Gierke*, Ed. «Revista de Derecho Privado», Madrid, pág. 10.

(11) Véase WOLF: *Op. cit.*, pág. 14.

de la posesión. Y ello, sencillamente, porque no encuentra otro justificativo y fundamento del instituto posesorio que el derecho subjetivo de propiedad o dominio, el que resulta amparado por el hecho de la protección de la posesión, a la que sirve para exteriorizar (12).

Es decir, que se torna, en Ihering, a un concepto dependiente, subordinado y servil de la posesión, carente de autonomía y desprovisto de toda dimensión social. Y así llega a decir que existe una subordinación objetiva de ambas instituciones (la propiedad y la posesión). Es un claro paso atrás, comparado con el pensamiento savigniano que estructura un sistema realista, concreto y autónomo, en materia de funcionalismo social de la posesión: ésta sólo sirve como medio de prueba de la propiedad, aun con prescindencia del "ánimus dómini", creación de Savigny que Ihering combate. Por ello nuestro autor concluye que, desde el punto de vista sociológico, es más útil la construcción savigniana que, "colocando la posesión al servicio de la persona y en misión de paz, se aproxima más al mundo de las realidades sociales que Ihering, quien hace predominar el concepto de propiedad, para una más cómoda y segura defensa del dominio" (pág. 33).

Es necesario precisar aquí que los autores más modernos —como recuerda Julio Dassen (13)— parecen dar también la razón a Savigny antes que a Ihering en la vieja disputa acerca de si la posesión es un hecho (Savigny) o un derecho (Ihering). Y así Hedemann (pág. 71) la concibe como "una posición jurídicamente protegida, que no alcanza a caracterizar un verdadero derecho subjetivo"; Gentile (pág. 42 y sigs.) la define como "un interés legítimo que goza de protección jurídica por excepción"; mientras que Martin Wolf (*Derecho de cosas*, vol. I, pág. 6) la menciona como "un derecho provisional".

V. El Profesor Hernández Gil se empeña, de seguido, en la demostración de la evolución posterior de la doctrina posesoria, tomando en cuenta predominantemente el problema de su fundamento y su función.

En especial se persigue por el autor la oposición de dos claras tendencias que dividen habitualmente el pensamiento jurídico: de una parte, la directriz técnico-jurídica, y de otra, la explicación sociológica o económica-social. Este es el cautivante contenido del capítulo III, bajo el acápite de "Evolución posterior de la doctrina".

Adscribe la primera, es decir, la explicación técnico-jurídica pura, a un cerrado dogmatismo conceptual que hace radicar la esencia de la posesión en su condición de presupuesto para el ejercicio de los derechos reales, con lo que la protección jurídica toma por base la exterioridad. Es la posesión-derecho de la "vexata questio", que la opone a la posesión-hecho, acuñada por la explicación sociológica.

(12) Que es la idea con la que VÉLEZ SANSFIELD legisla la posesión en el Código civil argentino, siguiendo las enseñanzas de MAKELDEY, para quien «las cosas y la posesión son elementos de los derechos reales» (véase nota al libro III). De allí que quienes siguen a Ihering puedan afirmar —como lo hace HORACIO VALDÉS: «Efectos de la posesión», en *Bol. del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba*, año XIV, núms. 3-4, pág. 289— que «es poseedor el que de hecho ejerce los poderes comprendidos en la propiedad». Para una renovadora concepción de la posesión como hecho y derecho autónomo, consultar la obra de PEDRO E. MOLINARI ROMERO: *Ideas para una revisión de la teoría posesoria*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1968.

(13) *Acciones posesorias*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 44.

En aquélla inscribe los nombres de Scaevola, Ahrens, Clemente de Diego, Castán, Messineo y las soluciones legislativas del Código Civil italiano (14) ("la posesión es el poder sobre la cosa que se manifiesta en una actividad correspondiente al ejercicio de la propiedad u otro derecho real") y del Código Civil de Portugal, de 1966 (15).

Por su parte, en la segunda, es decir, en la concepción de sociologismo, a la que Hernández Gil mira como una apertura de las normas a los aires de la realidad social, que parece ser una de las actitudes mentales a que se muestran más proclives los pensadores contemporáneos (pese a que ese avance no ha frecuentado el tema de la posesión), hace eje en el principio de que la posesión, antes que un derecho, es un hecho.

En esta tesitura inscribe los nombres de Perozzi, Saleilles, Dussi, Krückmann, Finzi, Fedele y Puig Brutau e Iglesias, en España. Todos marcan las pautas relevantes de la posesión en que ésta "no es una relación de derecho, sino una relación ético-social fundada en la costumbre ancestral, emergente de las fuerzas sociales" (16); en que es "una efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas" (17); o en que "es un vínculo de explotación económica" (18). Aquí corresponde insertar la información de Saleilles: el BGB, al prescindir de la alusión al "ánimus dómni", puede alinearse también en la dirección económica-social o del sociologismo jurídico (19).

Para Dussi la posesión es socialmente valiosa "porque es condición del desarrollo jurídico-económico de la actividad individual y colectiva" (20), y es un fenómeno social para Fedele. Igual puede decirse de Endemann, Colin y Capitant y los Mazzeaud. En Puig Brutau (21), por su parte, mientras los derechos son sólo mentalmente perceptibles, la posesión tiene la dimensión del acontecer económico-social y es objeto de la realidad jurídica.

En este mismo cauce, es decir, en lo que puede llamarse la doctrina *objetiva*, que protege a la posesión con abstracción del "ánimus dómni", pueden ubicarse al Código alemán (§ 854), el suizo (art. 919), el del Brasil (art. 485) y el del Perú (art. 824), que siguen los lineamientos del Código de Prusia (I, 7, §§ 6 y 7) y la doctrina de Ihering, que otorgó protección posesoria a quien detentara la posesión, con absoluta prescindencia de su subjetiva apetencia de propiedad, como en el caso de los meros tenedores (22).

VI. Desde luego que la obra del Profesor Hernández Gil que analizamos se inordina, con comodidad y ampliamente, dentro de esta segunda tendencia: la sociológico-jurídica u objetiva.

Para demostrarlo no hay más que atender al desarrollo del capítulo IV, donde

(14) Art. 1.140.

(15) Art. 1.251: «Posesión es el poder que se manifiesta cuando alguien actúa en la forma correspondiente al ejercicio del derecho de propiedad o de otro derecho real.»

(16) PEROZZI, cit. en pág. 49.

(17) SALEILLES, cit. en pág. 55.

(18) SALEILLES, cit. en pág. 56.

(19) SALEILLES, cit. en pág. 58.

(20) Cit. en pág. 59.

(21) Cit. en pág. 60.

(22) Conf. HORACIO VALDÉS: «Efectos de la posesión», en *Boletín del Instituto de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)*, año XIV, núms. 3-4, págs. 290-1.

realiza el estudio de la "función social", expresión que prefiere a la de "hecho social", "socialización" o simplemente "social". La elección de aquella denominación se justifica—dice el autor (pág. 70)—porque la expresión "función social" es la que mejor se acopla al mecanismo de las instituciones jurídicas y carece—lo que no nos parece del todo exacto—de connotaciones ideológicas (página 71).

Ahora bien; sostiene Hernández Gil que la función social aparece como *presupuesto* y como *fin* de la ordenación jurídica. Lo primero—como *presupuesto*—porque lo social es un dato representado por relaciones de interacción y lo jurídico implica, siempre, una pluralidad humana, con un mínimo de recíproca bilateralidad, para usar la expresión de Max Weber (23). Desde este punto de vista, el factor social es la infraestructura constante de toda ordenación jurídica y la función social es un presupuesto inevitable de la realidad jurídica. Aquí inserta el autor su concepto de que, si el saberse "uno" caracteriza la racionalidad, el saberse "con" y "en" los otros es la nota indispensable y mínima del ser social, como lo ha caracterizado uniformemente la filosofía contemporánea: Heidegger (mundanidad), Max Scheler (apertura al mundo), Ortega (altruismo básico), Sartre (situaciones), etc. (24), donde Hernández Gil demuestra un amplio conocimiento del movimiento metafísico actual y una singular capacidad de síntesis.

Veamos ahora en qué consiste la segunda misión de la función social. Ella es también el *fin* de las instituciones jurídicas, es decir, no ya su *porqué* (como en el caso de la función social-presupuesto), sino su *para qué*. Allá era algo intrajurídico, objeto del estudio de la ontología y la sociología. Aquí, como fin, incluye y exige una actitud axiológica. Y aún puede vérsese, en este último aspecto (como fin), dos sentidos mínimos: *a*) Uno, primero, consiste en que la función social determine que la ordenación jurídica sea exponente de la realidad social (para lo cual es indispensable una organización política democrática que interprete y capte lo que tiene su origen en el pueblo, y lo enderece normativamente a la consecución del valor justicia). Y *b*), en un segundo sentido, la función social tiende a modificar determinadas estructuras sociales. Es—dice—el idealismo del cambio (pág. 75), el nuevo modo de configurar las realidades.

En esta segunda modalidad la función social, concebida como fin del Derecho objetivo y de los derechos subjetivos, exige en las esferas filosófica, científica y metodológica, una superación del estrecho normativismo, a través—**fundamentalmente**—del sociologismo jurídico, que considera como dato relevante el condicionamiento socio-económico de las normas y procura aplicarlo y estudiarlo *desde* el Derecho y no como mera ciencia auxiliar de él.

Aquí vale la pena transcribir textualmente al autor, porque ciñe el tema a su última síntesis:

"El sociologismo jurídico que propugno dista, por igual, de ver en el derecho el trasunto de un irreflexivo acontecer y del decisionismo. Por su sentido de lo jurídico como plegado a lo social, pero admitiendo también la existencia de contenidos éticos normativizados, evita y modera el impacto político directo. *Precisamente esto es lo que permite dotar a la función social de un sentido rectificador de determinadas estructuras.*" "... *En última esencia, la función social*

(23) Cit. en nota 143, pág. 72.

(24) Véase nota 145, en pág. 73.

de los derechos es un grado de conformación y atribución de éstos que conduzca a la máxima paridad socio-económica" (pág. 80). (El subrayado es nuestro.)

VII. Pero no todo es especulación filosófica en nuestro autor. El entra de lleno, en el capítulo V, al estudio de la posesión en su normación legislativa dentro del Derecho positivo español. Es claro que aquí no podemos seguirlo en todos los detalles, ya que nos acucia, más bien, el deseo de mostrar su síntesis final. Y así trataremos de hacerlo.

El examen del plexo legal de la posesión permite al Profesor Hernández Gil recordar que la posesión se muestra tanto como requisito de la adquisición o del ejercicio de un derecho (pág. 82), cuanto como una entidad autónoma: la posesión en sí (pág. 83), que es la que verdaderamente interesa en un doble aspecto de su autonomía: a), autonomía respecto de otro derecho, y b), autonomía respecto de las causas de su origen, naturaleza o clase, es decir, la posesión "ad interdicta" (pág. 89).

Ahora bien; la posesión es una vieja institución jurídica que no ha variado de estructura normativa, a diferencia de lo que ocurre con otras sistematizaciones legales, como la patria potestad, que de poder dominante del "pater" ha pasado—función social mediante—a aglutinar un conjunto de deberes tuitivos. El autor inquiriere, por ello, qué es lo nuevo en materia de posesión, qué es lo que se puede detectar y receptor para una transformación de la posesión-jurídica, después de comprobar que la base real ha evolucionado desde una sociedad agraria y artesanal hacia una sociedad industrializada y masificada. ¿Puede, y debe, el Derecho seguir desempeñando el papel de simple policía a través de los interdictos sin observar que la distribución de los bienes que éstos protegen es estática? ¿No es posible aplicar, en esta materia, las innovaciones que han fijado límites a la voluntad en el área contractual? Con tan sugestivos interrogantes se cierra este capítulo, donde el autor inquiriere por nuevos significados de la posesión a la luz y a impulsos de su función social (pág. 91).

VIII. La tensión entre los dos valores que presiden lo jurídico, la justicia y la seguridad, en materia posesoria ocupa el capítulo VI de la obra. En ella el Profesor Hernández Gil, en seguimiento de Radbruch, considera que tanto la justicia como la seguridad jurídica son factores integrantes de la idea de Derecho: la justicia exige igualdad universal; la seguridad encarece la positividad del Derecho como "factum", donde hechos en el fondo antijurídicos se sobreponen a los derechos subjetivos.

Es claro que la jerarquía no es la misma para ambas. La prioridad se da para la justicia, que expresa el ideal del Derecho; la seguridad jurídica, en cambio, no es apta para expresar la esencia última del Derecho, es un conformarse con menos: el mantenimiento de una situación de hecho en determinadas circunstancias.

Aquí cabe recordar que hay valores que sirven de fundamento a otros, según enseña la Estimativa o Filosofía de los Valores; es decir, que no puede darse el valor fundado sino sobre la base de que se dé el valor fundante. Nikolai Hartmann ha demostrado que el valor fundante es el inferior, y el fundado, el superior. De donde se concluye que, en lo que respecta a los valores jurídicos, la seguridad (valor inferior) es fundante de la justicia (valor superior) (25).

(25) Conf. RECASÉNS SICHES: *Estudios de Filosofía del Derecho*. Ed. Bosch, 1936, pág. 68 y nota 2. En el mismo sentido que en el texto, véase ROBERTO

¿Qué incidencia tiene este tema de franca ius-filosofía con el asunto posesorio?, cabe preguntarse. Es lo cierto que el Derecho Positivo se ocupa, por razones de seguridad jurídica, de la tutela de las situaciones posesorias, mediante el mantenimiento de un "statu-quo", en tanto se decide la conformidad, o no, de ese hecho al ordenamiento jurídico. Es decir, que el *hecho* de la posesión es amparado y genera protección por vía de la seguridad jurídica, con prescindencia del *derecho* que pueda asistir a su titular. Basta pensar en la protección interdicial del autor de robo o hurto, de la desposesión convalidada por la posesión de año y día, etc., para comprender que aquí no está en juego el valor justicia y que, en todo caso, él es desmedrado por el valor seguridad. Esta es la tensión latente en todo conflicto posesorio entrambos valores de lo jurídico a que alude lúcidamente el autor en esta sección de la obra.

IX. Al iniciar el tratamiento del tema que rubra bajo el acápite de "La densidad social primaria de la posesión" (cap. VII) dice Hernández Gil que:

"Todas las manifestaciones jurídicas que en un determinado D. Positivo aparecen ligadas a la posesión no pasan de ser irradiaciones parciales de la institución posesoria ontológica y sociológicamente considerada. Pero esta afirmación sólo es admisible desde un plano metodológico que no se detenga en el positivismo legalista o en el normativismo" (pág. 104).

Es que el autor hace profesión de fe de acendrado sociologismo y procura superar a su través la mentalidad normativista, tan al uso, desde el auge del kelsenianismo y sus congéneres posiciones derivadas, a las que considera unilaterales e insuficientes para captar el verdadero sentido plenario del Derecho, en lo que sigue a la moderna metodología jurídica de Karl Larenz.

Y hace aplicación de tales principios a la posesión recordando que ella no se encuentra captada en su totalidad por los derechos objetivos, que se limitan a receptorla para la protección de la propiedad mediante los interdictos y marginando la riqueza social de la posesión, a la que Hernández Gil concibe —desde ese ángulo— como "la institución de mayor densidad social, en cuanto expresa de manera primaria la proyección del hombre hacia el exterior" (pág. 105).

Ese proyectarse del sujeto hacia afuera, que materializa la posesión, se asienta sobre las dos coordenadas que constituyen la infraestructura ontológica de todo quehacer humano: la *necesidad*, que impulsa a aprehender las cosas (26), y el *trabajo*, que es la empresa diaria dirigida a satisfacer las necesidades.

Es claro que el Derecho positivo no corresponde, en su normación, a esa densidad social de la posesión y distingue distintos grados de relación sujeto-cosas: obligaciones o derechos de crédito (mediatas), y otras inmediatas: derechos reales (más intensas), posesión (menos intensa) y aún tenencia. De aquí concluye que la socialidad de la posesión, que es el dato sociológico más pre-

MARTÍNEZ RUIZ: «Las críticas a la reforma del Código civil», en *La Ley* (rev. jurídica, Buenos Aires), 8 de octubre de 1970, pág. 1.

(26) Recientemente se ha publicado en Francia una obra jurídica renovadora del concepto de derecho subjetivo, donde su autor, ALAIN SAYAG, sostiene que en nuestra sociedad de consumo bien puede establecerse que «la necesidad es el fundamento posible del derecho subjetivo», sobre todo en materia alimentaria, de renta vitalicia, de habitación y uso, de seguridad social, etc., en lo que básicamente coincide con la tesis de HERNÁNDEZ GIL acerca del replanteo social del hecho de la posesión (véase *Essai sur la besoin créateur de droit*, Lib. Gral. de Droit et de Jurisprudence, París, 1969, con prólogo de JEAN CARBONNIER).

claro, no encuentra siempre, ni mucho menos, la adecuada expresión jurídica, la que se empeña en subsumirla en el derecho real de propiedad, negándole autonomía jurídica, con lo que se cierra los ojos a su innegable autonomía social, donde la posesión es un "prius" y la propiedad un "posterior" (27).

X. Puede afirmarse que los hombres del siglo XX más que grandes metáforas piden la clarificación de un panorama que contemple sus instancias más profundas. Y el Profesor Hernández Gil parece persuadido de ello. Porque en el capítulo VIII, al tratar el subtema referido a la espontaneidad de la posesión, con gran agudeza, se complace en mostrar los desajustes de un sistema dogmático, que hace eje en la simetría lógica de los conceptos, respecto del dato que proviene de la realidad económico-social, en lo que contraponen nuevamente la concepción técnico-jurídica de la posesión con su concepción sociológica (28).

Para ello enumera prolijamente los aspectos y manifestaciones de la espontaneidad de la posesión, en los que esa realidad deroga vez a vez, o se funda, en el dato concreto y no en el principio apodíctico y metafórico elaborado por los juristas. Así, baste recordar que el autor demuestra que la capacidad para adquirir la posesión rompe todos los cánones lógicos del ordenamiento jurídico, el que asigna aptitud aún al menor sin discernimiento, en una patente demostración de que la realidad se impone a lo racional.

En la noción de "corpus" (pág. 126) se advierte también una concesión que el formalismo jurídico hace al realismo jurídico, dependiente de lo social. Y lo mismo ocurre con el otro elemento —el "ánimus"— (pág. 129), que se infiere de hechos exteriores, antes que de estados psicológicos; y con el concepto de buena fe (pág. 132), elaborado sobre bases objetivas de la conducta del poseedor, de clara conformación ética-social. También ello acaece en el principio regulador de la posesión de bienes muebles, donde la regla de que "la posesión vale título" se fundamenta en la realidad social: la velocidad del tráfico mobiliario, la ausencia habitual de documentación en sus adquisiciones, etc. Frente a ello se da validez a lo físicamente existente y perceptible (pág. 136), formada por el sedimento de vivencias y consideraciones prácticas.

En todos los casos examinados, que hacen la médula misma de la doctrina posesoria, se deja ver el imperio creciente de lo social y de lo real, que mueve al autor a hablar de la espontaneidad social de la posesión (pág. 143).

XI. Así se llega al aspecto medular del trabajo del Profesor Hernández Gil: su capítulo IX, rubrado bajo el acápite de "La imperatividad social".

En él desarrolla el autor los aspectos básicos y vertebradores de su pensamiento acerca de la función social de la posesión. Procuraremos seguirlo de cerca.

(27) En contra, CARNELUTTI (*Cómo nace el Derecho*, pág. 47), para quien la propiedad es, históricamente, el primer derecho subjetivo.

(28) Se trata de una hipótesis más del enfrentamiento entre el vicio conceptualista en el razonamiento jurídico, a que era tan proclive la escuela protestante del derecho natural de Grocio y sus continuadores, y la concepción ontológica del Derecho como experiencia de valoración, inaugurada por Savigny, según la cual los conceptos teóricos generales no pueden aplicarse en todas sus consecuencias, con el rigor de las ciencias físicas o matemáticas, ya que el criterio histórico de valoración hace variar los resultados y obliga a apartarse de un esquema silogístico absoluto. Sobre el particular, véase ROBERTO MARTÍNEZ RUIZ, en «Las críticas a las reformas del Código civil», en la revista jurídica de Buenos Aires *La Ley*, 8 de octubre de 1970, pág. 3.

Sostiene, inicialmente, que enfocado el problema con vistas al futuro se advierte la "falta actual de acomodación de la estructura normativa posesoria", por insuficiencia de las categorías y conceptos jurídicos y, además—dice—, se percibe la "necesidad de contemplar esta institución jurídica desde el prisma del proceso socializador" (pág. 144).

Aquí radica el propósito de revisión y reforma del esquema vigente, al que es reacio—afirma— el normativismo, que afilia a una "manifestación de liberalismo individualista" (nota 218 a, pág. 145). El autor opina, por el contrario, que al científico del Derecho (rectius: jurista) le compete, a diferencia del cultivador de otras ciencias, la misión de propugnar el "cambio de su ser ontológico", es decir, provocar la "evolución de la conjunción normativista-realidad social" (pág. 147). Y esta misión no puede ser cumplida—concluye— por el normativismo, "que abandona los hechos y los valores, propendiendo al inmovilismo jurídico" (pág. 148).

¿De qué método se vale el Profesor Hernández Gil para alcanzar esas metas? Lo refiere en página 149. Se trata de la "dialéctica de la totalidad" (29), que no es otra cosa que "la ponderación del interés colectivo encarnado por la sociedad", que debe conducir a la realización de la idea de *integración* social y no a la de *dominación*, como ha ocurrido hasta ahora—sostiene— en la sociedad feudal y en la burguesa-capitalista. Mas, para que no se dude de la filiación de su pensamiento, agrega que "el proletariado, como arquetipo de la estructura social, sigue siendo una forma de dominación, aunque de base más amplia" (pág. 149). El método pertenece a Sartre (conforme lo establece el autor en la nota 221) (30).

El autor se contenta con un proceso de socialización donde se dé la "primacía de la igualdad sobre la libertad, entendiendo a ambas en un sentido real y concreto, como efectividad y no como formal posibilidad", hasta obtener la

(29) Véase, sobre el particular, el muy especializado trabajo de GEORGES GURVITCH: *Dialéctica y Sociología* (edición de la Biblioteca de la Univ. Nac. de Venezuela, 1965), donde el autor recuerda (pág. 18) las definiciones que sobre la dialéctica dan F. GONSETH: «Es la depuración de un saber, presionado por una experiencia con la cual se lo confronta», mientras que para M. BARZIN «es una concepción de la ciencia según la cual toda proposición científica está en principio sujeta a revisión». O como dice el propio GURVITCH (pág. 19): «No es ni un arte de discutir y engañar ni un medio de hacer la apología de posiciones filosóficas preconcebidas...; se trata de una dialéctica experimental y relativista que recurre a la especulación para adaptar mejor los objetos del saber a las profundidades de lo real.» Dedúcese de todo ello que el método dialéctico es una puesta en cuestión de todo lo hasta ahora conocido y que trata de reelaborarlo a través de una nueva valorización del conjunto y los elementos del fenómeno (la totalidad y sus partes); la negación de las leyes de la lógica formal, en la medida en que es insuficiente, y el enfrentamiento de los conceptos «momificados» que impiden penetrar en la realidad social.

En cuanto a la calificación que se hace en el texto de la dialéctica «de la totalidad», la idea arranca de PROUDHON—que la llamó «totalización»— y se perfecciona en SARTRE, significando que la realidad social constituye un todo de muchas partes o elementos, los que se encuentran en constante revisión y movimiento de hacerse y deshacerse (conf. GURVITCH: *Op. cit.*, pág. 167).

(30) Los estudios sociológicos actuales, aun los producidos en el área de países capitalistas, hablan—todos ellos— del proceso de cambio de las estructuras sociales, sin que puedan ser tachados de traidores a la causa ideológica de sus respectivos Estados. Conf. *La Sociología norteamericana contemporánea*, de TALCOTT PARSONS (Ed. Paidós, Buenos Aires).

“máxima homogeneización, superadora de diferencias, en la estructura social” (pág. 151). Pero con un límite: el respeto de la persona, para evitar la alienación que surge de los procesos de masificación.

¿Cuál es, entonces, el camino? Su afirmación es categórica y reveladora: el Derecho social, concebido “lo social” como última diferencia y no como género próximo, destinado a remover los esquemas normativos estáticos, mediante una misión conformadora y rectificadora.

Dentro de la realidad a reformar está la posesión, que es una situación jurídica primaria (pág. 153), destinada a servirse de los bienes, “en el espacio vital alimenticio y en el espacio vital de radicación”, como afirma siguiendo a Max Weber (nota 227). Pero debe cuidarse —señala seguidamente (pág. 158)— de considerar a la posesión como una categoría clasista, a la manera que lo hace Marx y el propio Weber, quienes identifican al poseedor con el acaparador de bienes, créditos, dinero, derechos subjetivos y, en fin, de cuanto otorga poder económico (pág. 162).

En lugar de ello, insiste Hernández Gil, debe concebirse a la posesión como generadora de una función uniformante destinada a contribuir a la homogeneización social (pág. 165). Para ello será necesario —afirma— superar la concepción individualista, ya que “si la libertad y la igualdad referidas a cada uno no conducen a la libertad y a la igualdad de todos, entonces es preciso reconsiderar de qué modo la libertad y la igualdad de todos permiten la de cada uno. Así las cosas —concluye—, la libertad se restringirá y la igualdad vendrá representada por la homogeneización efectiva antes que por la paridad formal” (página 167).

El párrafo es suficientemente revelador del pensamiento del autor, quien encuentra que, en materia posesoria, no es posible adscribir la posesión —como lo hace el individualismo— ni a la propiedad ni a la libertad individual, sino que debe reformarse su concepto, “singularmente por lo que concierne a la tierra, superficie de cultivos, mejoras obligatorias, protección del colono, etc.” (página 169); poniendo el acento en la función social de la posesión, a la que puede arribarse —teniendo en cuenta la dependencia conceptual de la posesión a la propiedad que rige en las legislaciones positivas— mediante la funcionalización social de la propiedad (“que es una noción positiva del deber de gestión de los bienes”, pág. 171), que transformará el dominio estático en dinámico, es decir, que incidirá en una posesión activa, de disfrute con dimensión social.

XII. Harto sustancioso, desde el punto de vista de la sociología, es el capítulo X, destinado a tratar “la estratificación social dependiente de la posesión de la tierra”.

Parte del concepto vulgar de posesión, aquel que encarna su significación general: la utilización de las cosas, su gestión económica, se realiza a través de actos posesorios. Se trata de una idea que no es tan estrecha como el concepto técnico-jurídico y que, al mismo tiempo, es menos amplio que el que le asigna la doctrina de Marx y de Weber (hegemonía económica). Sociológicamente considerado, esa acepción común de la voz posesión puede servir de base para medir el grado de estratificación social, afirma el Profesor Hernández Gil (pág. 175). Y lo demuestra acabadamente.

Porque la posesión de la tierra da lugar a la determinación de clases y estratamentos. Por comenzar, el del propietario de latifundios, el terrateniente, en

quien se aúnan el poder económico y el "honor social", que emerge de la tierra, y ubican a su titular en la alta burguesía. Esta clase social, anota sagazmente el autor, carece de otra movilidad que no sea la sucesoria.

Después, y siguiendo en orden descendente, apunta la inclusión del arrendatario de grandes fincas, los que no llegan a constituir (en España, y tampoco en Argentina) una clase social propiamente dicha. Falta en ellos la necesaria cohesión que los tipifique como tal, en lo que discrepa con Marx, para quien el arrendatario es un capitalista, en la misma medida en que lo es el terrateniente, porque detenta la posesión de la tierra. En lugar de ello, Hernández Gil afirma categóricamente —y a nuestro ver con acierto— que "el arrendatario no es un capitalista (ni económicamente ni en la estratificación social), sino más bien quien, careciendo de capital para la inversión inmobiliaria y de conocimientos u oportunidades para otro tipo de actividad, se entrega a la tradicionalmente reputada como empírica y rudimentaria (la agricultura)".

Vienen, en tercer lugar, los poseedores de fundos mínimos, que generan el parcelamiento múltiple (pág. 184), en fracciones insuficientes para la supervivencia (pág. 185). Este es un fenómeno económico —opina el autor— con graves repercusiones sociales, que es imputable en buena medida al régimen sucesorio, que facilita grandemente la atomización de los campos. Aquí recuerda Hernández Gil (nota 265) que los artículos 815 y 832 del Código Civil francés fueron los creadores del problema minifundista por vía sucesoria, pero tales dispositivos fueron corregidos en los años 1938 y 1943 (31).

Pero este tema del arrendatario, y en especial el de pequeñas unidades agrarias, produce una nueva tensión social derivada de lo que llama con acierto el "arrendamiento protegido", que no es otra que la que en Argentina se nombra como locación rústica "congelada" (32), que alcanza su ápice en la dificultad que el propietario encuentra para la enajenación lucrativa de la tierra, arrendada indefinidamente, lo que excluye a la unidad de la economía de mercado.

Viene, finalmente, la última categoría: el trabajador agrícola, al que el autor define como "el trabajador de la tierra, sin tierra" (pág. 191), con el que se cierra el circuito de los estamentos sociales generados por la posesión de las fincas rústicas. Esta clase marginal, apunta, es la menos protegida de todas las que integran los asalariados y carecen de aglutinaciones sindicales idóneas para la defensa de sus derechos.

XIII. Articula entonces (cap. XI) el autor sus conclusiones, no como consecretarios finales, sino, como aclara en la página 195, a la manera de "un epílogo literario y libre".

1. Torna allí a hacer hincapié en que la posesión es una realidad existente y la socialización, en cambio, es un proyecto, aspiración o propósito, que debe cumplirse —afirma— mediante el "cambio social". Mas cabe interrogar acerca del "cómo". Hernández Gil lo enuncia: la socialización debe hacerse a través de un intervencionismo estatal más acusado que el que actualmente desarrolla

(31) En la Argentina la corrección recién advino a través de la Ley 17.711, que reformó los artículos 2.326 y 3.475 bis, que exigen la división económica de los bienes. Véase sobre el particular mi estudio «La divisibilidad de los inmuebles en el Código civil y en la Ley 17.711», en *Comercio y Justicia*, número extraordinario, 1970, pág. 10.

(32) A la que prácticamente se puso fin mediante el dictado de la Ley 17.253.

el llamado "Estado de Derecho", que equipara e identifica con el "Estado liberal", que peca por un exagerado neutralismo. Hay que ir, sostiene, hacia lo que hoy se denomina el "Estado justo", el "Estado social", encargado de adoptar y aplicar la justicia social.

Tornando al tema-eje afirma que la posesión, tal como está legislada en los ordenamientos jurídicos actuales, es una imagen del Estado liberal de derecho (ambos gozan de la prerrogativa que emerge del "imperio de la ley", el "control jurídico" y la "eliminación de la arbitrariedad"): se respetan las situaciones de poder pre-constituida y se les da defensas legales contra los medios de acción directa. Pero ello es hoy insuficiente—sostiene—, así como es insuficiente el Estado liberal de Derecho. Es necesario instrumentar—afirma en página 198—los medios legales para producir el cambio social que procure la homogeneización, y ello, agrega, a través de dos premisas fundamentales: asegurar a la mayoría el acceso al mínimo posesorio y, a partir de allí, procurar la nivelación en los recursos económicos.

El cumplimiento y realización de tales tesis aparejará—entiende Hernández Gil, con cita de Myrdal (33)—"la anteposición de los valores de la igualdad a los de la libertad". Esta última, agrega, no se rechaza ni se posterga: tan sólo se la persigue a partir y dentro de la igualdad efectiva; una igualdad que ahora debe ser económico-social, así como antes fue racional (Platón), espiritual (Cristianismo) y política (Revolución francesa), las que no resultan excluidas por aquélla, porque la igualdad es una ecuación que se realiza entre seres insuprimiblemente libres (34).

2. Como segunda conclusión, sostiene Hernández Gil (pág. 204) que la posesión no declina, sólo cambia su función.

¿Qué quiere significar el autor con esta afirmación? Que la posesión no puede seguir siendo exclusivamente concebida como el antecedente o la consecuencia de los interdictos, a la manera en que lo hacen los juristas puros. Es menester, agrega, la colaboración del sociólogo o, en todo caso, la investigación jurídica con preocupación sociológica. Porque la posesión no llena la función de publicidad que otrora servía (v. gr., en materia de automotores, ahora registrables). Pero cambia de signo y debe aparejar—homogeneización social mediante—el acceso de las masas a la posesión de los bienes de uso, bien mediante el aumento del poder de compra y de consumo de los más, bien a través de los esfuerzos que en su directo beneficio debe hacer lo que llama el "Estado Social del Bienestar", para la atribución igualitaria de los bienes indispensables (pág. 209).

Con lo que se llegará a concebir la posesión—afirma—como "la estructura jurídica de la concurrencia igualitaria compartida", entendiéndose por "estructura jurídica" un concepto más amplio y abierto que el de institución. concer-

(33) *El Estado del futuro*, nota 283.

(34) Tal vez aquí corresponda articular que la libertad es un valor fundante y la igualdad un valor fundado; precisamente porque sobre la base de seres libres—de tener, pero también de darse—se constituye la norma jurídica que, como subrogado de la Moral, quita a alguien parte de lo que tiene para dárselo a quien es menesteroso de lo que necesita y tiene el otro en abundancia, en aras de alcanzar la realización del valor Justicia. Véase, sobre el particular, CARNELUTTI: «Moral y Derecho», en *Cómo nace el Derecho*, página 29.

niente—aquella— a los factores organizadores y directivos de una realidad considerada en función de la totalidad.

3. La tercera y última conclusión es que “la posesión es una exigencia de la necesidad y de la libertad”.

La formulación nueva de la posesión —sostiene en la página 211— es la de “una fórmula atributiva de la utilización de las cosas atendida a las necesidades comunes de todos los seres humanos, en cuanto a los alimentos, la habitación y el recreo”. Tal es el caso, ejemplifica, del régimen tuitivo que el ordenamiento jurídico establece en favor de los arrendatarios de fincas urbanas y de predios rústicos. En ese sistema, señala, “el centro de la tutela jurídica lo ocupa la posesión, como situación de disfrute de los bienes, frente a la propiedad como titularidad, dirigida a producir la renta, la venta o la herencia”. Y prueba de ello, agrega, es que cuando el propietario no poseedor demuestra la necesidad de poseer la vivienda o el local de negocio arrendado, se le da preferencia al poseedor-propietario frente al poseedor-no propietario.

Es decir, que hoy la posesión no es más, exclusivamente, la exteriorización de la propiedad, sino una expresión de su separación o aislamiento, que hay que asegurar para evitar el proceso de masificación de los que nada poseen (35). Es, pues, una limitación a la libertad en aras de satisfacer una necesidad (36); la superación del concepto de propiedad privada como mercancía convertida en capital productor de renta. He aquí la función social básica de la posesión, concluye el autor (pág. 214), cuyo futuro en tal sentido sólo se atreve a sugerir, como propósito decididamente realista que emerge cristalino de un nuevo enfoque (el que proporciona la dialéctica de la totalidad) de una institución tradicional.

XIV. Veamos de hacer, a la manera de colofón, el juicio crítico que nos merece la obra del Profesor Hernández Gil.

1. Antes que nada corresponde señalar que se trata de un libro asaz polémico, que despertará las reacciones más diversas y no satisfecerá especialmente a quienes estén imbuidos de un conservadorismo ideológico militante (37). Pero en esa polemicidad está su virtud valiente y decidida, porque no siempre se puede obrar—y menos pensar— con ajuste al criterio de todos. Y así lo ha hecho el autor, siguiendo su personal opinión y afirmándose en una idea con la que se encuentran consustanciado y vertebrado todo el libro.

2. *La función social de la posesión* es un buen testimonio de la integración intelectual de que hacen gala muchos juristas hispánicos contemporáneos—tales

(35) En sentido contrario, sosteniendo que la socialización de la propiedad conduce a la masificación, véase el muy fundado e importante estudio de JUAN VALLET DE GOYTISOLO: *Sociedad de masas y Derecho*, Ed. Taurus, Madrid, 1969, especialmente págs. 317, 320 y 419.

(36) Aquí resulta útil recordar que en toda actuación humana se dan las notas de libertad y necesidad, porque toda acción se funda en la libertad del movimiento y en la libertad anida también la necesidad, que se interpenetran inextricablemente, poniendo en coyuntura el dominio del espíritu y el de la naturaleza. Esto no significa aceptar la conclusión del determinismo social, que entiende la necesidad como negación de la libertad (v. gr., en MARX), ya que la unilateraliza al plano económico, sin advertir que ambas se producen a un mismo nivel: el espiritual, por lo que es válido hablar de necesidad en libertad (como lo hace REMY C. KWANT: *Filosofía social*, Ed. Carlos Lohlé, Buenos Aires, 1969, pág. 122).

(37) Conf. CASTÁN VÁZQUEZ: *Op. cit.*, *loc. cit.*

don José Castán Tobeñas, Juan Vallet de Goytisolo y otros—, cuyas obras demuestran que los estudios de Derecho no deben limitarse “a la a menudo anquilosada y seca letra de los códigos”, como con acierto pregona J. Izquierdo Ortega (38), sino que deben complementarse con los análisis de las implicancias del tema en otras áreas conexas (v. gr., en la Filosofía, en la Sociología, en la Antropología, etc.).

3. Desde este ángulo cabe asignar a la obra de Hernández Gil el carácter de modelo de una lúcida labor interdisciplinaria. En efecto; en ella se aborda el tema de la posesión desde el plexo jurídico, pero también se lo hace desde la Filosofía, la Sociología y la Economía, en un alarde de conocimiento profundo de cada una de esas ciencias, a las que pone en íntimo contacto coyuntural, para extraer del juego articulado de todas en el ariete del tema propuesto los jugos nutricios que cada una es capaz de dar como contribución a la solución del problema indagado.

Esta técnica interdisciplinaria está hoy en boga para beneficio de la ciencia general y es lugar común de la investigación la “intrusión” del especialista en campos ajenos, aunque pertinentes. De esta manera los sociólogos se interesan cada vez más por la economía; los economistas, por la sociología, y así sucesivamente. En resumen, como se ha dicho, los compartimientos estancos ya no existen, son una reminiscencia (39). El anterior es, puede afirmarse, un ciclo que se cierra y la especialización extrema retorna obligatoriamente a las interrelaciones entre todas las disciplinas sociales. Así lo ha entendido, con brillo y acierto, el Profesor Hernández Gil, que ha integrado lo jurídico con lo económico, lo sociológico y lo filosófico.

4. Pero no se agota allí la modernidad del enfoque de *La función social de la posesión*. En ella se ensaya, no sabemos a ciencia cierta si de una manera consciente, un método de rigurosa actualidad: el estructuralista. Porque el autor procura captar, en el caso, la forma ideal—la estructura—que la posesión debe adoptar en la política legislativa, según las solicitaciones del objeto por la interacción total de los diversos elementos actuantes en el fenómeno.

Y esa técnica se ajusta, exactamente, a la estructural, que concibe el estudio y la investigación de un tema como un conjunto de factores interrelacionados, que debe ser apreciado en su totalidad si se desea entender cualesquiera de sus partes. Es que sí, como enseña Perroux (40), la estructura “es la proporción y relación que caracteriza un conjunto localizado en el tiempo y en el espacio”, con lo que el concepto no se aleja demasiado del que da la Real Academia Española en su diccionario: “Distribución de las partes del cuerpo o de otra cosa”; “Distribución y orden con que está compuesta una obra de ingenio, como poema, historia, etc.”, resulta indispensable —en toda investigación científica— la consideración interactuante del todo y las partes (41).

5. El enfoque filosófico de la obra parece poder afiliarse a un neo-positivismo o neo-realismo, con orígenes kantianos e influencias de Bertrand Russell. Y ello porque los neopositivistas hacen suyo el atomismo gnoseológico de Rus-

(38) Véase *Revista de Occidente*, noviembre de 1969, págs. 215 y sigs.

(39) Conf. ANÍBAL PINTO: Prefacio a *Introducción a la Economía*, de A. CASTRO y C. LESSA, Ed. Siglo XXI, Méjico, 1969, pág. 7.

(40) Cit. por CASTRO y LESSA: *Op. cit.*, pág. 5.

(41) Sobre el estructuralismo como método interdisciplinario, véase JEAN PIAGET: *El estructuralismo*, Ed. Prometeo, 1968, págs. 85 y sigs.

sell, que concibe a la experiencia y a la realidad como un conjunto de datos objetivos (42). Así lo confiesa el propio autor al decir (pág. 217) que lo ha guiado “un propósito decididamente realista, crítico-empírico”, que es la pauta del positivismo jurídico y sociológico, en el decir de Edgard Bodenheimer (43). Coincide con nuestra apreciación J. Izquierdo Ortega (44), para quien el encuadre de *La función social de la posesión* es decididamente positivista o empirista.

En este aspecto Hernández Gil se hace fuerte en la incidencia fáctica, social y económica de la posesión y acierta en la crítica que hace al normativismo kelseniano (y al de sus secuaces), al que repulsa por su creciente abandono de los hechos y de los valores que presiden y fundan lo jurídico, lo que provoca su inmovilismo y un peligroso divorcio de la realidad, con todas las dañosas consecuencias que apareja un Derecho objetivo colocado en el vacío, y sin consideración de sus finalidades sociales, en lo que Hernández Gil coincide con Roscoe Pound (45) y con la Escuela de la Jurisprudencia Sociológica.

No suscribimos, sin embargo, el reproche del autor hacia el ius-naturalismo, desdén que torna peligrosamente materialista las conclusiones a que el Profesor Hernández Gil arriba. Pensamos, a este respecto, que acerca de la posesión —como en cualesquier otro tema jurídico— es posible aplicar fructíferamente la función del pensamiento ius-naturalista, que se da en dos direcciones: la de fundamento legitimador de todo Derecho positivo y la de orientación normativa reguladora del Derecho, solventando al mismo tiempo todos los problemas ontológicos, éticos, lógicos y metafísicos que lo jurídico plantea (46).

Y no es incompatible la aplicación de los principios del Derecho natural con los de cualquier otro método moderno (v. gr., el estructuralista), porque aquél actúa a la manera de superestructura teleológica que no riñe con la puesta en práctica de los medios utilizados por los sociólogos modernos, como sagazmente enseña Bodenheimer (47).

6. Tampoco es posible aceptar indiscriminadamente el encuadre que el autor hace del problema de la distribución de la tierra como política legislativa de futuro, conclusión que puede ser válida para España y algunos países subdesarrollados de América Latina, donde no debe incluirse —nos parece— a la Argentina, ya que allí el proceso de la transformación agraria se ha dado, al menos en la pampa central, por la vía pacífica del acceso del poseedor (rectius: tenedor, arrendatario) a la propiedad de la tierra, bien es cierto que a través de una legislación inicialmente protectora, que permitió la capitalización del tenedor hasta hacerle asequible la adquisición del inmueble, con la ayuda de créditos agrarios y desgravación impositiva, clara y patente manera de reconocer la función social de la posesión.

XV. Y concluimos. Un observador agudo de la realidad llama la atención

(42) Véase RAFAEL GAMBRA: *Historia sencilla de la Filosofía*, Edic. Rialp, 4.ª ed., Madrid, 1969, pág. 279.

(43) Véase *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1964, pág. 334. Sobre el neo-positivismo, véase MAX HORKHEIMER: *Crítica de la razón instrumental*, Buenos Aires, Ed. Sur, 1969.

(44) *Op. cit.*, pág. 216.

(45) *Interpretation of Legal History*, 1923, pág. 152.

(46) Véase WOLFF: *El problema del D. natural*, págs. 211 y sigs.

(47) *Op. cit.*, pág. 371.

sobre los cambios económico-sociales que caracterizan nuestro tiempo y produce una investigación renovadora de un viejo tema, que está a la altura de la época—difícil, conflictiva—en que nos toca vivir.

Nada mejor, pues, que concluir esta nota aconsejando la lectura, sustanciosa y sin desperdicios, de *La función social de la posesión*.