

LA POSESION

NAPOLEON DEL CRISTO IMBETH GAZABÓN

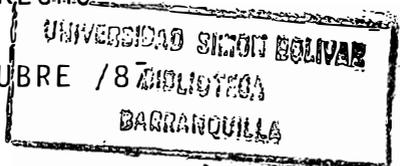
Trabajo de grado presentado
como requisito parcial para
optar al título de Abogado.

DIRECTOR:

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA, OCTUBRE / 8



UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

12/15
#0934

UNIVERSIDAD SIMÓN BOLÍVAR
FACULTAD DE CIENCIAS
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

#0934 12/15

UNIVERSITY OF CHICAGO BOLIVIA
LIBRARY
BARRANQUILLA

REPUBLICA BOLIVAR	
DE COLOMBIA	
BOGOTÁ	
NO. DE IDENTIFICACION	4034277
VALOR	420
21 FEB. 2008	
BOGOTÁ	



els. 324795 - 323784

DOCTORA
EMILIA DAZA ALVAREZ
ABOGADA TITULADA
BARRANQUILLA - COLOMBIA

Calle 38 N° 45-48
Ofic. 9 - 2o. Piso

SEÑOR DOCTOR

CARLOS DANIEL LLANOS SANCHEZ

DECANO FACULTAD DE DERECHO UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

E. S. D.

En cumplimiento a la designación que usted me hace como Decano de la Facultad de Derecho, me permito como Director del trabajo de investigación presentado por el egresado NAPOLEON DEL CRISTO IMBETT. GAZABON, rendir concepto favorable a éste acucioso estudio, cuyo título es "LA POSESION", tema de extraordinaria trascendencia en la vida institucional de todo derecho universal.

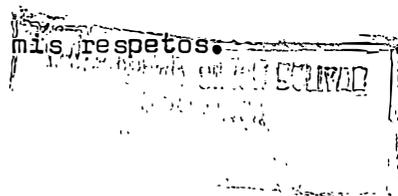
Es de observar como el egresado hace un análisis juicioso de la naturaleza de la POSESION; sus implicaciones y consecuencias en la sociedad actual, haciendo un recorrido desde las primeras instituciones del Derecho Romano, pasando por las distintas edades de la Historia y culminando su evolución en nuestros días.

Su trabajo de fondo lo dedica a los efectos de LA POSESION su formación, elementos y requisitos, precisando t definiendo términos; comparando teorías y ofreciendo en su concepto y conclusiones las más viables y necesarias soluciones que llenan o se ajustan sinceramente a vacios e imprecisiones contenidas en nuestra Legislación actual.

Agradeciendo la dignación hecha, pfrezco mi respeto a su encomiable labor.

Del señor Decano con todo mis respetos.

Emilia Daza Alvarez
EMILIA DAZA ALVAREZ.



Directora de Tesis.

LA POSESION

UNIVERSIDAD DE LOS RIOS
BIBLIOTECA
BARRANQUILLA

T
346.434
I.82

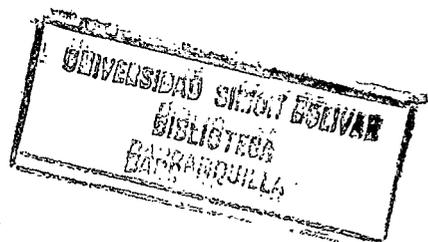
NOTA DE ACEPTACION

Presidente de Jurado.

Jurado

Jurado

BARRANQUILLA, OCTUBRE 1.987.



CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

SIMON BOLIVAR

Rector: Dr. JOSE CONSUEGRA H.

Secretario General: Dr. RAFAEL BOLAÑO M.

Decano Facultad Derecho: Dr. CARLOS LLANOS S.

Presidente de Tesis: Dr.

Jurado: Dr.

Jurado: Dr.

BARRANQUILLA. 1.987.



AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos:



DEDICATORIA

"Este triunfo lo dedico:

A mi Padre, quien hubiere estado orgulloso.

A mi Madre, que lo está.

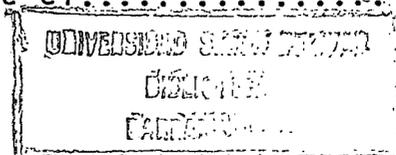
A mi Abuela, que alcanzó a estarlo.

A mi Hijo, que estoy seguro seguirá este ejemplo.

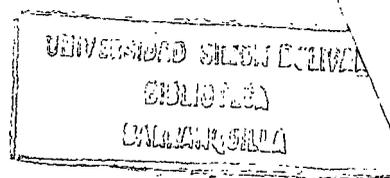


TABLA DE CONTENIDO

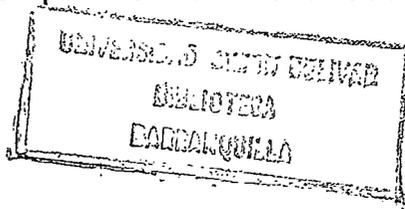
	Pág.
INTRODUCCION.....	14
MARCO HISTORICO	
1. PREHISTORIA	17
1.1. DIFERENCIA ENTRE USUCAPION Y POSESION.....	17
1.2. DERECHO CONSUEUDINARIO.....	18
1.3. PRIMERAS CIVILIZACIONES.....	18
1.4. LA POSESION EN LA INDIA.....	19
1.5. CIVILIZACION SUMERIA.....	19
1.6. CIVILIZACION EGIPCIA.....	20
1.7. CIVILIZACION GRECO-ROMANA.....	20
1.7.1. Colonia griega del Asia Menor.....	20
1.8. FENICIA.....	21
1.9. CIVILIZACION ROMANA.....	21
1.9.1. Un bien inmueble que una persona sabe.....	21
1.9.2. Se apropia de él por.....	21
1.9.3. Dispone la explotación de él.....	21



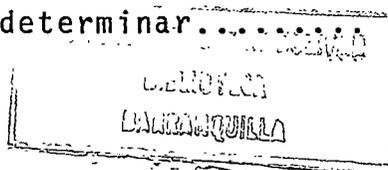
	Pág.
1.10.	EDAD MEDIA..... 22
1.11.	EPOCA MODERNA..... 22
 MARCO CONCEPTUAL	
2.	ACEPCIONES PERTINENTES..... 24
2.1.	PROPIEDAD..... 24
2.2.	USUCAPION..... 25
2.3.	LA POSESION..... 25
2.3.1.	Elementos..... 25
2.3.2.	Distintas clases de posesión..... 28
2.3.2.1.	Teroría de Von Savigny y Von Ihering..... 29
2.3.2.2.	Posesión justa e injusta..... 33
2.3.2.3.	Posesión Bona Fidei y Mala Fidei..... 33
2.3.3.	Protección posesoria..... 34
2.3.4.	Relaciones materiales del hombre con las cosas de la naturaleza..... 35
2.3.4.1.	Importancia de estas relaciones..... 35
2.3.4.2.	Toda relación material del hombre con la naturaleza debe ser voluntaria..... 38
2.3.4.3.	Elemento esencial de los relaciones pose- sorias: El poder de hecho..... 41
2.3.4.3.1.	El poder de hecho..... 41
2.3.4.3.2.	Una cosa está sometida..... 42
2.3.4.3.3.	La iniciativa personal..... 43



	Pág.
2.3.4.3.4. La cuestión de.....	43
2.3.4.4. Pluralidad de poderes de hechos sobre una misma cosa.....	43
2.3.5. La voluntad en la posesión.....	45
2.3.5.1. Intervención de la voluntad en las relaciones posesorias.....	45
2.3.5.1.1. Las mismas expresiones.....	45
2.3.5.1.2. La intervención de la voluntad.....	46
2.3.5.1.3. Este punto de vista	47
2.3.5.1.4. Sin duda, el primer.....	48
2.3.5.2. Exteriorización de la voluntad posesoria	49
2.3.5.2.1. La voluntad posesoria.....	50
2.3.5.2.2. Existe pues, una acentuada.....	51
2.3.5.2.3. Al hablar de la voluntad.....	52
2.3.5.3. De la capacidad posesoria de las personas físicas.....	53
2.3.5.3.1. Para la validez	53
2.3.5.3.2. La voluntad posesoria.....	56
2.3.5.4. Capacidad posesoria de las personas jurídicas.....	57
2.3.5.4.1. El derecho civil.....	57
2.3.5.5. Posesión sobre cosas principales partes integrantes y pertenencias.....	59
2.3.5.6. Posesión de objetos que no son cosas....	60



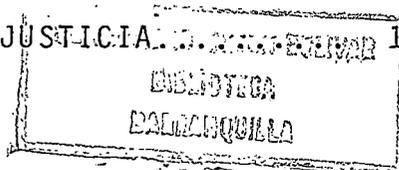
2.3.5.7.	Posesión de herencia.....	66
2.3.5.8.	Conclusión sobre el objeto.....	70
2.3.6.	Autonomía, fundamento y naturaleza.....	71
2.3.6.1.	Autonomía de la teoría de la posesión..	71
2.3.6.2.	Protección del interés individual del poseedor.....	74
2.3.6.3.	La posesión y la explotación económica de los bienes.....	76
2.3.6.4.	Naturaleza jurídica de la posesión.....	77
2.3.7.	Adquisición, pruebas y pérdidas de la posesión.....	80
2.3.7.1.	Adquisición originaria y derivativa por acto entre vivo.....	80
2.3.7.1.1.	La traditio brevi manu.....	85
2.3.7.1.2.	El constitutum possessorium.....	85
2.3.7.1.3.	Adquisición de la posesión.....	86
2.3.7.2.	Adquisición derivativa por causa de muerte.....	88
2.3.7.2.1.	El artículo 724 del Código Francés.....	90
2.3.7.2.2.	El 857 del Código Civil Alemán.....	91
2.3.7.3.	La posesión continua.....	93
2.3.7.4.	De la prueba de la posesión.....	95
2.3.7.4.1.	La causa de la relación posesoria.....	95
2.3.7.4.2.	Cuando no es posible determinar.....	96



	Pág.
2.3.7.4.3. Una relación posesoria actual.....	98
2.3.7.4.4. La relación tiende a conservar.....	98
2.3.7.4.5. Transformación de la Relación posesoria.....	99
2.3.7.4.5.1.El hecho o causa proveniente.....	101
2.3.7.4.5.2.La oposición hecha al propietario.....	101
2.3.7.5. De la pérdida de la posesión.....	102
2.3.7.5.1. Causa de pérdida de posesión.....	102
2.3.7.5.2. Pérdida voluntaria de la posesión.....	103
2.3.7.5.3. Pérdida involuntaria de la posesión...	104
2.3.7.5.4. La posesión inscrita en el Código Civil Colombiano.....	105
2.3.7.5.4.1.Se distinguen dos clases de.....	106
2.3.7.5.4.2.La poseiön inscrita.....	106
2.3.7.5.4.3.La posesiön inscrita de un inmueble...	106
2.3.7.5.4.4.En síntesis:.....	107
2.3.7.5.4.5.Tan cierto es lo expuesto	107
2.4. PRESCRIPCION ORDINARIA.....	108
2.5. PRESCRIPCION EXTRAORDIANRIA.....	109

MARCO SOCIAL

3. LA POSESION ANTE EL INDIVIDUO.....	111
3.1. LA SOCIEDAD ANTE LA POSESION.....	112
3.2. LA POSESION ANTE LA JUSTICIA.....	112



3.3. EL FJN JSUTIFICA LOS MEDIOS..... 113

3.4. LA POSESION ANTE LA DEMOCRACIA..... 113

ESTUDIOS

ESTUDIO 1. LAPOSESION AGRARIA..... 115

ESTUDIO 2. PROYECTO DE REFORMA AGRARIA..... 121

MARCO LEGAL

4. ARTICULOS PERTINENTES..... 128

4.1. ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL..... 128

4.1.1. Doctrinantes..... 128

4.1.2. Comentario..... 129

4.1.3. Jurisprudencia..... 129

4.2. ARTICULO 789 DEL CODIGO CIVIL..... 131

4.2.1. Comentario..... 131

4.3. ARTICULO 790 DEL CODIGO CIVIL..... 132

4.3.1. Jurisprudencia..... 132

4.3.2. Jurisprudencia 133

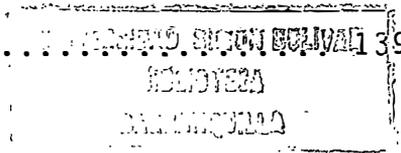
4.3.3. Comentario..... 137

4.4. ARTICULO 791 DEL CODIGO CIVIL..... 137

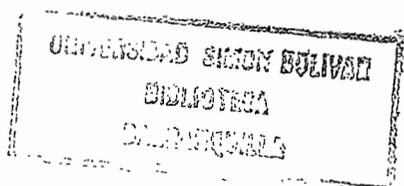
4.4.1. Comentario..... 138

MARCO ANALITICO

5. ARTICULOS COMENTADOS..... 139



5.1. ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL.....	139
5.2. ARTICULO 789 DEL CODIGO CIVIL.....	140
5.3. ARTICULO 790 DEL CODIGO CIVIL.....	143
5.4. ARTICULO 791 DEL CODIGO CIVIL.....	145
CONCLUSIONES.....	147
BIBLIOGRAFIA.....	150
INDICE.....	152

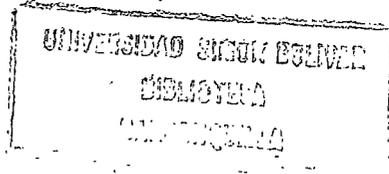


INTRODUCCION

Ha sido para mí un reto hacer este trabajo, con el cual pretendo unos de los requisitos necesarios para obtener migrado en Derecho.

El tema cuyo título se analiza es "LA POSESION", que ha sido desde siempre de vital importancia en la vida de los hombres, y es así, como en el transcurso de este trabajo, y teniendo en cuenta los principios rectores de la institución de la Posesión, vemos que desde el hombre primitivo hasta nuestros días, es la Posesión un hecho netamente social.

Este fenómeno jurídico es quizás el más curioso, que tiene el derecho Universal. Si fué desde un comienzo de la humanidad, un principio general el usar para el servicio propio un mueble encontrado al azar cuyo dueño era desconocido, hoy este uso con ánimo de señor y dueño ocupa una sección importantísima en el Derecho, especialmente,

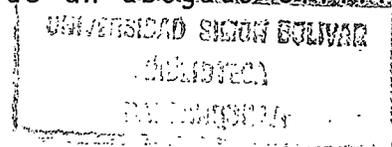


especialmente cuando se trata de un inmueble. Nosotros en este Trabajo después de recorrer en el Marco Histórico, la trayectoria que a través de las edades ha tenido la posesión y previo un análisis concreto de las relaciones del hombre con las cosas, sus implicaciones y sus efectos, su trascendencia en la vida institucional, de nuestro Derecho, entramos a considerar en el Marco Social las implicaciones que para los ciudadanos tiene esta antítesis de ejercer el dominio sobre una cosa mueble o inmueble, y creerse dueño no siéndolo.

Este contraste es el que llamamos "Paradoja Jurídica", pues la posesión no es propiedad pero se ejerce como propiedad, creando un derecho real de propiedad, sobre el usufructo, y un cuasiderecho de propiedad sobre el inmueble. ¿Cómo puede ser un Cuasiderecho?.

A duras penas trata de explicarlo la filosofía; pero el Derecho Civil lo acepta en el hecho aún cuando no tenga explicación suficiente de su esencia.

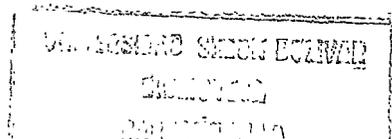
De aquí nace el célebre estudio de VON IHERING y DE MARGADANT, cuando afirma que la posesión "es una loca que habita en el palacio de Justicia", no por derecho pero sí con todos los derechos y el Alemán citado termina diciendo que se conoce la calidad de ~~un abogado civilis~~



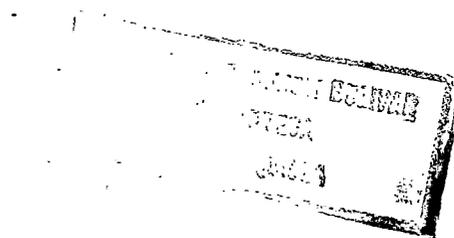
ta en la distinción que sepa hacer entre propiedad u posesión.

Luego en el Marco Legal, transcribimos los artículos pertinentes de la Ley Civil Colombiana, los comentarios, opiniones de los doctrinantes, la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al respecto nuestro propios comentarios modificando o contrariando tales conceptos.

En el Marco Analítico, desmenuzamos tanto gramatical como sintáctica esas disposiciones legales, apuntando las confusiones, las contradicciones y las deficiencias en general, que en ella se encontraron, anunciando las soluciones que presentamos en las Conclusiones.



MARCO HISTORICO

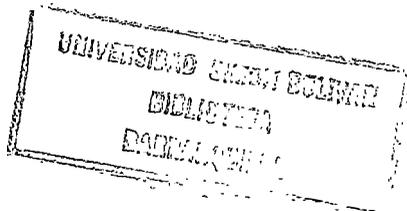


1. PREHISTORIA

Aparece la posesión cuando el hombre primitivo ocupó muebles y tierras anteriormente ocupadas o explotadas por otros hombres que las iban dejando a medida que el natural beduinismo de los antiguos se producía por los cambios de temperatura, estaciones, etc.

1.1. DIFERENCIA ENTRE USUCAPION Y POSESION

A pesar de que no hubo en aquellos lejanos tiempos una diferencia legal y normativa entre la posesión de mueble (usucapión) y la posesión de inmueble, siempre cupo una especificación de índole consuetudinaria; hasta cuando - muchos siglos más tarde los Romanos crearon estas figuras jurídicas con total autonomía, solamente conexas, en el aspecto de origen, pues ambas se basan en la tenencia de un bien cuyo dueño legítimo se desconoce. En el Marco Legal haremos un estudio acucioso de cada una de estas figuras.

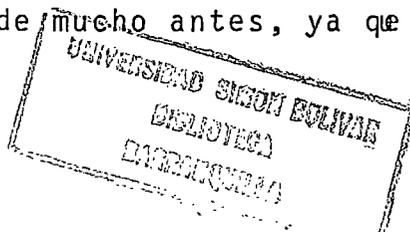


1.2. DERECHO CONSUETUDINARIO

La ley es el resultado positivo del Derecho, es decir, que el derecho es positivo cuando emplea como expresión suya la norma o Ley escrita. Pero es indudable que hasta el apareamiento de la ley en las civilizaciones, más avanzadas, existió una serie de disposiciones que garantizaban el rodamiento de la sociedad por los rieles paralelos del orden y la Justicia. Este orden y esta justicia fueron escogidas por la costumbre que vino a ser una conducta de uso general aceptada por todos y a todos beneficiosas. A ese complejo de normas se llamó Derecho Consuetudinario, que es así un derecho connatural a la existencia del hombre.

1.3. PRIMERAS CIVILIZACIONES

Fueron indudablemente los Chinos quienes por primera vez presentaron grupos sociales o castas dirigidas por disposiciones Erga Omnes, o sea leyes; de aquí la más antigua organización de la posesión que se conoce. Esto no quiere decir que antes de ellos no se hubiere presentado en la humanidad la figura de "Ley", sino que conocemos con proyección histórica la existencia de esa figura, a partir de la Civilización China, pero es lo más probable que existiera desde mucho antes, ya que



son naturales los elementos que la integran, seguro que los antiguos hasta los cavernarios las conocieron. Estos elementos son tres:

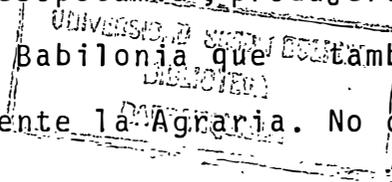
- _ Disposición que beneficia a la mayoría de la comunidad
- _ Información a toda la comunidad, o promulgación.
- _ Una autoridad competente que haga la promulgación y se responsabilice de su ejecución.

1.4. LA POSESION EN LA INDIA

Fué probablemente el pueblo Hindú, en donde se desarrolló la civilización Aria, el que más y mejor organizó la posesión de tierra en la antigüedad; cogimos este concepto del hecho de que nos presenta la antropología de haber dividido a los Arios la fértil cuenca del Ganges, en parcelas asignadas a los miembros principales de cada casta mediante un régimen de transmutación entre ellos, lo que hace suponer que no eran propietarios, sino poseedores, ya que les pertenecían los cultivos, pero no la tierra que les asignaba el Estado.

1.5. CIVILIZACION SUMERIA

Las agrupaciones humanas de la Mesopotamia, produjeron, los imperios de Persia, Nínive y Babilonia que también conocieron la posesión especialmente la Agraria. No cons



ta de otra clase de posesión, pero es de suponer que existió la usucapión, o posesión de bienes muebles, dado en ese imperio floreció el mercantilismo.

1.6. CIVILIZACION EGIPCIA

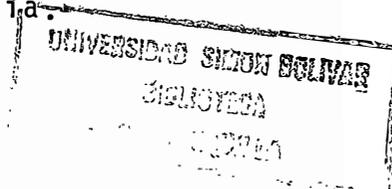
Poco dice la historia de la posesión en el Imperio de los Faraones, pero que es muy probable que hayan conocido también la situación posesoria aunque muy restringida

1.7. CIVILIZACION GRECO-ROMANA

Grecia, por la carencia de un Código Civil estructurado deja pocos rasgos apenas de la posesión.

1.7.1. Colonia Griega del Asia Menor

Por noticias que tenemos del historiador Griego HERODOTO, en el Dodecaneso (Archipiélago Griego de 12 islas) las tierras estaban parceladas a estilo de los Arios en la India, y es por ello que se presuponen la aplicación de la posesión Agraria, aunque no conocemos las leyes que regulaban esa parcelación, pero por haberse encontrado en Roma, vestigios de una legislación posesoria, podemos creer que sí la hubo en el Dodecaneso, aún no se aplicara en el resto de Grecia.



1.8. FENICIA

Los emporios mercantiles de Tiro y Sidón que llevaron sus barcos hasta las columnas de Hércules (Estrecho de Gibraltar) conocieron ciertamente, no sólo la posesión Agraria, sino la posesión en barcos y mercancías abandonados en los mares del Mediterráneo por acción de las tempestades

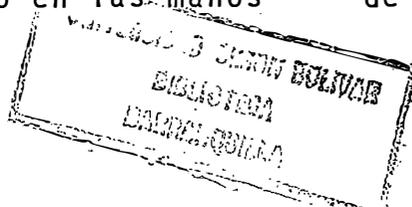
1.9. CIVILIZACION ROMANA

Los Romanos con su brillante Codex Civilis, dieron forma definitiva a la Usucapión y a la posesión, la que definieron perfectamente, creando la paradoja de la posesión.

Los Romanos concibieron la posesión así:

- 1.9.1. Un bien inmueble que una persona sabe que es ajena.
- 1.9.2. Se apropia de él por hallarlo abandonado.
- 1.9.3. Dispone la explotación de él.

Estos tres elementos aún subsisten en las legislaciones modernas, de donde la posesión es una propiedad no en mano de su legítimo dueño, sino en las manos de un



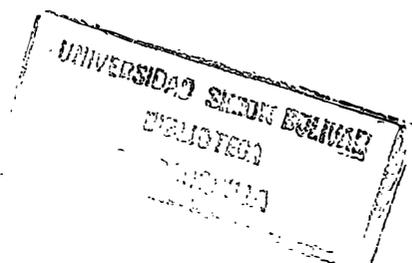
poseedor que encontró abandonado el inmueble y que lo explota con "ánimo de señor y dueño". Esta expresión califica jurídicamente la posesión, pues el poseedor la tiene como si fuera su propiedad, no siéndolo de ella sino de sus frutos, que le pertenecen por ser producto de su trabajo, pero que a pesar de no serlo lo mejora, le introduce perfeccionamientos y en fin hace con él lo que el propio dueño podría hacer, menos enajenarlo. Este concepto Romano se mantiene, lo hemos dicho, en el Derecho Moderno.

1.10. EDAD MEDIA

Ninguna invocación se produjo desde la desmembración del imperio Romano hasta el descubrimiento de América.

1.11. EPOCA MODERNA

El concepto Romano de la posesión persiste, pero ha habido modificaciones en cuanto a los períodos de ocupación de los bienes muebles, como oportunamente veremos en el Marco Social, Más en Colombia se ha introducido una reforma de fondo de la posesión con el nuevo concepto de posesión Corto-Agraria de la que haremos un estudio adecuado, a continuación del Marco Legal.



OBSERVACION

En cuanto a los imperios indianos o precolombinos, la antropología nos dá algunos toques respecto a la posesión entre los Aztecas, entre las cosas, y muy pocos entre los Chibchas, Caribes y Guaraníes.

MARCO CONCEPTUAL

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO
SECRETARIA
TELLECHEA

2. ACEPCIONES PERTINENTES

2.1. PROPIEDAD

En el lenguaje jurídico, es la facultad que tiene una persona de gozar y disponer de algo porque tiene título para ello. Disponer equivale en Derecho a enajenar, es decir,, pasar a otro el dominio que se tiene de esa cosa, pero como Nemo Dat Qui Non Habet (nadie dá lo que no tiene), es necesario que para traspasar la propiedad se sea antes propietario, ésto es, tener el Derecho de disponer de ella. El derecho de propietario de las cosas, también incluye necesariamente la facultad de usar las con toda libertad, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros.

Muy a pesar de toda la amplísima liberalidad que tiene el derecho de propiedad, de disponer, gozar y disfrutar de ella, también tiene múltiples restricciones en su uso, tales como: Los impuestos, la expropiación, las servidumbres legales, los motivos edilicios, los motivos

de higiene, los de incolumidad pública y los motivos de bienestar público y general.

Este carácter individualista del derecho de propiedad , lo atenúa progresivamente en provecho de su carácter y función social, como lo establece normativamente nuestra Constitución Nacional.

2.2. USUCAPION

Viene de Usucapire (ganar la propiedad por el transcurso del tiempo). Esta figura del Derecho Romano, consiste en usar una cosa mueble ajena con ánimo de señor y dueño, deduciéndose, que la usucapión constituye el modo de adquirir a través del tiempo bienes muebles poseídos. Y su diferencia de la posesión radica en que ésta se refiere a bienes inmuebles, y como consecuencia al período de prescripción de la susucapión es mucho menor. En cuanto a su empleo persigue los mismos fines y se necesitan los mismos requisitos de la posesión como oportunamente lo expondremos más adelante.

2.3. LA POSESION

2.3.1. Elementos

La posesión según se expresa en los textos legales, es

la tenencia de una cosa con ánimo de señor o dueño.

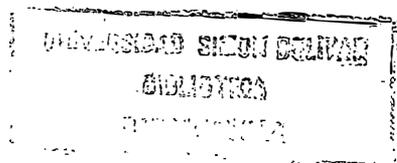
Pero si bien es lo común y ordinario que quien ejerce la posesión es dueño de la cosa, sucede muchas veces que el poseedor no es dueño. Consecuencialmente puede haber un propietario que no es poseedor. Para éstos casos ha existido, desde el Derecho Romano, la acción llamada "reivindicatio", que tiene el dueño que no es poseedor, para obtener que el poseedor que el poseedor no es dueño, le entregue la posesión de la cosa que en tal situación jurídica se encuentra.

Según el Derecho Romano, la posesión se compone de dos elementos: Un elemento intencional o subjetivo llamado animus, y un elemento material o de hecho denominado corpus.

El corpus es la tendencia de la cosa, el animus es la intención, el ánimo de dueño (animus domini).

Es preciso no confundir el animus domini con el animus o affectio tenendi. Este último es el ánimo de tener la cosa más o no como dueño.

El arrendatario tiene el animus o affectio tenendi, por que quiere tener la cosa; pero no tiene el animus domi



ni, porque no es su intención tenerla como dueño.

Según el derecho romano, sólo podían ser objeto de posesión las cosas corporales, puesto que eran las que podían materialmente ser retenidas. Pero llegó a admitirse una cuasi posesión, sobre las cosas incorpóreas, o sea los derechos.

Se adquiría la posesión de una cosa adquiriendo sus dos elementos: corpus y animus. Para adquirir el primero bastaba tener la cosa a disposición de la persona. Se adquiría el segundo concibiendo la intención de ser dueño o el animus domini. Una vez reunidos esos dos elementos se adquiría la posesión.

Pero si bien el corpus podía adquirirse y conservarse, por otra persona, el animus debía ser personalísimo de quien adquiría la posesión, y no podía conservarse por medio de otra.

Consecuencia de ello era que el infans y el loco no podían adquirir la posesión por cuanto, careciendo de discernimiento, no podían dar su animus. Para corregir esto llegó a admitirse que el tutor del infans y el curador del loco podían adquirir la posesión para dicho incapaces prestando su animus en nombre y en lugar de ellos.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, la posesión se perdía con la pérdida de sus dos elementos o de uno de ellos: Animus et corpus, corpus solus, animus solus.

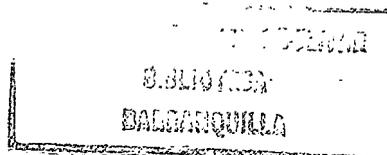
Se perdía corpore et animo cuando el poseedor se desprendía del corpus y del animus domini, como cuando enajenaba la cosa entregándola al adquirente.

Se perdía corpore solo, conservando el animus, cuando otra persona, contra la voluntad del poseedor, se apoderaba de la cosa, en términos que dejaba de estar a disposición de aquel.

Se perdía ánimo solo cuando, conservándose la cosa, se dejaba de obtener el animus, abdicando de él en beneficio de otra persona. Por ejemplo, el vendedor que una vez perfeccionada la venta, se constituía arrendatario del comprador.

2.3.2. Distintas clases de posesión

La simple tenencia sin ánimo de dueño no constituye posesión. Pero los romanos solían llamar esa tenencia possessio naturalis, reservando la denominación de possessio civilis a la tenencia con ánimo de dueño que es la verdadera posesión.



2.3.2.1. Teoría de VON Savigny y Von Ihering

Savigny cuya teoría llamó "subjetiva", expuso los más profundos análisis e interpretaciones al Derecho Romano y dijo al respecto, que para ser considerado verdadero, poseedor de una cosa, es necesario que el que la detente se comporte como propietario; en otros términos que pretenda disponer de la cosa como un propietario, tendría la facultad de hacerlo en virtud de su derecho, lo que implica en particular que no reconozca a nadie más un derecho superior al suyo.

Afirma Savigny que el requisito esencial de toda posesión era el Animus Domini, porque supone la convicción de que realmente se tiene la propiedad: He aquí por qué el ladrón y el bandido pueden tener la posesión de la cosa robada pero no el arrendatario, quien no posee, pues no considera la cosa como suya.

Savigny aplica el concepto expuesto a las distintas relaciones materiales del hombre con las cosas, demuestra cómo según las fuentes romanas sólo el propietario era poseedor, no así los reconocían dominio ajeno. En consecuencia clasificó en dos grupos principales estas relaciones materiales del hombre con las cosas: Relaciones posesorias (Civilis possessio) y relaciones de simple,

detención (Naturalis Possesio).

Ihering, cuya teoría llamó "objetiva", la posesión está constituida por la mera relación material voluntaria del hombre con una cosa. Ihering, afirma que las dos condiciones que en general se requieren para la existencia de la posesión, es, el corpus y el animus, siempre que estos dos elementos concurren se tiene la posesión, a menos que una disposición legal no prescriba excepcionalmente, que sólo hay tenencia.

El "animus" según Ihering, es la voluntad en sentido abstracto, es decir el hecho de querer tener una cosa.

El "corpus" es la relación de lugar, o sea la mera relación material entre poseedor y cosa. Prosigue Ihering diciendo: al lado de las relaciones posesorias, existen las de mera tenencia y tiene exactamente los mismos elementos que las relaciones posesorias, el corpus y el animus. Cabe preguntar qué criterio existe entonces, para calificar de posesorias algunas relaciones, y de mera tenencia, otras. La relación de mera tenencia depende de que, "movidos por motivos prácticos, el Derecho en ciertas relaciones ha quitado los efectos de la posesión al concurso, perfectamente realizado, de las condiciones

Esta última, asevera Ihering, que la noción de la posesión, tal cual el lenguaje la compromete, y tal como el derecho la hace suya, no exige objetivamente nada más que una cosa pueda apropiarse, y subjetivamente una persona que apropiársela. La posesión, pues teóricamente, no resulta excluida o rechazada allí donde esas condiciones faltan. Donde existen, es teóricamente posible, y si a pesar de todo se rechaza, no es en virtud de la teoría, sino en virtud de una disposición legal.

En síntesis la conclusión de las dos teorías es la siguiente:

Tanto Savigny como Ihering coinciden en clasificar en dos grupos las relaciones materiales del hombre con las cosas: Relaciones de posesión y Relaciones de mera tenencia. Los poseedores en ambos pensadores pueden ganar por usucapión la propiedad de la cosa poseída. Los meros tenedores no.

Para Savigny la relación posesoria depende del "animus possidenci", es decir la voluntad de poseer para sí:

Cuando en vez de dicha voluntad se tiene la de poseer para otro, existe una relación de mera tenencia.

Para Ihering la cuestión de si hay posesión o tenencia.

la calificación en particular de la voluntad de poseer nada importa. Todas las relaciones materiales y voluntarias entre el hombre y las cosas, son posesión, las que no lo son, se debe ello a un obstáculo legal o jurídico, que considera que en ciertos casos las relaciones posesorias no deben conducir a la propiedad ni estar protegidas con los interdictos posesorios. En resumen, Ihering, elimina el animus domini de su teoría. Por este motivo se le calificó de Objetiva a su teoría, aunque dicha expresión no le corresponde bien, ya que no eliminó el animus abstracto sino el animus concreto de tener la cosa para sí. Savigny cuya tesis fue calificada de subjetiva, exige la voluntad concreta y singular, de querer tener la cosa como dueño.

Entonces la diferencia consiste en el grado de voluntad con que se posea: Voluntad calificada o voluntad superior (animus domini), es decir querer tener la cosa para así, en forma exclusiva: voluntad no calificada o inferior (abstracta) querer tener la cosa, darse cuenta de que se tiene sencillamente.

Estas dos clases de voluntades se captan suficientemente si comparamos la voluntad de un arrendatario con la de un propietario.

2.3.2.2. Posesión justa e injusta

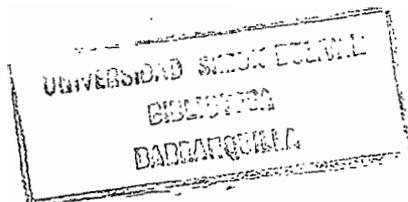
La posesión se decía justa cuando había empezado nec, vic, nec clam, nec precario: Sin violencia, sin clandestinidad y sin precariedad.

Se llamaba injusta o viciosa cuando había empezado con algunos de aquellos tres vicios. Con violencia, cuando se había ejercido ésta contra las personas o las cosas, para hacerse a la posesión. Con clandestinidad cuando se había tomado la cosa ocultando el hecho al anterior, poseedor para evitar su resistencia. De manera precaria, cuando se había empezado por concesión de otra persona, pero con destino a reintegrarse en ella cuando a bien lo tuviera.

La posesión injusta era protegida contra terceros, más no contra el poseedor de mejor derecho, esto es, la persona contra la cual se poseía de manera injusta.

2.3.2.3. Posesión Bona Fidei y Mala Fidei

Posesión de buena fé era la que se adquiría con la convicción de no violarse en ella derecho ajeno; ésto es, en la creencia de ser legítima. La que de esa manera no se adquiría, era de mala fé.



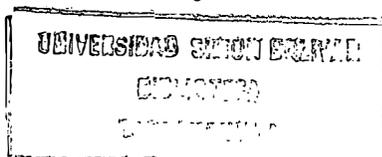
Se podía ser poseedor injusto, pero de buena fé, v. gr , si una persona, creyéndose con derecho a una cosa, la tomaba por la fuerza a quien la estaba poseyendo.

Al contrario, podía haber posesión justa, pero de mala fé, v.gr; la de la persona que había tomado la cosa sin violencia, sin clandestinidad y de manera no precaria , pero a sabiendas de no ser dueño de ella.

3.3.3. Protección Posesoria

El derecho romano protegía a la persona de cualquier clase, ya para hacerla conservar por quien la tenía, ya para que fuera recuperada por quien injustamente había sido despojado de ella. El pretor instituyó con ese fin los interdictos posesorios, que eran de tres clases: interdicta retinendae possessionis, interdicta recuperandae possessionis, e interdicta adispiscendae possessionis , destinados a retener, recuperar y adquirir la posesión , respectivamente. Pero estos últimos, destinados a obtener una posesión que no se ha tenido, no forman propiamente entre los medios de protección posesoria.

Los interdictos recuperandae fueron dos: interdictum de vi, a favor de quien había sido despojado de la posesión de un inmueble por medio de la fuerza y el interdictum,



de precario, a favor de quien había cedido a otro la posesión de una cosa de manera precaria, es decir, con la condición de poderla recuperar a su voluntad. Si el poseedor precario no quería restituir la cosa, el poseedor cedente, por el sólo hecho de su posesión anterior, podía recobrarla mediante el interdicto de precario.

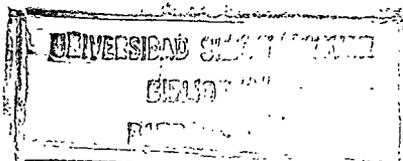
Cuando no era posible hacer uso de los interdictos posesorios, v.gr.; para el caso de despojo violento de la posesión de una cosa mueble, siempre había protección posesoria mediante el ejercicio de otras acciones fundadas en el principio prohibitivo del enriquecimiento sin causa.¹

2.3.4. Relaciones materiales del hombre con las cosas de la naturaleza

2.3.4.1. Importancia de éstas relaciones

La posesión de las cosas como institución jurídica, nació

¹ MEDELLIN, Carlos J. y MEDELLIN F., Carlos. Lecciones de Derecho Romano. Universidad Externado de Colombia.



para regular las relaciones de orden material del hombre con la naturaleza.

Ellas constituyen el supuesto necesario de cualquier orden jurídico, tanto de los pueblos primitivos como de los pueblos civilizados.

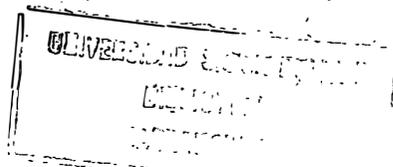
La conservación exige fatalmente un contacto material con la naturaleza que lo rodea, pues solo ella le suministra cosas para satisfacer sus necesidades de orden material

Sin cosas la naturaleza humana habría perecido.

Relaciones materiales del hombre con la naturaleza se han realizado, y se realizan hoy mediante la apropiación de los bienes que requiere para su sustentación.

Apropiación individual o colectiva, transitoria o permanente, pero con apropiación en todo caso.

El hombre primitivo satisfacía sus necesidades mediante la ocupación de los animales (caza, pesca); esta ocupación no indica sino un poder de hecho que la fuerza humana ejerce sobre las cosas. El hombre moderno ha extendido extraordinariamente su dominación sobre la naturaleza; es el único ser del cual puede predicarse que ha

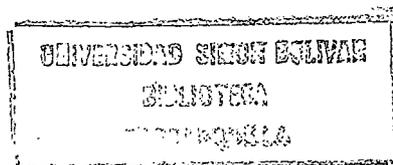


dominado totalmente. Más el mismo principio de inteligencia que guió al hombre del período inferior del salvajismo, lo ha guiado en todos los períodos subsiguientes hasta el actual; denominado período de la civilización: posee las cosas, tomarlas, someterlas a su fuerza, en fin dominar la naturaleza.

La posesión comenzó por indicar algo muy fácil y simple de entender: tener una cosa a nuestra disposición, ejercer sobre ella un poder de hecho.

El término posesión desde sus orígenes tuvo un sentido especializado. Evidentemente de las muchas relaciones que el hombre puede establecer, solo algunas de ellas recibe el nombre indicado. Así: Las relaciones que el hombre establece con otros hombres, las que existen entre marido y mujer o entre padres e hijos, jamás han recibido la denominación de relaciones posesorias.

Ahora bien esta primera idea encerrada en la palabra posesión no ha cambiado esencialmente a través de la historia jurídica. Siempre ha servido para indicar un grupo especial de relaciones: las que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, a fin de satisfacer sus necesidades materiales.

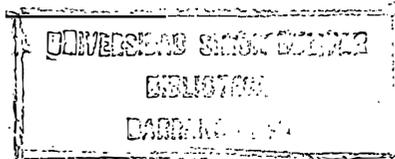


2.3.4.2. Toda relación material del hombre con la naturaleza debe ser voluntaria

El hombre establece contacto material con una cosa, de diferentes modos. En primer término nos encontramos con relaciones materiales que sólo indican una simple proximidad de lugar entre la persona y la cosa, estas relaciones son involuntarias. Se tiene una cosa sin querer tenerla. Tal es el caso del prisionero sujeto con cadenas que antes de poseerlas, más bien cabe decir que las cadenas lo poseen a él. En el mismo sentido, la silla en que se sienta un visitante, no engendran relaciones posesorias. La razón decisiva es la de que no se quieren tener esas cosas; tan solo existe una relación de proximidad espacial.

Estas relaciones materiales con las cosas totalmente objetivas permanecen al margen del derecho. El orden jurídico solamente se ocupa de las relaciones materiales que son queridas, es decir voluntarias. La posesión se introduce en el terreno jurídico, cuando aparece la conciencia del hombre ejerciendo el poder material sobre una cosa.

Dos elementos, son necesarios para que una relación material del hombre con una cosa adquiera sentido jurídico:



__ La relación material en sí: Tomar la cosa, tenerla, ocuparla, poseerla.

__ La conciencia de una persona: Esto es, la voluntad de tener una cosa.

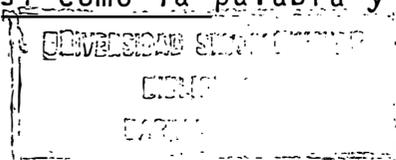
El elemento material fue denominado por los Romanos con el nombre de Corpus, y el psicológico, con el de Animus.

¿Cómo se conexionan entre sí el elemento subjetivo y objetivo de la relación posesoria, es decir, el Corpus y el Animus?.

Estos dos elementos forman un todo indivisible, preguntar qué vale más, si mi voluntad de tomar una cosa o la relación material en sí, es tanto como preguntar qué elemento prevalece en la acción humana: si el psicológico o el físico.

La posesión no es, la simple reunión del corpus y el animus, lo que implicaría para cada una de esas dos condiciones una existencia previa, sino que el corpus es el hecho de la voluntad: no existe en el pasado, al modo que la palabra no existe antes de ser pronunciada.

El corpus y el animus son entre sí como la palabra y el pensamiento.



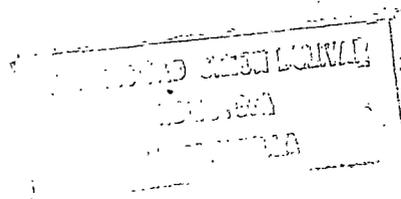
En los sistemas latinos no existe un término lo suficientemente amplio para designar todas las relaciones jurídicas materiales del hombre con las cosas. El término posesión sólo indica un grupo de tales relaciones; lo mismo sucede con la detentación o mera tenencia.

En el Derecho Francés, la palabra posesión se le emplea en dos sentidos: primeramente, para indicar toda relación material; y en segundo lugar, para indicar la relación posesoria propiamente dicha.

En el primer sentido suele distinguirse la posesión propiamente tal de la posesión que no corresponde al ejercicio de un derecho real, con el nombre de posesión precaria o detentación (possession o detention).

En el sistema Romano la palabra posesión indicaba toda relación material del hombre con las cosas. La posesión que engendraba la propiedad por usucapión, recibía el nombre de Civilis possessio.

Existen vocablos adecuados para designar cada grupo de relaciones materiales: possession en nombre propio, posesión en nombre ajeno, posesión subordinada, etc: pero falta un término que las abarque a todas.



Ante esta deficiencia del lenguaje emplearemos indistintamente las expresiones relación material, relación posesoria, poder de hecho o señorío efectivo en el sentido más amplio y abstracto, es decir, cualquier relación material y voluntaria del hombre con una cosa.

Cada grupo de relaciones se dará a conocer con algún adjetivo o frase complementaria, por ejemplo: posesión de propietario, o posesión en nombre propio, posesión de usufructo; posesión de buena o mala fé, etc.

2.3.4.3. Elemento esencial de las relaciones posesorias: El poder de hecho

Toda relación jurídica del hombre con las cosas implica un poder de hecho o potestad efectiva.

2.3.4.3.1. El poder de hecho es común a toda relación material entre el hombre y las cosas. El propietario, el arrendatario, el depositario, el acreedor prendario, el ladrón, etc, se encuentran en contacto material con una cosa, ejercen sobre ella una potestad o poder de hecho. Cómo se determina en cada caso si existe o no un poder de hecho?.

2.3.4.3.2. Una cosa está sometida a nuestro poder cuando sobre ella podemos ejecutar actos materiales, ya sea de simple conservación (depositarios, acreedores prendarios), ya de uso (arrendatarios), ya de goce y disposición (usufructuarios, propietarios).

No es necesario, desde luego, que la cosa esté actualmente presente, ni que sobre ella ejecutemos continuamente actos materiales, pues no todas las cosas son susceptibles de una misma relación material.

Sobre este particular sigue siendo exacta la doctrina de Ihering, para quien los poderes de hecho o relaciones posesorias se exteriorizan de distinto modo.

Sin duda, cuando se habla de relaciones materiales con las cosas o poderes de hechos, se hace referencia a cierta conexión local entre personas y cosas. Más el poder de hecho no se puede caracterizar por esta simple conexión espacial; se necesita, especialmente, que exista iniciativa personal en quien tiene el poder de hecho o sea la posibilidad inmediata de obrar sobre la cosa.

Por esta razón muchas relaciones no constituyen relaciones jurídicas por la ausencia de toda iniciativa personal.



2.3.4.33 La iniciativa personal de obrar sobre la cosa implica que todo poder de hecho en grado más o menos acentuado, debe ser voluntario; que no existen poderes de hecho totalmente objetivos. Así si alguien introduce, en mi bolsillo una suma de dinero sin mi conocimiento, es natural que, a pesar de la conexión entre la cosa y la persona, no tengo ningún poder de hecho sobre esa suma, de dinero.

La expresión poder de hecho lleva en sí un elemento voluntario; hablar de poderes de hecho totalmente objetivos, es decir, desprovistos de toda voluntariedad, representa un contrasentido.

2.3.4.3.4. La cuestión de si se tiene o no un poder de hecho sobre las cosas, se resuelve según las costumbres y usos sociales. Trátase en verdad, como lo advierten - Wolff y Raiser, de un concepto elemental. Es la opinión general, la que ha de dar la pauta para juzgar si la relación entre una persona y una cosa es o no señorío de hecho. "Señorío es lo que aparece como tal ante la conciencia común".

2.3.4.4. Pluralidad de poderes de hechos sobre una misma cosa

El concepto de relación jurídica material con una cosa

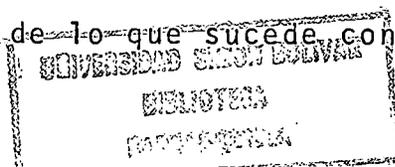
o poder de hecho es relativo, y sobre todo, objetivo.

Normalmente una persona ejerce el poder de hecho sobre la cosa. Será posible que varios sean al mismo tiempo poseedores de una misma e idéntica cosa?.

Los viejos juristas no pudieron resolver satisfactoriamente semejante problema. En efecto, los romanos partían de la idea de que toda posesión era exteriorización del derecho de propiedad, y daban a aquella las mismas notas que a la propiedad. En consecuencia, la posesión sobre una cosa en forma exclusiva sólo podía ser ejercida por una persona.

En derecho actual existen diferentes formas de concebir la relación posesoria y de resolver el problema planteado. Ante todo, la posesión ha cesado de ser la mera exteriorización del derecho de propiedad. La posesión es en sí sólo un poder de hecho, un señorío efectivo sobre la cosa. En la caracterización de semejante poder de hecho, se hace abstracción del derecho que en muchos casos es exteriorización; además, no es posible que el poder sea emanación precisamente de la propiedad, pues bien lo puede ser de cualquier otro derecho.

"Sin duda varias personas pueden poseer al mismo tiempo una cosa, es decir, a semejanza de lo que sucede con los



derechos, puede contemplarse la pluralidad de poseedores, la cual es concebible desde varios puntos de vista.²

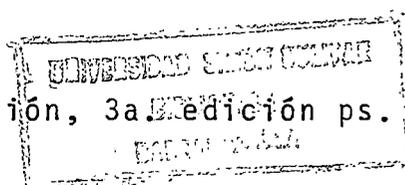
2.3.5. La voluntad en la posesión

2.3.5.1. Intervención de la voluntad en las relaciones posesorias

Toda relación posesoria supone la intervención de la voluntad del poseedor. Justamente lo que ha hecho necesario regular las relaciones de las personas con las cosas ha sido la circunstancia de que el hombre, mediante el dominio de la naturaleza, somete a su voluntad los objetos que la forman. Esta subordinación es lo que se llama poder de hecho o relación posesoria.

2.3.5.1.1. Las mismas expresiones poder de hecho, señoría efectivo, potestad material, relación posesoria y otras equivalentes, no son concebibles sin un elemento de orden psicológico. Este elemento lo examinaremos en su forma abstracta. No es necesario precisar qué clase de voluntad es la que se debe tener: si la de ejercer el poder de hecho para sí o para otro. El arrendatario, el propietario, el depositario, el ladrón, se relacionan voluntariamente con las cosas que se le arriendan,

² VALENCIA ZEA, Arturo. La Posesión, 3a Edición ps.

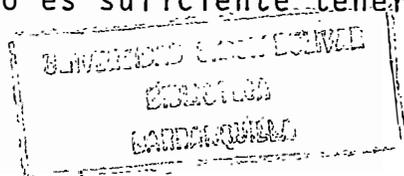


compra, se le depositan, o roba.

Existe igualmente la voluntad cuando la relación posesoria permite al poseedor una amplia autonomía en el uso de la cosa, también como en los casos en que esa autonomía se encuentra limitada.. El que posee como propietario es el que tiene una mayor autonomía para disponer de la cosa; dicha autonomía se halla limitada en los arrendatarios, depositarios, comodatarios, etc.

2.3.5.1.2. La intervención de la voluntad en las relaciones posesorias ha sido un problema intensamente discutido en la más moderna doctrina. En cambio los antiguos juristas no tuvieron, en verdad, conciencia exacta del problema. Efectivamente: los romanos no alcanzaron a estructurar una noción completa de las relaciones materiales del hombre con las cosas, debido a que tomaron como punto de partida una voluntad concreta, es decir, una de las varias voluntades que se dan en determinados grupos de relaciones posesorias, y no la voluntad abstracta o genérica.

A este respecto dice Savigny, al analizar los elementos de la posesión: "para que pueda ser considerada como posesión la detención (corpus) debe ser intencional, es decir, para ser poseedor, no es suficiente tener una



cosa, es necesario querer tenerla. ---

Más este querer tener una cosa, se asimila al *animus possidendi*, el cual "no es otra cosa sino la intención de ejercer el derecho de propiedad".

Esta orientación del derecho romano es constante a través de todos sus intérpretes, ello es fácil de explicar. El jurista romano no gustaba de las lucubraciones científicas; partía de hechos, especialmente de los más comprensibles. Las relaciones materiales que implicaban el ejercicio de la propiedad, eran las más notorias y frecuentes.

Unas personas aparecían ejerciendo la propiedad (*civilis possessio*); otras, una propiedad ajena (*naturalis possessio*). De ahí las dos voluntades concretas que conocieron. Voluntad de poseer para sí y voluntad de poseer para otro.

2.3.5.1.3. Este punto de vista del derecho romano se acentuó en los países que más tarde se gobernaron por aquel sistema. La posesión es estudiada como un capítulo complementario de la propiedad, como la forma de su ejercicio. No es de extrañar que la escuela de los Pandectistas alemanes considerase como parte integrante e

sencial de la propiedad, la posesión de una cosa.

2.3.5.1.4. Sin duda, el primer estudio de las relaciones posesorias realizado en forma abstracta, se debe a Ihering. Según este autor, toda relación posesoria es voluntaria.

"Ni el lenguaje, ni el derecho, ni la ciencia, consideran como posesión la simple relación en el espacio de la persona con la cosa..... Sin voluntad no hay relación posesoria.....; el contacto corporal, aunque sea inmediato, cuando se verifica sin conocimiento y sin voluntad por parte de la persona no produce posesión. El mero conocer no basta aún para este efecto".

Ihering no refiere el término posesión a la voluntad de tener la cosa para sí como lo hace el propietario, sino al hecho de tener la cosa voluntariamente. La voluntad, concreta, de tener la cosa para sí o tenerla para otro, según la doctrina enseñada por Savigny y Windscheid, es reemplazada por una voluntad genérica o abstracta: tener la cosa voluntariamente.

Ihering denominó su doctrina con el nombre de "teoría objetiva", únicamente en el sentido de que su construcción, se ha realizado sin el animus domini o animus rem sibi habendi de Savigny, no en el sentido de que prescindiera de la voluntad en sentido genérico. "Cuando las dos condiciones que en general se requieren para la existencia de la

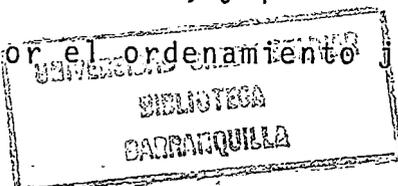
posesión, ésto es, el corpus y el animus, concurren, se tiene siempre la posesión".

2.3.5.2. Exteriorización de la voluntad posesoria

Se ha llegado a la firme conclusión de que no son posibles relaciones jurídicas del hombre con las cosas totalmente objetivas, que en todas se descubre un elemento subjetivo, o sea la voluntariedad o intención.

Podemos decir que ningún interés existe para el comercio en general, ni para la aplicación del derecho, en tener en cuenta y gobernar mediante normas totalmente objetivas entre el hombre y las cosas. El hombre establece contacto espacial sólo con aquellas cosas que presentan para él algún interés, que le sirven para la satisfacción de alguna necesidad. Es la satisfacción de las necesidades humanas lo que justifica toda relación del hombre con la naturaleza.

Naturalmente, al lado de las relaciones en las que puede descubrirse un interés, ocasionalmente, existen relaciones transitorias, totalmente objetivas en razón de carecer el hombre de todo interés en ellas; por falta de ese interés no constituyen relación posesoria., y por lo tanto, no se encuentran protegidas por el ordenamiento jurídico.



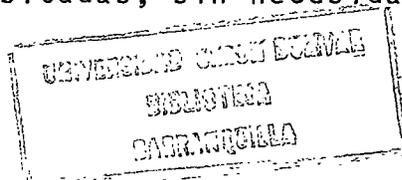
La exposición hecha en los párrafos anteriores adquirirá mayor comprensión y firmeza, al examinar ahora cómo se revela o exterioriza la voluntad posesoria, es decir, cómo se hace presente el interés que el hombre demuestra, por las cosas.

2.3.5.2.1. La voluntad posesoria no necesita ser expresada; puede ser tácita. Una voluntad expresa (directa) es la que en forma directa e inmediata se da a conocer mediante algunas de las formas ordinariamente reconocidas, para declararse o exteriorizarse (la palabra escrita).

En cambio, una voluntad tácita (indirecta) es la que cabe deducirse de determinados hechos, de la conducta de la persona.

La voluntad posesoria puede ser deducida de hechos, de circunstancias; no es necesario que el poseedor exprese en forma directa e inmediata la voluntad de adquirir la posesión de que cada cosa de las que adquiere, ni menos que en cada momento tenga conciencia plena de todas y cada una de las cosas que se encuentran bajo su control o influencia.

Por este motivo el dueño de un buzón adquiere la posesión de las cartas que en él son depositadas, sin necesidad de

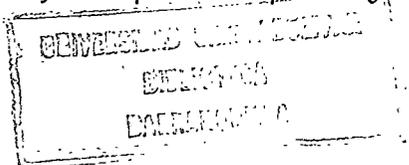


que esté presente en el momento en que la carta es depositada. No importa la falta de conciencia en tal momento, existe en todo caso una voluntad tácita deducida del hecho de ser dueño del buzón y de haberlo hecho colocar precisamente para que en él depositen cartas, periódico etc.

Es suficiente que la cosa se encuentre en la esfera de dominación del poseedor. Así, se estima que en relación con la casa en que una persona habita, el habitador posee todas y cada una de las cosas que en dicha casa se encuentren, por una parte, y, por otra, las que allí le son entregadas en su ausencia.

2.3.5.2.2. Existe, pues, una acentuada diferencia entre la voluntad que se requiere para celebrar determinados negocios de enajenación de inmuebles y la que se exige, para adquirir y retener la posesión de cosas muebles.

La voluntad en la venta de un inmueble debe ser expresa: nunca puede presumirse. Pero varía senciblemente la cuestión cuando nos referimos a la voluntad que se necesita para adquirir la posesión de cierto número de cosas muebles. En razón, precisamente, de que semejantes cosas suelen a veces ocupar la posición de partes accesorias o integrantes de una cosa principal, compuesta por ejemplo



un establecimiento comercial. Sin duda, el poseedor del establecimiento es poseedor de todas las cosas que prestan alguna función para la marcha de aquel.

En este sentido señala H. Westermann que "es suficiente para el establecimiento de la posesión, que la cosa se encuentre colocada en una organización, que normalmente corresponda a una esfera de denominación".

Con razón se advierte que no es necesaria siempre una voluntad singular o concreta, siendo suficiente en muchos casos una mera voluntad genérica la que se aplica, en general a todas las cosas que se encuentren en la zona de influencia del poseedor.

2.3.5.2.3. Al hablar de la voluntad tácita o presunta, como de una voluntad genérica para explicar el elemento subjetivo de un gran número de relaciones posesoria, desaparecen muchas de las objeciones que fueron presentadas por quienes querían interpretar dicho elemento con los mismos criterios con que apreciamos las declaraciones de voluntad en los negocios importantes de la vida práctica.

No obstante, alguien podría decir que al extender excesivamente la interpretación de las voluntades tácitas o genéricas, llegamos a confundir una relación objetiva en sí con una voluntad genérica o tácita. Sin embargo

no es así, ya que pueden indicarse en forma clara los límites entre la ausencia de voluntad y la existencia de voluntades genéricas o presuntas.

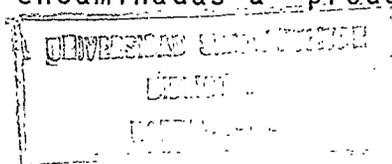
2.3.5.3. De la capacidad posesoria de las personas físicas

La posesión no sólo requiere la existencia de una voluntad, sino que exige, además, determinada capacidad de obrar en el poseedor.

2.3.5.3.1. Para la validez de los negocios jurídicos, especialmente a los contratos, suele exigirse la existencia de una voluntad plenamente desarrollada, la cual se presume existir únicamente en las personas que han cumplido 18 años y no padecen enfermedad mental alguna.

Pero la capacidad para exteriorizar una voluntad capaz de adquirir o retener una relación posesoria, no sigue la regla general; se exige una capacidad de grado inferior.

La razón de esta especial reglamentación de la capacidad posesoria, es bien clara: el ejercicio de un derecho mediante negocio jurídico, requiere una o varias declaraciones de voluntad encaminadas a producir



determinados efectos jurídicos, entre los cuales se encuentran actos de disposición, de administración, etc.

En cambio la relación posesoria se integra, por un simple poder de hecho; y para que sea posible dicho poder o señorío, y, ante todo, para que la conciencia popular reconozca la existencia de tal poder solo exige una voluntad o capacidad natural.

La llamada voluntad natural hace relación a "la natural capacidad de entender y querer".

Por tal circunstancia, el niño que va a la escuela posee su cartera y sus libros; mientras que el loco furioso, la persona sumida en el delirio de la fiebre o el niño de pecho, no pueden constituir posesión.

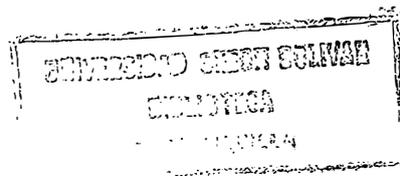
El Código Civil de Bello establece que los incapaces "no necesitan autorización alguna para adquirir la posesión de una cosa mueble, con tal tal que concurren en ello la voluntad y la aprehensión material".

"Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos, o para otros".

Dicho Código señaló claros límites en relación con las personas que tienen capacidad o voluntad natural. Se presenta un problema en relación con los infantes, o sean los menores de siete años, a quienes se estima incapaces de establecer una relación material con una cosa que tenga sentido jurídico, y, por lo tanto, desprovista de toda protección jurídica. De aplicarse en forma rigurosa tal regla tendríamos que cualquier podría arrebatar impunemente a un niño de seis años sus útiles de estudio, en lo cual, observando estrictamente la regla, no habría incorrección alguna. No obstante no es así. Las costumbres y los usos sociales tienen derogada la regla en semejantes casos.

La cuestión se agrava con los dementes. Aplicando el texto a los dementes declarados en incapacitación por sentencia judicial, resulta que muchos de ellos no pierden la voluntad natural; pueden darse cuenta de que poseen cosas y no es justo, en consecuencia, no dar protección alguna a semejantes relaciones posesorias.

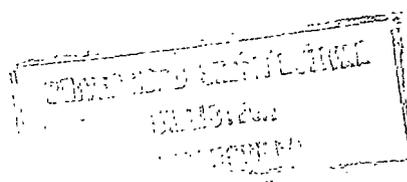
Más real y el lógico es el camino que han seguido algunos legisladores al no señalar límites exactos a la mencionada voluntad natural, dejando la resolución en los casos concretos a la doctrina y a los jueces.



En tal dirección el Derecho Alemán. La doctrina se limita a decir que solo es necesaria una "voluntad lo suficientemente madura para poder dirigirse a una relación duradera con la cosa".

2.3.5.3.2. La voluntad posesoria no constituye una declaración de voluntad negocial. Esta clase de capacidad, especialmente la capacidad contractual, está dirigida a la producción de determinados efectos jurídicos.

Así, en la compra-venta, la declaración de voluntad del vendedor se dirige a la transmisión de la propiedad de una cosa y al precio que por tal transmisión recibe; y la declaración del comprador debe perseguir el adquirir la propiedad y pagar un precio. La capacidad posesoria en cambio, se encadena únicamente con un hecho de la vida real: el poder de hecho. Nada más se exige para que exista la voluntad posesoria. No se requiere que el adquirente de una posesión tenga la voluntad de hacer suya la cosa, o quiera poseer en nombre de otro, (aunque en muchos casos tal voluntad se concreta en alguna de esas dos direcciones), sino, simplemente, que tenga conciencia de tomar la cosa. En resumen, es la especial circunstancia de que el poder de hecho sea voluntario. En ningún caso puede separarse de ese señero o poder de voluntad.



Por tal circunstancia no cabe hablar de la nulidad de la voluntad en una relación posesoria.

2.3.5.4. Capacidad posesoria de las personas jurídicas

No solo las personas físicas, pueden ejercer poderes de hecho sobre las cosas. En general dentro de moderna doctrina, es indiscutible que una persona jurídica puede establecer relaciones posesorias sobre todas las cosas que someta a un señorío efectivo en el desarrollo de su actividad.

2.3.5.4.1. El derecho civil moderno enseña que la capacidad de obrar de las personas jurídicas se exterioriza, mediante los órganos. Pero mientras que los órganos de las personas físicas - o sea el cerebro, los brazos, etc- son algo que pertenece a su propia corporeidad, en el organismo social de las personas jurídicas se necesita una constitución especial de los órganos".

Los órganos de las personas jurídicas son una o más personas físicas autorizadas por los estatutos o por la ley para expresar una voluntad: la propia voluntad de la persona jurídica. Así, en las asociaciones (sociedades, y asociaciones con fines ideales), la asamblea general de miembros es el órgano principal que tiene capacidad para expresar la voluntad de tales personas; en las fundaciones el órgano esencial es la dirección que suele ser e

jercida por una junta directiva. Fuera de estos órganos existen otros (gerente, síndico, etc).

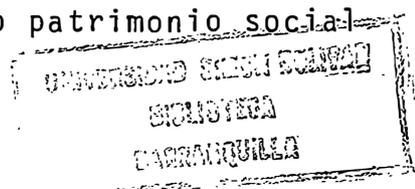
Solo pueden ser órganos las personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva de la persona jurídica, y, por tal motivo, todos los actos realizados en la ejecución de dicha función se imputan directamente a la misma persona jurídica.

De manera pues que dos calidades dan una o varias personas el caracter de órgano:

— Ejercer una función propia del giro ordinario de los negocios a que se dedica la persona jurídica.

— Que dichas personas hayan sido designadas como órgano para la realización de tal función, por los estatutos o por la ley. En consecuencia, la adquisición de la posesión se mirará como adquisición hecha directamente por la persona jurídica, cuando se realiza por un acto de los órganos en cumplimiento de una función colectiva de la misma.

Así cuando un gerente debidamente autorizado compra una cosa, y ella ingresa al capital o patrimonio social de



la persona jurídica, es ésta la que ha adquirido la posesión.³

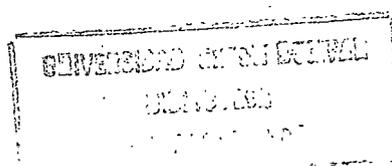
2.3.5.5. Posesión sobre cosas principales, partes integrantes y pertenencias

Con el nombre de partes integrantes, designa la doctrina aquellas cosas que desde el punto de vista económico y jurídico no son independientes entre sí, sino que hacen parte de otra cosa calificada principal.

En general, la relación posesoria cuyo objeto es una cosa compuesta, comprende igualmente la de sus partes integrantes. El motivo es claro: normalmente la parte integrante guarda cierta conexión corporal con la cosa principal y, además, según concepciones del tráfico, forman una sola unidad.

Es lo que sucede con las construcciones, los árboles, las cosechas, etc, que miran como partes integrantes del

³ Ibid, ps. 21 - 27.



suelo; las instalaciones sanitarias y las de corriente eléctrica en relación con un edificio etc.

Es elemental que en estos casos la relación posesoria que tiene por objeto un inmueble o un edificio, se extiende sobre las partes integrantes.

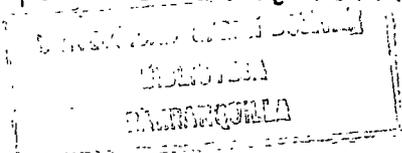
Las pertenencias son las cosas muebles que, sin ser partes integrantes de una cosa principal, están destinadas a servir al fin económico de ella.

La pertenencia pues, es una cosa accesoria económicamente, es decir, sirve a otra cosa mueble o inmueble; no es parte integrante en el sentido que conserva su propia corporeidad, como sucede con los utensilios, los animales, etc., que el poseedor de la finca destinada para su cultivo y explotación.

Mientras las pertenencias estén prestando un servicio a la cosa principal, solo cabe hablar de una relación posesoria; o lo que es lo mismo, normalmente la posesión de una cosa principal implica la posesión de sus pertenencias.

2.3.5.6. Posesión de objetos que no son cosas - Posesión de Derechos

Los juristas romanos refieren la posesión al ejercicio del

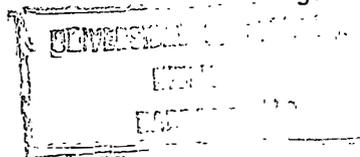


derecho de propiedad. Pero como en relación con el ejercicio del derecho desembargados de la propiedad se daba igualmente el ejercicio de un poder de hechos sobre cosas, dichos poderes recibieron la denominación de quasi possessio.

La quasi possessio romana comprendió una determinada clase de poderes de hechos sobre cosas; pero en todo caso se refirió a poderse de hecho sobre cosas. Savigny expresa que la figura jurídica de la Juris quasi possessio fué mal comprendida por los jurisconsultos que interpretaron el derecho posesorio romano y por ello la refirieron al ejercicio de cualquier derecho.

La ampliación del concepto primitivo de posesión implicó la ampliación del objeto de las relaciones posesorias, pues es natural que existan muchos derechos que no se ejercen sobre cosas de la naturaleza.

Pothier conserva la idea original de que el objeto de la posesión son cosas; pero admite la cuasi posesión no para las cosas que forman el objeto de los derechos de sembrados de la propiedad, como en el derecho romano, sino para toda clase de derechos. En otros términos, Pothier distingue la posesión que recae sobre cosas y la cuasi posesión que se refiere a los derechos en general.



Recordamos su pensamiento: "Solo las cosas corporales son susceptibles de posesión. Las cosas incorporales, es decir, aquellas que no son susceptibles de una verdadera posesión propiamente dicha; pero lo son de una cuasi posesión".

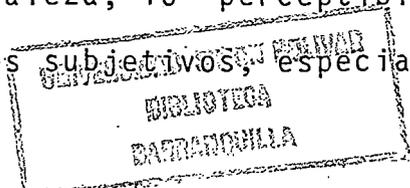
Agrega el autor citado: "Esta cuasiposesión de un derecho consiste en el goce que tiene aquel a quien pertenece".

Esta doctrina de Pothier, que indica en sí una deformación de la cuasi possessio romana, sufre una nueva transformación en el Código de Napoleón de 1804, pues el artículo 2228 hable de posesión de cosas como de posesión de derechos.

Antes de analizar las fallas lógicas de esta extensión del objeto originario de la posesión, veamos cual puede ser la causa desvirtuación del sistema romano en el antiguo derecho francés.

El origen de esa falla se encuentra en el mismo sistema, romano, efectivamente que en este derecho se distinguieron dos clases de cosas las denominadas cosas corporales y las cosas incorporales.

Aquellas eran los entes de la naturaleza, lo perceptible por los sentidos; estas los derechos subjetivos, especial

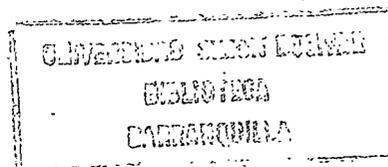


mente los créditos. Dicha clasificación nació de una confusión. Los romanos confundieron el derecho de propiedad (su titularidad) con el objeto, o sea la cosa sobre la cual se ejerce.

Es verdad que en la propiedad se acentúa una correspondencia al derecho y la cosa; entre el poder jurídico (titularidad) y la cosa sobre la cual se ejerce. Es más el mismo derecho de propiedad llegó a designarse corrientemente por el objeto. El propietario en vez de decir "mi derecho de propiedad sobre esta casa", abreviadamente dice: "mi casa". Esta incorrección del lenguaje en sí es inofensiva; lo grave consiste en elevarla a doctrina.

Al observar los romanos que una persona componía sus bienes con propiedades sobre cosas y con créditos, y que estos se materializaban en una cosa, por una parte, y, por otra, al materializar la propiedad con el objeto, era apenas natural que clasificaran los bienes en cosas y derechos. Las cosas, en realidad como bienes eran propiedades y las denominaron cosas corporales; los demás derechos no susceptibles de materializarse con la cosa, recibieron el nombre de cosas incorporales.

Es un hecho cierto que Pothier, al explicar la posesión, estuvo dominado por esta clasificación. Y dijo que la

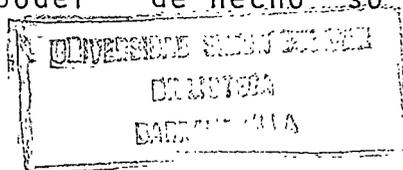


posesión recaía tanto sobre cosas corporales como sobre cosas incorpóreas. No obstante, advirtió que la verdadera posesión era la de cosas (corporales); que la posesión de cosas incorpóreas, es decir, derechos era apenas una cuasiposesión. Más tarde se prescindió del término cuasiposesión, por resultar más cómodo hablar de posesión de cosas y de posesión de derechos.

La moderna doctrina de los expositores franceses rechaza en forma unánime una teoría general de la posesión de derechos. Todo se debe a una confusión entre la titularidad del derecho y su ejercicio.

Cuando se dice que el acreedor es poseedor de su crédito, se está indicando que es titular de dicho crédito cuando se dice que el usufructuario es poseedor de un derecho de usufructo, se está haciendo referencia a la titularidad o existencia del derecho y no a su ejercicio.

En verdad que todos los derechos son susceptibles de ejercerse; pero solamente los derechos patrimoniales que recaen sobre cosas, pueden ejercerse mediante un poder de hecho sobre el objeto; los derechos que no recaen directamente sobre cosas, no son susceptibles de exteriorizarse o ejercerse mediante un poder de hecho so-



bre una cosa, no son susceptibles de exteriorizarse o ejercerse mediante un poder de hecho sobre una cosa.

La doctrina moderna rechaza una teoría de la posesión de derechos, para conservar la idea primitiva de que la posesión se ha traducido siempre, y se traduce hoy en día, en un poder de hecho sobre una cosa.

Bello refirió la posesión a las cosas, como puede verse al consultar los artículos 762 y siguientes del Código Colombiano.- Pero el artículo 776 de este Código dice que la "posesión de las cosas incorporales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal".

Se trata, pues, de una simple referencia a la posesión de derechos, de un homenaje tributado a Pothier sin ninguna consecuencia de orden práctico, pues las acciones posesorias, la usucapión y demás efectos de la posesión, solo se otorgan al poseedor de cosas y nunca al poseedor de derechos.

Una conclusión definitiva del derecho civil moderno es la que únicamente las relaciones materiales que el hombre establece con las cosas de la naturaleza, constituyen posesión. El ejercicio de derechos que no impliquen "un poder de hecho sobre una cosa", no engendra u

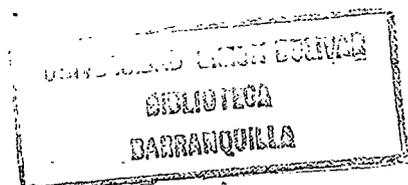
na relación jurídico material con la naturaleza; no pueden estar protegidos dichos poderes con las acciones que protegen la posesión de cosas: acción de recuperación y de conservación.

2.3.5.7 Posesión de herencia.

El conjunto de bienes (derechos reales, personales, inmateriales, etc.) que es necesario transmitir a los herederos con ocasión de la muerte de una persona; se mira como formando una unidad jurídica que se denomina herencia.

Esta totalidad de bienes (o universalidad jurídica) se forma automáticamente en el momento de la muerte de una persona; y en ese mismo momento surgen los titulares de ella: los herederos. En consecuencia, el heredero es sujeto de derechos sobre la herencia desde la muerte del causante.

No obstante, esta idea tan sencilla fue objeto de múltiples confusiones en el antiguo derecho consuetudinario francés. Se dijo que la herencia era objeto de una especie de posesión por parte de ciertos herederos, a quienes se transmitía de pleno derecho en el momento de la muerte del de cujus. Esta es la conocida institución de la saisine del artículo 724 del Code.

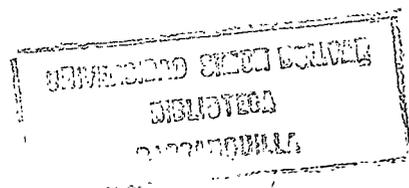


Sin embargo, no existe un total acuerdo acerca del sentido exacto de la posesión hereditaria o saisine. Si se acepta la definición que de saisine dan Ripert y Boulangier en el sentido de que con dicha figura jurídica solo se indica "la habilitación legal reconocida al heredero... para que pueda ejercer los derechos y acciones del difunto sin necesidad de ninguna formalidad previa, en razón de ser el continuador de la personalidad del causante", tenemos que es incorrecto hablar de posesión de la herencia, pues se trataría de una mera facultad legal.

Pero otros autores advierten que la saisine se refiere directamente a la posesión de la herencia. Así Josserand dice que la "saisine hereditaire" comprende la posesión de la herencia considerada como universalidad jurídica.

De acuerdo a Josserand y otros autores, es necesario contemplar en el derecho la posibilidad de una posesión sobre universalidades jurídicas. En otros términos el objeto de la posesión podría ser, además de las cosas corporales, los derechos universales.

Empero si se analizan los efectos que produce la saisine, caeremos en cuenta de que se trata de una confusión en

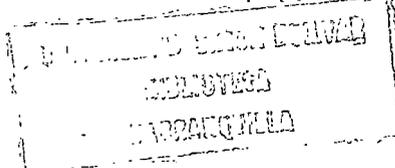


tre la titularidad del derecho y su objeto. Los herederos son titulares de una especie de derechos especiales: los derechos hereditarios. Esta es una categoría especial de derechos que es necesario distinguir de los derechos personales, de los reales y de los inmateriales. De manera que si, en vez de decir que a la muerte del causante los herederos adquieren la posesión hereditaria, se dijera más bien que a la muerte del causante los herederos adquieren la posesión hereditaria, se dijera más bien que a la muerte del causante los herederos adquieren derechos hereditarios, se obtienen exactamente los mismos resultados que en forma poco clara se pretende explicar con la saisine.

La prueba de ello es que la saisine en sí no constituye ningún poder de hecho. La saisine apenas faculta a los herederos para que entren en posesión de los bienes. Maury Vialleton dice: "El heredero con saisine tiene el derecho de tomar posesión de los bienes del difunto, muebles e inmuebles, sin llenar ningún requisito formal.

Puede, por tanto, en principio, ponerse inmediatamente al frente de la administración de la herencia, percibiendo los frutos y renta de los bienes que la componen".

Algunas legislaciones Latinoamericanas se inspiraron en



el Code y reglamentan la posesión de la herencia, como sucede en el Código Civil de Bello: "En el momento de diferirse la herencia la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero".

Mas sencillamente se explicarían las cosas si se dijera: existen los derechos hereditarios que surgen en favor de quienes tengan vocación hereditaria en el momento de la muerte del causante; esta titularidad de derechos hereditarios faculta al heredero para entrar en posesión de los bienes e inmuebles y para ejercer las acciones que el causante venía ejerciendo o que podría ejercer.

Así evitamos introducir una figura jurídica que nada tiene que ver con la posesión de las cosas. Lo cual es necesario, porque una teoría no será claramente comprendida mientras no se la depure de aquellas doctrinas que le quitan su pureza.



2.3.5.8 Conclusión sobre el objeto de la relación posesoria.

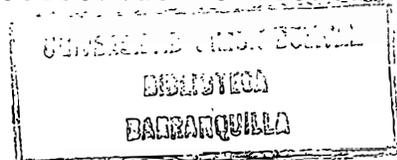
La posesión propiamente dicha tiene por objeto cosas de la naturaleza esto es, objetos perceptibles por los sentidos según las concepciones corrientes.

Sobre esta clase de posesión es posible una teoría general en sentido rigurosamente científico. A dicha teoría no se la debe identificar con una teoría mas general aún de la apariencia de derechos.

Todos los derechos subjetivos, como las mismas relaciones jurídicas, son susceptibles de exteriorizarse mediante su ejercicio.

Pero este ejercicio de derechos familiares, hereditarios, crediticios, no se traduce en un poder de hecho sobre cosas; no son relaciones jurídico materiales del hombre con la naturaleza.

Ningún inconveniente de orden idiomático existe en que los juristas hablen de la "posesión de derechos familiares", "posesión de créditos", etc., con la condición de que se advierta que estas posesiones no hacen parte de la "teoría general de las relaciones posesorias" o teoría de



las relaciones materiales del hombre con la naturaleza.

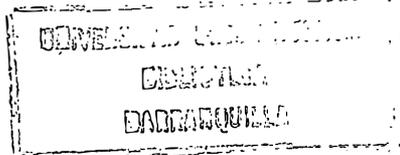
2.3.6 Autonomía, fundamento y naturaleza de la posesión.

2.3.6.1 Autonomía de la teoría de la posesión.

Los derechos patrimoniales sobre las cosas (derechos reales y ciertos derechos personales) suponen un poder de hecho o contacto material con la cosa. Generalmente, el poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial, pero no en todos los casos.

Si supusiéramos que de los códigos se borrara la institución de la posesión y se tuviera en cuenta solo la teoría general de los derechos patrimoniales, tendría el orden jurídico que permanecer inactivo ante los ataques inferidos a un poder de hecho en los casos en que no pudiera acreditarse el respectivo derecho o poder jurídico en virtud del cual se posee.

La correspondencia constante entre el poder jurídico (existencia de un derecho) y el poder de hecho (ejercicio del derecho), es imposible frente a las exigencias de la vida moderna. Imaginémonos que cada uno tuviera que cargar consigo la prueba del derecho en virtud del cual po



see una cosa, a fin de que frente a cualquier ataque a la relación material, pudiera exhibir inmediatamente el comprobante de la existencia del derecho.

Comenzando por las cosas de uso personal, cada cual tendría que cargar consigo el comprobante de la adquisición de la propiedad, lo que normalmente consistiría en un escrito; este tendría que extenderse a todas las que uno posee. En esa forma las transacciones comerciales se moverían difícilmente, pues la adquisición de cualquier objeto exigiría uno o varios para acreditar que las relaciones posesorias, o, lo que es lo mismo, que el poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial.

Además el orden jurídico no podría sancionar de manera rápida y eficaz los atentados contra las relaciones posesorias (delitos de hurto, estafa, abuso de confianza y de más lesiones contra la propiedad y derecho en general), cuando acreditara el lesionado que el ataque ha implicado una lesión a un determinado derecho.

Las relaciones posesorias no son consecuencia necesaria del ejercicio de derechos patrimoniales. En condiciones normales, el destino de los derechos patrimoniales sobre las cosas es que sean ejercidos mediante los poderes de hecho con relaciones posesorias.

Efectivamente, la adquisición de la propiedad implica que el adquirente obtenga la posesión; celebrando un contrato de arrendamiento, el arrendatario obtiene una relación material con la cosa (posesión en nombre ajeno o mera tenencia).

Pero, tanto el legislador romano como los legisladores actuales han tenido necesidad de contemplar el ejercicio de los derechos, mediante la relación posesoria, en forma independiente de la causa o existencia del respectivo derecho.

Esta independencia se traduce en el hecho de que las relaciones posesorias ejercidas en nombre propio durante cierto tiempo, tienen la virtud de crear el derecho; se contempla, por lo tanto, el caso de que el efecto establezca por sí mismo su propia casualidad, es decir, el derecho patrimonial. Así el ladrón o quien adquiera de quien no es dueño, pueden convertirse en propietarios con el transcurso del tiempo (institución de la usucapión).

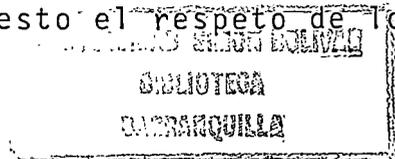
Igualmente esta independencia permite sancionar en forma inmediata todos los atentados contra la posesión, sin analizar si aquella abarca o no el respectivo derecho patrimonial (teoría de las relaciones posesorias).

2.3.6.2 Protección del interés individual del poseedor.

Se ha dicho que los derechos subjetivos patrimoniales que se ejercen sobre las cosas, se hacen visibles mediante su ejercicio, esto es, mediante el poder de hecho o relación posesoria. Esta visibilidad o apariencia adquiere por sí gran importancia frente al comercio y frente al orden jurídico, ya que éste no puede hacer otra cosa sino interpretar la economía social existente en una sociedad.

Despréndese de aquí una presunción de gran valor práctico: se presume que el ejercicio de los derechos o relaciones posesorias corresponde a la existencia de un derecho patrimonial. Así, cuando veo a un agricultor cultivando un fundo, debo presumir que es un arrendatario, o un propietario, que tiene un poder de hecho como consecuencia del ejercicio de un derecho patrimonial.

Se comprende esta presunción si se tiene en cuenta que las relaciones posesorias pueden realmente ser de dos clases: legítimas o ilegítimas, el propietario, el depositario, el usufructuario, el arrendatario, etc. se encuentran en una relación posesoria legítima; el ladrón y el ocupante de hecho de un predio ajeno se encuentra en una relación posesoria ilegítima. Pero un orden jurídico firmemente establecido, sin duda ha impuesto el respeto de los



derechos subjetivos, y ha organizado los medios adecuados para que no sean violados; por ello se encuentra en capacidad de sancionar rápida y eficazmente los atentados que contra ellos dirijan los demás. Por lo tanto, la mayoría de las relaciones posesorias serán legítimas y sólo excepcionalmente se darán posesiones ilegítimas.

Una presunción debe referirse a lo que normalmente sucede, de suerte que la excepción necesite de prueba. Por tal motivo, se presume o reputa que las relaciones posesorias son legítimas, es decir, que implican el normal ejercicio de un derecho patrimonial; más dicha presunción puede destruirse acreditando en forma concreta que alguien ha robado u ocupado de hecho un fundo, o sea, que su acción posesoria es ilegítima. Presumir que las relaciones posesorias son legítimas indica presumir que se posee en virtud de un derecho patrimonial.

Naturalmente que esta presunción de licitud de las relaciones posesorias en un momento dado favorece al ladrón, pues mientras no se pruebe lo contrario, se presume que su poder de hecho corresponde al ejercicio de un derecho patrimonial. Sucede algo semejante a lo que acontece con la presunción general de inocencia que favorece a las personas en derecho criminal. El delincuente es la persona a quien se probó un ilícito; mientras tal prueba no se

acredite, nadie puede tener esa calidad. En el fondo, la presunción general de licitud de las relaciones materiales del hombre con las cosas, es derivación de la presunción de inocencia y favorece a toda persona.

Puede decirse que esta presunción de legitimidad es tan valiosa y tan amplia, que sirve para explicar las demás doctrinas que pretenden aclarar el motivo de la protección a la posesión en el interés individual.

Así cuando se dice que la posesión es el hecho por el cual la voluntad humana se realiza sobre las cosas, cabe agregar que debe tratarse de una voluntad lícita, y que la presunción enunciada lleva a presumir que las personas actúan honorablemente en las relaciones

2.3.6.3 La posesión y la explotación económica de los bienes.

Los derechos subjetivos patrimoniales sobre las cosas se utilizan o explotan mediante la posesión. En el tiempo, primero fue la relación posesoria y más tarde la regulación de los derechos subjetivos. Por lo tanto, un derecho patrimonial no puede extenderse de su ejercicio o explotación; trátase de uno de los hechos en que lo jurídico continúa nutriéndose de la materia que lo engendró. De

nada serviría una técnica reglamentación de los derechos, si sus titulares no lo ejercieran.

Por tal circunstancia, las normas jurídicas tienen en cuenta el ejercicio de los derechos o relaciones posesorias, por ser más útil para la satisfacción de las necesidades individuales y sociales que la vacuaturidad de ellos. Con razón se ha dicho que la posesión revela la utilización del capital o el consumo de bienes destinados a la satisfacción de necesidades: "La tranquila gestión de éstos en todas sus formas es presupuesto esencial del bienestar económico".

Así lo ha comprendido el legislador colombiano al estatuir el artículo 1° de la Ley 200 de 1936, que se presume de propiedad particular "los fundos poseídos por particulares, entendiéndose que dicha posesión consiste en la explotación económica del suelo por medio de positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación económica".

2.3.6.4 Naturaleza jurídica de la posesión

La posesión representa uno de los procesos que contribuyen a integrar los derechos patrimoniales sobre las cosas y constituye la forma más adecuada de su ejercicio y explotación.

Pero, tanto en virtud de la autonomía que ella toma y que se manifiesta en la protección jurídica que se le dá, como también en la posibilidad de transmitirla por acto en tre vivos o por causa de muerte, sin tener en cuenta si es consecuencia o no de la existencia de la titularidad del derecho, ha llevado a los juristas a preguntarse que figura es la relación posesoria, dentro del conjunto de figuras jurídicas que integran la técnica jurídica de un sistema de derecho.

Es la posesión un simple hecho, o un derecho personal, o un derecho real?.

- Savigni, concentrando su atención sobre el sistema posesorio de los romanos, advirtió que la civilis possessio es a la vez un hecho y un derecho; considerada en sí misma. la posesión es un hecho; pero considerada en sus efectos, es un derecho personal.

La posesión en sí es un hecho, y su existencia es independiente de las reglas de derecho que se trazan para su adquisición o pérdida por tal motivo, su adquisición puede resultar de la violencia.

Pero, por sus efectos, especialmente los interdictos, la posesión debe clasificarse al lado de las obligaciones o

derechos personales, pues los interdictos forman parte de la teoría de las obligaciones.

Contemplar una doble naturaleza jurídica de la posesión, constituye una incorrección lógica; y con mayor razón si cada una de estas naturalezas es contradictoria. De ahí que la tesis de Savigny haya sido superada en el derecho actual.

- La posesión es un derecho real provisional

Esta proposición resume el estado actual de la doctrina civil sobre este punto. En derecho moderno, es derecho subjetivo real todo poder de voluntad que se ejerza sobre cosas, y que mediante acciones puedan hacerse valer frente a todos. La posesión es un poder de hecho que se ejerce sobre cosas, poder que se encuentra protegido con acciones posesorias se refieren a cosas y pueden ejercerse contra todos. Más existe una diferencia entre los derechos reales

propriadamente tales y la posesión, ya que los primeros constituyen poderes jurídicos definitivos, y la posesión, en cambio, es un poder de hecho provisional, en el sentido de que puede desaparecer frente a la acción que se deriva de la propiedad, de uno de los derechos reales desmembrados de ella o de un simple derecho personal. (4)

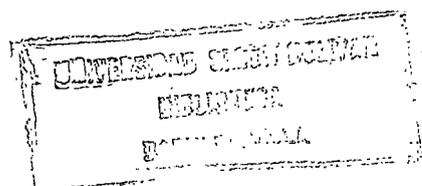
2.3.7 Adquisición, prueba y pérdida de la posesión.

2.3.7.1 Adquisición originaria y derivativa por acto entre vivos.

Lo mismo que la adquisición de los derechos patrimoniales, la de la posesión puede ser originaria y derivativa.

La adquisición originaria o por acto unilateral se realiza cuando el adquirente toma la posesión de una cosa sin

⁴ VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos reales. tomo 2B, p.69 -
-78



consentimiento de su poseedor anterior, y se cumple con la sola intervención de la voluntad del adquirente. Tal es el caso de la posesión que obtienen quienes se apoderan de cosas muebles que a nadie pertenecen (productos de la caza y de la pesca), y de la posesión ilícitamente obtiene el ladrón, el usurpador, de predios ajenos, etc.

La adquisición originaria de la posesión constituye un acto jurídico unilateral y real. Es acto jurídico unilateral, pues debe mediar la voluntad de adquirir la posesión y solo la voluntad de quien quiere adquirir; es real, dada la circunstancia de que no es suficiente la sola voluntad, sino que ésta debe estar acompañada de la efectiva adquisición del poder de hecho, o sea la constitución de una relación material con la cosa.

Existe adquisición derivativa en todos los casos en que la posesión del adquirente se fundamente en la posesión existente en un poseedor anterior, que se denomina causante o transmitente.

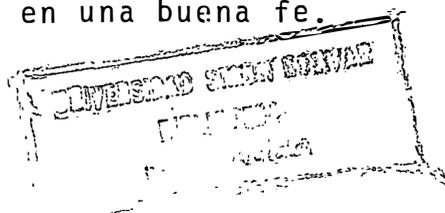
En consecuencia, la adquisición derivativa implica necesariamente una sucesión jurídica indica que una determinada relación posesoria se encuentra radicada en una persona y que de esta se transmite a otra.

El propietario puede transmitir a otro una posesión en nombre propio como sucede cuando vende o permuta; también el arrendatario puede transmitir a otros su posesión en nombre ajeno, como cuando subarrienda. La adquisición puede realizarse inter vivos o mortis causa.

Adquisición derivativa por acto entre vivos. La adquisición derivativa por acto entre vivos se separa por ciertas reglas que gobiernan la adquisición derivativa de derechos, especialmente de aquella que enseña que nadie puede transmitir a otro derechos que no tiene o derechos de calidad superior: "Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet".

La excepción consiste en que el adquirente puede hacer suya una posesión de que carecía el transmitente, o una posesión de grado superior a aquella de que era titular el causante. En dos principales se realiza la regla enunciada:

- Cuando el transmitente es poseedor de mala fe (se trata de un ladrón), y el adquirente, ignorando tal circunstancia, entiende adquirir de quien cree que es el poseedor legítimo. En esta hipótesis el adquirente será considerado como poseedor de buena fé, lo cual enseña que una posesión de mala fe se ha transformado en una buena fe.



Cuando el transmitente es poseedor en nombre ajeno, es decir, cuando tiene la cosa con obligación de devolverla a un poseedor mediante (propietario, usufructuario, etc.) pero, traicionando la confianza que en él se ha depositado y afirmando ser el propietario, transmite el poder de hecho a un sucesor. En este caso el adquirente adquiere una posesión de propietario o en nombre propio.

Varios artículos del Código Civil contemplan estas excepciones.

En primer término, el artículo 764 y el artículo 768, en armonía con el 778, advierten que la buena fé se aprecia en el momento de la adquisición de la posesión y que la posesión del sucesor principia en él, lo que equivale a decir que la buena fé se aprecia subjetivamente en el sucesor o adquirente; y que si éste es de buena fé, su posesión le será igualmente, aunque el transmitente fuera poseedor de mala fé.

En segundo término el artículo 753 establece que el adquirente puede ganar la propiedad por prescripción, aunque el tradente no tuviera ese derecho.

Solo la posesión de propietario o posesión en nombre propio, engendra el dominio por prescripción, y, por lo tanto, si el tradente es poseedor en nombre ajeno, carece

del derecho de ganar la propiedad por prescripción; pero si el adquirente entendió adquirir la propiedad, adquiere en todo caso una prescripción de propietario.

_ La adquisición derivativa por acto entre vivos supone la entrega material de la cosa. Excepciones: Tratándose de la adquisición de una relación material o poder de hecho sobre una cosa, es necesario que el transmitente se desprenda de la tenencia de la cosa y la obtenga el adquirente, vale decir, es necesario que exista la entrega corporal o material de la cosa.

La entrega puede realizarse mano a mano, especialmente - cuando se trata de una cosa mueble, Esta forma de entrega se realiza cuando la cosa se encuentra presente y el transmitente la entrega de modo directo al adquirente, como en las ventas de artículos que a diario hacen los almacenes.

Más el comercio no exige siempre la presencia física de la cosa, esto es, que -a tenga actualmente el transmitente bajo su poder, pues también se entrega material todo acto en virtud del cual el poseedor permite al adquirente obtener de hecho sobre la cosa.

El transmitente puede mostrar la cosa al adquirente y autorizarlo para que la tome bajo su poder. Los dos primeros numerales del artículo 754 se refieren a la adquisi

ción de una posesión de propietario de cosas muebles, pero son aplicables a sí mismo a la adquisición de la posesión de cosas inmuebles.

2.3.7.1.1. La traditio brevi manu implica la transformación de una posesión en nombre ajeno (mera tenencia), en una posesión en nombre propio.

Si alguien tiene una cosa mueble o inmueble en calidad de arrendatario, depositario u otro título análogo, y por negocio jurídico adquiere la propiedad, este negocio transforma la posesión en nombre ajeno, es posesión de propietario (numeral 5, artículo 754). Aquí se adquiere una posesión de propietario sin necesidad de entrega material ; pero entiéndase bien que el adquirente era ya titular de una posesión en nombre ajeno. Se trata más bien de una transformación de la posesión adquirida, en otra de grado superior.

2.3.7.1.2. El conctitutum possessorium supone una hipótesis inversa a la anterior. El dueño vende, dona o permuta una cosa, pero conviene con el adquirente en que retiene la cosa como arrendatario, depositario, etc. Aquí se transforma una posesión de propietario, en una posesión en nombre ajeno.

2.3.7.1.3. Adquisición de la posesión mediante representante. En el Derecho Civil moderno, es un hecho cierto que la posesión puede ser adquirida mediante representante (artículo 781). La representación puede ser legal o convencional.

Al respecto, estatuye el artículo 781: "Si una persona toma la posesión de una cosa, en lugar o a nombre de otra de quien es mandatario o representante legal, la posesión del mandante o representante principia en el mismo acto, aun sin su conocimiento."

Si el que toma la posesión a nombre de otra persona, no es su mandatario, ni representante legal, no posará ésta sino en virtud de su conocimiento y aceptación; pero se retrotraerá su posesión al momento en que fué tomada a su nombre.

En la adquisición mediante representante, se requiere que el mandatario o representante exprese la voluntad de adquirir, para su representado (representación directa). En este caso se realiza automáticamente la transmisión de la posesión al mandante o representante, aún sin su conocimiento. Lo cual es lógico, pues el mandante o mandatario ejerce su poder de hecho por intermedio del representante o mandatario.

Por lo tanto, la solución de la primera parte del artículo 782 se encuentra conforme con los principios generales sobre

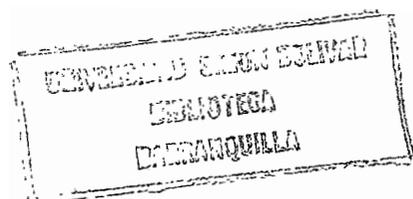
representación directa, pues se sabe que, según tales principios, la representación directa transmite automáticamente el derecho al mandante, que en este caso es posesión.

Con razón se ha dicho que "cuando hemos dado la orden de tomar la posesión de una cosa y nuestro representante ha ejecutado esta orden sin que nosotros hayamos tenido conocimiento, la adquisición la adquirimos desde el momento de la aprehensión; porque desde ese momento, no solamente hay para nosotros posibilidad de disponer de la cosa, sino que en realidad se ha dispuesto de ella conforme a nuestra voluntad.

Se trata pues, de una posesión suigeneris, cuya adquisición no exige que el heredero se ponga en contacto material con las cosas de la herencia; tan cierto es lo dicho que el artículo 783 advierte que el heredero adquiere la posesión desde la relación, aunque lo ignore.

Veamos ahora si tiene alguna utilidad práctica esta regla y cuál es su interpretación en derecho moderno.

Dos cuestiones trata de resolver el principio de que la posesión que tenía el causante se transmite por ministerio de la Ley al heredero, aunque éste lo ignore:



Si el causante se encontraba ganando por usucapión la propiedad de la cosa poseída, el heredero poseía continuáprescribiendo en la misma forma, esto es, que la muerte no es causal de interrupción aunque el heredero de hecho no tome la cosa heredada sino pasado algún tiempo desde el día de la apertura de la sucesión.

El heredero es titular de las acciones posesorias de conservación y recuperación de las cosas que poseía el causante, aún antes de haber tomado posesión de ellas. El ejercicio de las acciones posesorias exige que el poseedor actual haya sido perturbado por un tercero. Si entre el día de la muerte del causante y el día en que el heredero entra en posesión de las cosas, alguien arrebatara una cosa de la herencia, tendríamos que el heredero, por no ser poseedor actual, estaría imposibilitado para recuperar esa cosa. El referido principio en todo caso otorga personería al heredero para defender la posesión de las cosas que hereda, aunque aún no haya entrado en posesión de ellas.

2.3.7.2. Adquisición derivativa por causa de muerte

Varios artículos del Código Civil se refieren a la adquisición de la posesión por causa de muerte. En primer término el artículo 757 preceptúa que en el momento de referirse la herencia, la posesión de ella se confiere por ministerio de la ley al heredero, y según el artículo 1013

(2a parte), una herencia o legado se defieren en el momento de la muerte del causante.

En segundo lugar, el artículo 783 agrega que la posesión de la herencia se adquiere desde el momento en que es deferida aunque el heredero lo ignore. El que válidamente repudia una herencia, se entiende no haberla poseído jamás. Por último, el artículo 795 enseña que el heredero tiene y está sujeto a las mismas acciones posesorias que tendría y a que estaría sujeto su autor, si viviese.

Por estos textos legales fácilmente se comprende que el heredero adquiere con la muerte del causante la posesión de las cosas que aquel poseía, es decir que de la misma manera que la posesión puede transmitirse por acto entre vivos, también puede transmitirse por causa de muerte.

Si con la regla de que la posesión se transmite a los herederos, se quisiera indicar que a la muerte de una persona, sus herederos tienen derecho a tomar para sí las cosas que venía poseyendo aquella, y que la nueva posesión es simple sucesión la del causante, en realidad nada más sería necesario agregar pues se trataría de una regla sencilla y que en nada modificaría los principios generales sobre adquisición derivativas de las cosas posesorias.

Pero en realidad consultando la tradición, los citados artí

culos 757 y 783 pretenden afirmar una regla que se enuncia así: Con la muerte de una persona, la posesión de todos y cada uno de sus bienes se transmite ipsojure a sus herederos.

Sin duda el principio de los artículos 757, 783 y 975 encuentran su origen en el derecho Francés y el Germano.

2.3.7.2.1. El artículo 724 del Código Francés prescribe que los herederos legítimos, naturales, y el cónyuge superviviente quedan investidos de pleno derecho, de todos los bienes del difunto, este ha dado lugar a la institución de la saisine que equivale a posesión hereditaria. ¿Cuál es dentro de la doctrina francesa, el sentido exacto legal?.

Planiol advierte que la saisine es simplemente la habilitación legal reconocida al heredero..... para que ejerza los derechos y las acciones del difunto sin necesidad de alguna formalidad previa", y agrega, es necesario no confundir la saisine "con la posesión de los bienes: un heredero con saisine puede no tener la posesión de los bienes hereditario y puede, en cambio, tenerla un sucesor irregular".

En consecuencia el concepto actual de transmisión automática de la posesión del causante a los herederos (saisine) tan solo indica que estos quedan habilitados para entrar en posesión de los bienes sin autorización de la justicia; que

pueden ejercer las acciones posesorias aún antes de tomar posesión, y que, finalmente, la adquisición de la propiedad por prescripción que venía ganando el de cujus, continúa en los herederos sin interrupción de alguna clase.

2.3.7.2.2. El 857 del Código Civil Alemán prescribe: "La posesión se transmite a los herederos. Enseña Wolff que "al ordenar la transmisión hereditaria de la posesión, la ley no ordena con esto la transmisión del señorío de la cosa al heredero. La ley sería impotente para ello, y la conciencia popular, llamada a juzgar los supuestos efectivos del señorío de la cosa en la persona que pasa por heredero, mientras dure esa apariencia". Lo que se transmite, según dicho autor, son los derechos que se derivan, de la posesión no son otra cosa sino la facultad de poseer esto es, de tomar la cosa, y el ejercicio de las acciones posesorias y el derecho de continuar ganando, por prescripción el dominio que venía ganando el causante sin interrupción de ninguna clase.

Consultando, pues, los antecedentes históricos que informan los artículos 757, 783 y 975 del Código Civil sobre adquisición derivativa de la posesión por causa de muerte resulta:

A la muerte del causante los herederos quedan facultados para tomar la posesión de las cosas que poseía a

quel, y no necesitan autorización de la justicia para constituir la posesión.

Los derechos pueden ejercer las acciones posesorias contra quien usurpe una de las cosas que el causante poseía sin necesidad de haber entrado en posesión de dichas cosas.

No se interrumpe la prescripción del dominio en favor de los herederos.

Las dos últimas consecuencias fueron las que los antiguos trataron de explicar mediante el principio de la transmisión de la posesión por ministerio de la ley, dando a entender que el heredero era realmente poseedor desde la muerte del causante. Los juristas han prescindido del artificio que tiene el mencionado principio, conservando de él lo estrictamente práctico. Para ello se dice simplemente: Por la muerte los herederos adquieren los derechos que se derivan de la posesión (especialmente la facultad, de ejercer las acciones posesorias y continuar sin interrupción la prescripción causante). En esta forma no se desfigurará la noción de posesión, que ha sido y es siempre una relación material entre el hombre y las cosas.

En este sentido e interpretando la realidad actual, el artículo 250 del proyecto del Código Civil Colombiano estatu

ye que "la posesión de las cosas se transmite a los herederos. Los asignatarios que entran en posesión de aquella cosa, se entiende que han entrado a poseer desde la apertura de la sucesión".

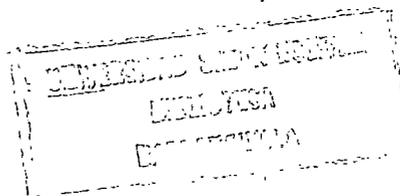
2.3.7.3. La posesión continua en el sucesor

Toda adquisición derivativa de la posesión supone transmisión de la posesión de un sujeto a otro, lo cual nos enseña que la posesión es tratada de la misma manera que la propiedad y demás derechos patrimoniales salvo las excepciones que veremos enseguida.

— Para que pueda hablarse de transmisión de la posesión o continuación de ella en el sucesor o adquirente, se requiere que se trate de una sucesión jurídica. La sucesión jurídica en la posesión exige, si se trata de adquisición por acto entre vivos, un negocio jurídico, y si se trata de adquisición por causa de muerte, lo tanto, no existe sucesión jurídica en favor de quien adquiere originariamente la posesión.

— La sucesión jurídica en la posesión indica esencialmente:

— Que el poseedor actual puede sumar al tiempo de su po



sesión la de su antecesor o antecesores.

— Que el adquirente adquiere la misma posesión del transmitente considerada en sus calidades objetivas, por ejemplo, posesión de propietario, de usufructuario, etc.

— El adquirente puede comenzar una posesión nueva o continuar la de sus antecesores. La regla de la continuación de la posesión en el sucesor es de orden privado y se deja a la iniciativa del poseedor. Esta regla la estatuye con claridad el artículo 788 "sea que se suceda a titular universal o singular, la posesión del sucesor principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor, a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios,

"Podría agregarse en los mismos términos, a la posesión propia la de una serie no interrumpida de antecesores".

Esta regla tiene una máxima importancia para la prescripción adquisitiva o usucapión. En bienes inmuebles, el dominio se gana por una prescripción ordinaria de 10 años o una extraordinaria de 20, y en este caso el poseedor actual facultado para agregar al tiempo que lleva poseyendo por cuenta propia, el tiempo durante el cual poseyeron sus antecesores (artículo 2551). Se aplica también esta regla

para el ejercicio de las acciones posesorias (artículo 976 párrafo final).

2.3.7.4. De la prueba de la posesión

2.3.7.4.1. La causa de la relación posesoria determina su calidad o clase.

El comercio y al práctica judicial exigen frecuentemente , calificar la calidad de la posesión que una persona tiene es decir, si se trata de una posesión que una persona en nombre propio o posesión de propietario, o de una posesión de usufructuario, de arrendatario, etc.

En muchas ocasiones es suficiente examinar la causa de la posesión de propietario o título en virtud del cual se adquirió.

Frecuentemente , quien obtiene una relación posesoria es un inmueble o en inmuebles de alto valor, lo hace en virtud de un título o causa, este es, como consecuencia de un contrato. Por lo tanto, todo contrato que produzca como efecto la entrega material de la cosa, determina invariablemente la clase de posesión adquirida. Así los negocios jurídicos de ventas, permuta, donación, etc..... engendran una posesión de propietario; en cambio, los negocios jurídicos

de constitución de usufructo, los de arrendamiento, anticresis, comodato, etc., engendran una posesión en nombre ajeno o relación de mera tenencia.

2.3.7.4.2. Cuando no es posible determinar la calidad posesoria por la causa, se recurre a una presunción

Esta presunción la enuncia así el artículo 2230 del Código Francés: "Se presume una posesión de propietario, si no se aprueba que se empezó a poseer por otro".

En consecuencia si una persona se encuentra en relación material con una cosa (lo que nunca se presume por ser un hecho susceptible de prueba directa), y se trata de precisar si posee para sí (posesión de propietario, artículo 762) o posee para otro (posesión del 775) y no existe prueba directa, se presume la posesión de grado superior o sea, la de propietario.

El párrafo, 2º del artículo 762 del Código Civil dice que "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Equivale esta presunción del Código Civil a la del Código Francés?. Aunque la presunción del 762 tiene un alcance superior a la del 230 del Código Francés, no obs

tante, en el derecho nacional todos los problemas acerca de la prueba de la voluntad de poseer para sí se resuelven con ayuda de la presunción, en el mismo sentido que es enunciada por el 230 del Código Francés.

A este respecto advierte Antonio Rocha, refiriéndose a la presunción del artículo 762 que el estado de cosas actual para el poseedor es hallarse en contacto con la cosa, materialmente, con ánimo de hacerla suya.....de buena e mala fé, pero siempre con voluntad y sin ánimo precario".

Esta explicación coincide con la presunción del artículo 2230 del Código Francés y, es la más aceptable en el derecho nacional. Por lo tanto basta al actual poseedor, ejercer un poder de hecho sobre la cosa y al afirmación de su voluntad de poseer para sí, para que se presuma una posesión de propietario, o sea, para que se tenga por establecida la voluntad afirmada. Sentada esa primera presunción, viene una segunda, en el sentido de que quien posee como propietario, se presume ser propietario. Todo se reduce a decir que la segunda parte de artículo 762 enuncia dos presunciones; en cambio, el 2230 del Código Francés enuncia una sola. Con la presunción del artículo 2230 del Código Francés coincide con la del 1141 del Código Italiano de 1942, que dice: "se presume la posesión en quien ejercita el poder de hecho, cuando no se prueba que se ha comenzado a ejercitarle simplemente como de

tentación" (posesión en nombre ajeno).

2.3.7.4.3. Una relación posesoria actual y una remota hacen presumir la intermedia

No solo es necesario determinar la clase de posesión que ejerce una persona en un momento dado, sino en muchos casos es preciso saber durante cuánto tiempo se ha poseído y en qué calidad, especialmente cuando se alega la adquisición de la propiedad o algún otro derecho real por usucapión.

Sobre el particular, el párrafo 3º del artículo 780 del Código establece: "si alguien prueba haber poseído anteriormente, y posee actualmente, se presume la posesión en el tiempo intermedio". Esta presunción no hace otra cosa que recoger una regla del derecho antiguo, que ha sido sostenida en forma unánime: *Probatis extremis media presumuntur*.

2.3.7.4.4. La relación tiende a conservar su calidad inicial

También se presenta el problema de saber, una vez deter

minado el tiempo durante el cual se ha poseído, si la relación posesoria ha tenido una misma calidad o si ésta ha cambiado.

A este efecto, existe una nueva presunción que se enuncia así: determinada la calidad posesoria en el momento de adquirir la posesión, se presume que en dicha calidad se ha continuado poseyendo, salvo que medie una causa que cambie o transforme la posesión.

Los ²primeros párrafos del artículo 780 del Código desmenuzan la presunción enunciada en sus dos principales aplicaciones: "si se ha empezado a poseer a nombre propio (posesión de propietario), se presume que esta posesión ha continuado hasta el momento en que se alega.

"Si se ha empezado a poseer a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas".

2.3.7.4.5. Transformación de la relación posesoria

No solo es necesario sentar la presunción de la continuidad de la posesión inicial, sino que es preciso decir cómo puede destruirse esa presunción.

— Algunos casos ya han sido recueltos. En primer lugar

cuando una persona posee, como propietaria, puede convertir dicha posesión en una posesión en nombre ajeno, cuando vende pero conserva la cosa a título de arrendamiento, depósito, etc. Es el *constitutum possessorium*, transforma una posesión de propietario, por una posesión en nombre ajeno. En segundo término, la *traditio brevi manu* implica la transformación de una posesión en nombre ajeno por una posesión de propietario, como cuando el arrendatario compra la cosa al dueño.

— Fuera de las hipótesis expuestas, veamos cómo puede transformarse una posesión en nombre ajeno por una posesión de propietario.

El artículo 777 del Código reza que : "el simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión". En este texto legal se recoge la doctrina de Pothier, quien decía: "Es principio de derecho que uno no puede, por la sola voluntad ni por el solo transcurso del tiempo, cambiarse a sí mismo la causa de su posesión".

En consecuencia, para que una relación en nombre ajeno pierda tal calidad y se convierta en posesión de propietario, se requiere un hecho diferente del simple lapso de tiempo, ese hecho puede consistir: a) en el hecho proveniente de un

tercero; b) en la oposición hecha al propietario.

2.3.7.4.5.1. El hecho o causa proveniente de un tercero es todo acto a título oneroso o gratuito traslativo de la propiedad , proferido por un tercero en favor de un poseedor en nombre ajeno (o mero tenedor) . Así, se tiene a Pedro una casa en arrendamiento, pero posteriormente Juan afirma ser el propietario, y se la compró, mi posesión de arrendatario se ha cambiado por una posesión de propietario,

2.3.7.4.5.2. La oposición hecha al propietario por el poseedor en nombre ajeno, debe consistir en que este se comporte como propietario , comportamiento que debe ir seguido de hechos en virtud de los cuales se desconozca el derecho del poseedor mediato.

Al respecto prescribe el artículo 791 que "que si el que tienen la cosa a nombre y lugar de otro, lo usupa, dándose por dueño de ella, no se pierde, por una parte, la posesión, ni se adquiere, por otra, a menos que el usurpador enjene su propio nombre la cosa". Esta regla da a entender que la oposición que el poseedor en nombre ajeno hace al propietario , no cambia la clase de posesión sin embargo dicha regla debe considerarse complementada por el artículo 2531, que enseña que un título de mera

tenencia "no dará lugar a la prescripción", a menos que en los últimos treinta años (hoy veinte según la ley 50 de 1.936) el emprotenedor no haya reconocido al dueño el derecho de dominio. Por ejemplo, alguien comienza a poseer como arrendatario; durante 20 años no paga precios de arriendo, ni reconoce dicha obligación al dueño. Este hecho constituye oposición al derecho de arrendador y transforma la relación originaria de mera tenencia en una posesión de propietario.

2.3.7.5. De la pérdida de la posesión

La idea más clara sobre pérdida de la posesión está más clara por el concepto general de ella, es decir, que adquirida una posesión, se conserva todo el tiempo que el poseedor ejerza un poder de hecho sobre la cosa, y que se extingue cuando por una u otra cosa cesa de poder de hecho.

2.3.7.5.1. Causa de pérdida de posesión

Entre las causas de pérdida de la posesión, deben distinguirse las que tienen carácter absoluto de las que tienen un carácter relativo. Causales de extinción absoluta son aquellas en virtud de las cuales el poseedor cesa definitivamente de poseer y nadie le sucede en la posesión como cuando la cosa perece, o sin perecer materialmente, perece jurídicamente, cuando el animal doméstico re

cobra su libertad natural. Causales de extinción relativa son las que implican extinción de la posesión de una persona, por sucederle otra en poder de hecho; trata a quí de una simple transmisión por acto entre vivo o por causa de muerte.

2.3.7.5.2. Pérdida voluntaria de la posesión

Un poseedor puede abandonar su poder de hecho de dos maneras: mediante un acto unilateral o mediante entrega. Unilateralmente se abandona la posesión cuando el poseedor abandona su poder de hecho, sin interesarle quien lo toma como cuando se bota un periódico o cosas inservibles, para que los haga suyos el primer ocupante.

El abandono unilateral se caracteriza por no producir su cesión jurídica en la posesión, y por lo tanto, quien toma una de tales cosas, comienza una posesión nueva.

La pérdida de la posesión, mediante entrega voluntaria, supone que el actual poseedor entrega a otro una cosa, existiendo tanto la voluntad de entregar como la de adquirir.

Nos hemos referido a la pérdida de la posesión inmediata pero la mediata también puede perderse. A este respecto,

estatauye el artículo 786; "El poseedor conserva la posesión aunque trafiera la tenencia de la cosa dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo, o cualquier otro título no traslativo de dominio". De manera que la posesión de propietario en este caso posesión mediata, puede perderse por dos motivos:

— Cuando el poseedor inmediato (o poseedor en nombre ajeno) pierde la posesión.

— Cuando el poseedor inmediato enajena como propia la cosa que tenía a nombre de otro (u 91, párrafo 1).

2.3.7.5.6. Pérdida involuntaria de la posesión

En general, las cosas robadas o sustraídas al poseedor constituyen pérdidas involuntarias de la posesión (Código Civil artículo 787).

Las cosas que se le extravían al poseedor, constituyen pérdida de la posesión cuando el extravío es definitivo, y no cuando es transitorio. Al respecto enseña Pothier "No hay que confundir con las cosas perdidas las que, no habiendo salido de mi casa, tan sólo se ha descarriado ; pues porque no tengan presente el lugar donde se encuentran, no dejo por ésto de conservar la posesión.

Esta solución se encuentra confirmada por el artículo 787, que dice " la posesión de cosas muebles no se entiende perdida mientras se halla bajo el poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero".⁵

2.3.7.5.4. La posesión inscrita en el Código Civil Colombiano

El sistema del Código de Bello no tuvo vigencia en Colombia efectivamente: Los jueces y autores colombianos jamás lograron comprender cómo podía vincularse al registro una cuestión de hecho. El golpe de gracia a la doctrina de la posesión inscrita lo dió la Corte Suprema, al decir el auto del 10 de Mayo de 1.899: "No debe confundirse la posesión regular de derecho de dominio, conferida, por la escritura pública y su registro, con la posesión real de la cosa misma a que ese derecho abstracto se refiere....."⁶

⁵ Ibid, p.37.

⁶ Cons. esta sentencia en "G.J", tXIV, p. 200.

Desde aquel entonces en forma reiterada la jurisprudencia y la doctrina han interpretado los textos legales sobre posesión inscrita, de la siguiente manera:

2.3.7.5.4.1. Se distinguen dos clases de posesiones en bienes inmuebles: la que el Código denomina inscrita y la verdadera posesión, esto es, la material o señorío de hecho sobre la cosa.

Es la posesión material la que está protegida con las acciones posesorias; es esta la posesión que conduce al dominio por la usucapion o prescripcion adquisitiva.

2.3.7.5.4.2. La posesión inscrita se ha interpretado en el sentido de titularidad o apariencia de la propiedad; des de tal punto se la mira como uno de los elementos de la denominada posesión regular y que conduce al dominio por la prescripcion en el corto tiempo de diez años (prescripcion ordinaria). Vale decir: la posesión material de un inmueble con justo título, o sea una posesión inscrita, es requisito de la prescripcion a diez años; en cambio, la simple posesión material de un inmueble sin justo título, (esto es, sin posesión inscrita) engendra el dominio de la prescripcion de largo tiempo (hoy día, de veinte años).

2.3.7.5.4.3. La posesión inscrita de un inmueble sin la

posesión material del mismo carece de todo efecto jurídico; no produce las acciones posesorias en favor del poseedor inscrito, ni engendra el dominio por usucapión tabular.

2.3.7.5.4.4. En síntesis: en el actual derecho civil colombiano se denomina posesión inscrita a lo que en otras legislaciones se llama inscripción del dominio.

2.3.7.5.4.5. Tan cierto es lo expuesto, que las leyes posteriores que han complementado el Código Civil se refieren escuetamente a la posesión como simple señorío de hecho. Así el artículo 1° de la Ley 200 de 1.936 define la posesión de inmuebles rurales como la explotación económica de suelo por medio de hechos positivos propios de dueño; y el artículo 7° de la misma ley precisa cómo se prueba la propiedad privada inmuebles, es decir, por tradiciones del dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria.

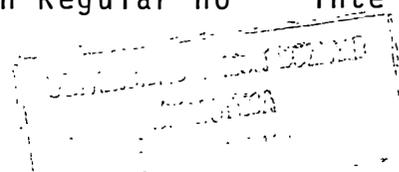
Es más aún el mismo Código Civil, al reglamentar la institución del registro de instrumentos públicos, tan sólo habla de la inscripción del dominio y demás derechos reales desmembrados de la propiedad; no existe un

solo artículo que hable de la inscripción de la posesión como si existían artículos que proveyan a tales inscripciones en la ley hipotecaria española de 1.861.

Ningún juez o autor colombiano entendieron la extrañadoc trina de la posesión inscrita en el sentido de inscripción de la posesión del inmueble; ni siquiera en el derecho colombiano se ha llegado a presumir que el propietario inscrito (o "poseedor inscrito") tenga la posesión material de la finca a que se refiere el registro.

2.4. PRESCRIPCION ORDINARIA

Llámase prescripción a la figura jurídica, por medio del cual y por efecto de la inacción del titular de un derecho que perdura, se pueden adquirir por haberse poseído o extinguir por no haberse ejercitado las acciones, por un determinado tiempo, un derecho Real o Personal, siempre, que se den las condiciones determinadas por la ley. Vemos así como el tiempo es capaz de producir consecuencias jurídicas, a veces sin la necesidad de que se le sumen otras circunstancias se requieren para provocar modificaciones jurídicas, agregándole los ingredientes que denotan su particularidad. Por ello en la Prescripción Ordinaria además del tiempo se requiere Posesión Regular no inte



interrumpida y Just Título Buena fé. En fin llámese Prescripción Ordinaria a la figura jurídica por medio del cual se adquiere la propiedad de un bien inmueble o mueble, mediante la posesión regular no interrumpida por un término de 10 años, amparada con un título debidamente inscrito en los libros de registro inmobiliario, se dice posesión Regular porque esta es la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fé.

2.5. PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA

Consiste en la figura jurídica por medio del cual se pueden adquirir el dominio de los bienes raíces o inmuebles, por haber ejercido durante veinte años, una posesión material ininterrumpida de quien la alegue o posea sin necesidad de que exista justo título alguno, para su transferencia.

Puede decirse que el verdadero campo de la prescripción positiva de dominio, se encuentra en la prescripción extraordinaria, dadas las circunstancias de que aquí la mera posesión del inmueble durante determinado tiempo (20 años), engendra la propiedad, y no como en la prescripción Ordinaria que su espíritu está fundado especialmente en la buena fé con que se adquiriera la cosa y otras formalidades que acompañan la transmisión de la propiedad expuestas a tras. En verdad solo en la prescripción Extraordinario se

contempla el caso de que alguien por sí y ante sí, tome la posesión de un inmueble ajeno y gane el dominio por el transcurso del tiempo, constituyéndose así en la prueba por excelencia de la propiedad inmueble.

En esta prescripción no es necesario demostrar la buena fé, pues ésta se presume de derecho, es decir no admite prueba en contrario, pero, la existencia de un título de mera tenencia (Contrato de arrendamiento, comodato, etc), hace presumir mala fé, y no dá lugar a adquirir la propiedad por prescripción, salvo que quien se reputa dueño no pueda probar que durante los últimos veinte años se le haya reconocido su dominio expresa o tácitamente, y que el poseedor actual haya poseído la cosa con ánimo de señor y dueño en forma pacífica, pública e ininterrumpidamente por este mismo lapso de tiempo.

Esta prescripción además de ganar el dominio de las cosas las libera de todo gravamen que se haya constituido anteriormente sobre ella.



MARCO SOCIAL

3. LA POSESION ANTE EL INDIVIDUO

Las consecuencias que trae al individuo el cambio de no propietario en propietario, son más que todo de orden síquico.

Es innata en el hombre la ambición de poder que se exterioriza en la propiedad, es verdad que la posesión no es jurídicamente una propiedad, pero si es una especie de propiedad, que da al poseedor la sensación de ser dueño lo que realmente no lo es, pero que puede llegar a serlo.

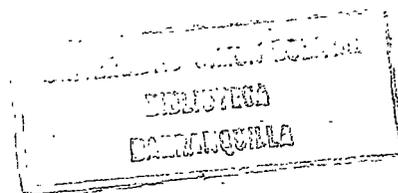
3.1. LA SOCIEDAD ANTE LA POSESION

Por motivos económicos todo aquello que contribuya a la expansión del patrimonio interesa a la sociedad, porque es fundamentalmente una cooperativa natural destinada al aumento del patrimonio de cada uno, mediante la ayuda comunitaria, y siendo la posesión una expectativa de propiedad en actual explotación, es lógico asegurar que la posesión es un baluarte de importancia como un modo

de adquirir la propiedad.

3.2. LA POSESION ANTE LA JUSTICIA

El bien común en determinados casos no es siempre preferible al bien particular. La propiedad privada constituye el patrimonio de la sociedad, pero con ocasión, de la posesión, el derecho de posesión que tiene un poseedor contraría ese principio; en efecto parece lo más consumo, con el interés social el que sea intangible el derecho de propiedad privada, es decir que quien sea dueño de una cosa lo sea indefinidamente hasta cuando quiera enajenarla. Sin embargo la justicia supe para esta aspiración imponiendo que lo justo es dar a cada uno lo que por derecho le pertenece, de donde resulta que la recompensa del esfuerzo del trabajo, como bien dinámico, al estatismo de una propiedad improductiva y ociosa que es la razón de ser multado por así decirlo, el propietario estático y negligente que la descuida la explotación de lo que tiene. Es pues razonable que el que nada tiene, y sí en cambio necesidadde tener, obtenga mediante su trabajo ser propietario de lo que otro rehusa explotar.



3.3. EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS

Este aforismo es falso desde el punto de vista de la moral, pero se presentan casos en el derecho en que ésta expresión recoge un principio de justicia. Es duro para la sociedad el que alguien por su descuido pierda su propiedad y parece justificarse el aforismo expresado si estamos que el fin consiste en la creación de un nuevo dueño diligente, justifica el despojo del primero.

En realidad no hay tal despojo, pues el efecto síquico del despojo es la pérdida de algo al que estábamos ligados sentimentalmente y tal parece que no es la condición del que descuida un bien que es ocupado por otra persona.

Si lo descuida por años sin preocuparle sus efectos es porque ya no le interesa o si le interesa es apenas nominalmente.

3.4. LA POSESION ANTE LA DEMOCRACIA

La posesión viene a constituir quizás la más alta expresión democrática consignada en nuestro Código Civil, por llevar implícito en su espíritu ese carácter equitativo de "que las cosas no son del dueño, sino de quien las

trabaja'; por eso-este postulado famoso con principios revolucionarios, dá nacimiento legítimo a la posesión, pues en él se manifiesta lo noble y esencial de la filosofía del trabajo y la importancia de este mismo.

La posesión es quizás el límite fronterizo de la propiedad privada y de su función social pues a través de ésta se garantiza el funcionamiento de la propiedad ya que al ser esta ociosa puede cambiar de dueño con determinados requisitos.

ESTUDIOS

ESTUDIO 1. LA POSESION AGRARIA

La Ley colombiana la ha dado al igual que en los demás países, un tratamiento especial a la tierra, tanto en el concepto de propiedad como en el de posesión.

La prescripción agraria y la titulación de tierras, como diferentes caminos o modos de adquirir la propiedad de los inmuebles rurales, cada uno de ellos tiene su propia autonomía jurídica e implica consecuencias distintas entre los cuales debe destacarse con mayor relieve la oponibilidad de los títulos de propiedad conseguidos por cada uno de los medios enunciados, frente a los particulares y al Estado mismo.

Las Legislaciones colombianas han sido abundantes pero lamentablemente ineficaces, pues el contenido de sus normas no obedecen al verdadero espíritu social agrario del país; nuestros legisladores se han quedado en intenciones y jamás han pensado de verdad en hacer una reforma agraria verdaderamente "revolucionaria", que satisfaga en sí, las aspiraciones del sector rural y

de su campesinado, de ahí que hoy por hoy -se fomenten las tomas e invasiones de tierras como respuesta o solución a los grandes problemas y necesidades que tiene el campesino de trabajar y no tiene donde.

Lastimosamente cuesta decirlo como dijo un Subgerente Nacional del Incora: "De nuestros legisladores no se podrá esperar una Reforma Agraria Democrática, donde verdaderamente se haga una distribución de la tierra justamente, pues, el 80% de nuestro parlamento que es quien hace las leyes, está compuesto por terratenientes poseedores de grandes e inmensas cantidades de tierras incultas, el cual no están dispuestos a "ceder" ni siquiera para salvar al país de la hecatombe".

La posesión agraria viene a ser la tenencia de una porción de tierra rural o parcela con ánimo de señor y dueño, traduciéndose ésta misma en una explotación, económica, del suelo por medio de actos positivos propios de dueño, como las plantaciones o sementeras la ocupación de ganados y otros de igual significación económica.

DE tal modo que para que se adquiriera la propiedad por medio de la prescripción corto-Agraria es necesario que el inmueble que se pretende adquirir haya permanecido 5

años inculto o sea sin explotación y durante estos cinco años el poseedor, haya poseído quieta pacífica e ininterrumpidamente, aprovechando su explotación con cultivos, sembrados, etc.

La Ley 200 de 1.936 en su artículo 12 fué la que consagró esta revolucionaria figura: La precripción adquisitiva Corto-Agraria, única en América y la primera en el mundo, consistente en el modo de adquirir el dominio de inmuebles rurales con la concurrencia de los siguientes requisitos esenciales:

— Que exista la creencia de parte de quien pretende la propiedad sobre el fundo que se trata de un baldío.

Vemos como este primer requisito limita en forma notoria la posibilidad de ganar los terrenos baldíos aún por prescripción Corto-Agraria, y complementa que debe existir la creencia en el poseedor de que se trate de tierras o predios que tienen ese carácter, pero en realidad debe tratarse de tierras o predios de propiedad privada, y esta misma norma no presume la buena fé si el globo general del cual forma parte el terreno poseído está o ha estado demarcado por cerramientos artificiales, o existan en él señales inequívocas de las cuales se deduzca que es de propiedad particular.

Al analizar la norma observamos cómo su espíritu revolucionario dá pasos hacia atrás, al proteger en forma clara la propiedad ociosa, por la sensación de haber estado demarcado el predio alguna vez. Por fortuna la Ley 473 sabiamente corrigió este desequilibrio al establecer una prescripción adquisitiva de dominio en favor de quien, creyendo de buena fé se tratara de tierras baldías, posea en los términos del artículo 1° de esta ley durante 5 años continuos, terrenos de propiedad privada no explotada por su dueño en la época de la ocupación, ni comprendido dentro de las reservas de la explotación de acuerdo con lo dispuesto en esta misma ley.

— Que se ejerza sobre el inmueble rural cuya prescripción se pretende posesión, en los términos del artículo 1° de la Ley 200 de 1.936.

Es decir que se ejerza la posesión que se tiene sobre el predio rústico con actos de explotación económica del suelo, como sembrados, cultivos, sementeras, ocupación con ganados, pastos, etc, como si verdaderamente fuese dueño. No basta el simple señalamiento físico, ni el levantamiento de chozas o ranchos o el cercado con alambre, es necesario que él implique un contenido económico de explotación del suelo y se vincule con la producción nacional.

— Que dicha posesión se prolongue por espacio de cinco años continuos y se ejerza en forma quieta y pacífica.

La Ley ha querido que el tiempo para adquirir el dominio sea relativamente corto, con el fin de legalizar en forma ágil las situaciones de hecho. En lo que se refiere a quieta y pacífica, es decir, no violenta, ni que se adquiriera por la fuerza.

— Que la posesión no se ejerza sobre las zonas o áreas incultas de un terreno cuya existencia sea necesaria para la explotación económica del mismo, o como complemento para su mejor aprovechamiento económico.

Sobre éstos dos últimos requisitos debe tenerse de presente que la ley agraria permite la existencia de zonas aparentemente inexplotadas para el mejor aprovechamiento económico, una porción igual a la mitad del área explotada, cuando el artículo 1° de la Ley 200 de 1936 dispone entre otros casos: "La presunción que establece este artículo se extiende también a las porciones incultas cuya existencia se demuestre como necesaria para la explotación económica del predio, o como complemento para el mejor aprovechamiento económico de este aunque en los terrenos no haya continuidad de explotación.

Tales porciones pueden ser igual a la mitad de la explotada y se reputan poseídas conforme a este artículo".

Para concluir este comentario determinamos que para que se dé la prescripción adquisitiva corto-agraria, bajo el imperio de la Ley 4 de 1.973, conserva los mismos requisitos con la salvedad de haber sido derogada la presunción de ausencia de buena fé del cual ya se habló.

En fin el objetivo propio y quizás el más alto fundamento de la prescripción corto-agraria, es la fusión de la titularidad del derecho de propiedad y su ejercicio por medio de actos posesorios de naturaleza agraria, para realizar el fin de la función social de la propiedad, lo que conlleva implícitamente la sanción o castigo contra quien precisamente deja de realizar dichos actos posesorios por el término de los cinco años previstos por la ley.

ESTUDIO 2. PROYECTO DE REFORMA AGRARIA

Al finalizar este corto pero sustancioso estudio de los regímenes agrarios vigentes en Colombia, dejo en curso, en el Parlamento nuestro, una nueva Reforma Agraria que al parecer, son o constituyen la esperanza redentora de nuestro pueblo agrario, se afirma que el espíritu de sus normas es netamente equitativo y contribuirá a atenuar las grandes necesidades del pueblo.

Por eso quiero dejar incertado en este trabajo, la exposición de motivos de la que será nuestra próxima Reforma Agraria.

EXPOSICION DE MOTIVOS

"Según estadísticas en el campo colombiano existen 262.000 familias campesinas en condiciones de pobreza absoluta. El reto que enfrenta la sociedad

colombiana es dar acceso a este sector de la población para liberar su capacidad, productiva, hoy reprimida e insuficientemente utilizada.

No es un simple problema de distribución de tierras, hay en primer término un problema grave de calidad, de vida y en segundo término un problema de capacidad productiva, por las distorsiones estructurales de nuestro modo de producciones agrícolas. Por eso mismo la presión sobre la tierra la genera la presión demográfica, y, a su turno la presión demográfica es producida por la pobreza y el bajo nivel de vida de la población.

Parcelar y adjudicar tierras como estrategia para aumentar la producción agrícola no es suficiente. Es agregar los factores que determinan la productividad por unidad de tierra como son: el agua, los abonos, energía, tecnología y capital humano, es decir la mano de obra, pues esto es

lo que permite que en los países rico la producción agrícola dé buenos resultados sin que haya aumentado la superficie de tierra cultivada si no de aumentar la productividadde hectárea cultivada.

El abono es sin duda, el factor más importante de todos para aumentar la productividad, la mayor productividad proviene a su uso y también en la aplicación de tecnología e ficientes en irrigación y selección de semillas. Pero en los países subdesarrollados los aumentos en la producción agrícola se deben en buena parte a que se ha ampliado la superficie cultivada.

AGRICULTURA EN COLOMBIA

En Colombia la estructura de la agricultura y la estructura de la economía en general han producido un efecto adverso, pues, la clave para incrementar la productividad es combinar los tres principales fac

tores de producción: Mano de obra, que es muy abundante, Capital, que es escaso y la Tierra, que puede ser abundante o escasa según la región.

La agricultura no puede ser eficiente si estos tres factores no se combinan de manera eficiente. Los grandes recursos de mano de obra se mantienen aparte del escaso capital y de la tierra productiva, en fin el poco capital no se usa eficientemente y el resultado es baja productividad, altas tasas, de desempleo, pobreza creciente y un patrón de desarrollo económico desigual e insatisfactorio. La distorsión principal proviene, del acceso desigual al crédito y de las diferencias en el costo del mismo, lo cierto es que los pequeños campesinos o agricultores tienen acceso al crédito con dificultad y éste les resulta muy caro; mientras que los grandes propietarios tienen fácil acceso al crédito y les resulta relativamente barato.

Esta distorsión en la facilidad del acceso al crédito sumada a la distribución desigual de la tierra, induce a combinar los factores de producción.

Tierra, Capital, y mano de obra, en combinaciones ineficientes que estancan el crecimiento del sector agrario.

El pequeño agricultor muy poca tierra, le resultamuy difícil el conseguir y muy costoso y tiene un recurso en gran abundancia su mano de obra y la de su familia La tierra y el capital son escasos y por lo tanto incentiva a maximizar su producción por unidad de tierra y por unidad de capital. El gran agricultor, mucho más rico, está en una posición muy distinta. Para el gran propietario la tierra es relativamente barata. Lo mismo el crédito

En cambio la mano de obra viene a ser relativamente, cara, comparada con la tierra y el capital:

CONCLUSIONES

Los cuadros nos permiten concluir que las distorsiones en el acceso al crédito y en la distribución de la riqueza hacen que la producción agrícola en Colombia sea inferior a lo que pudieraser

La mano de obra es potencialmente un factor de producción muy eficiente pero en las pequeñas se encuentra en exceso mientras que en las grandes, propiedades es escasa. La producción total aumentaría si la mano de obrase empleara en la proporción adecuada en toda la superficie cultivada.

El problema agrario Colombiano, entonces, no es solamente un problema de tenencia de tierras. Mientras no se eliminen las distorsiones estructurales que le dificultan el acceso al crédito y a los insumos agrícolas a los pequeños campesinos, nuestra agricultura no podrá

desarrollar plenamente su potencia y la pobreza rural continuará reproduciéndose.

Además un grave problema, de la agricultura tradicional es la falta de conocimiento del campesino pobre, que le permitan utilizar tecnologías avanzadas complementando que los progresos tecnológicos del país se encuentra con centrado en los gremios fuertes"⁷

⁷ El Tiempo, Octubre 3 de 1.987, ps. 5B - 6B.

MARCO LEGAL

SECRETARIA DE JUSTICIA
ESTADO DE QUERETARO
QUERETARO

4. ARTICULOS PERTINENTES

4.1. ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL

La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

4.1.1. Doctrinantes

Dice: Miguel Arteaga (citado por Ortega Torres) "la posesión es un hecho que se asemeja a un derecho con características de derecho real, y que consiste en la tenencia de un bien con ánimo de señor y dueño, tenencia que además del derecho material debe comprender el registro, tratándose de bien raíces"⁸

⁸ ORTEGA TORRES, Jorge. Código Civil, editorial Temis p. 321.

4.1.2. Comentario

Según este doctrinante la posesión se asemeja a un derecho y es precisamente esta semejanza la que causa la confusión que suele aparejar esta figura; pero es muy acertado el profesor Arteaga, cuando explica que esas tenencias con ánimo de señor y dueño consiste en un hecho material que debe comprender el registro tratándose de bienes raíces. En efecto comienza aquí el problema: La Ley exige, como más adelante tendremos oportunidad de tratarlo, que la posesión sea registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos, pero este registro es solo obligatorio para los títulos traslativo de dominio, los cuales "no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo Derecho mientras no se haya verificado el registro". Si pues, la posesión no es un derecho sino que se asemeja a él, carece de título traslativo de dominio y no aparece clara que debe registrarse (Cfr. artículo 759 C.C.).

4.1.3. Jurisprudencia

"La posesión de bienes raíces que origina la persecución de dominio a que alude el artículo 762 de C.C. es la posesión material, que se prueba con hechos positivos conforme al artículo 981; y, por tanto, esa posesión puede establecerse

se por medio de testigos".⁹

"La posesión es un fenómeno proveniente de una situación estable y merece el respecto y la protección de la Ley".¹⁰

Al que ocupa un terreno en el convencimiento de que baldío, no puede considerársele poseedor, por que para poseer se necesita ánimo y dueño y dicho ocupante reconoce que el terreno es del Estado, a quien se le puede pedir, adjudicación".¹¹

"La posesión material como hecho que es, solo se demuestra con hecho y no afirmando, confesando o negando esa determinada situación jurídica".¹²

Este artículo se apoya en el artículo 759, el cual transcribimos: "Los títulos translaticio de dominio que deberán registrarse, no darán o transferirán la posesión efec

⁹ Casación, 24 de Agosto de 1.916, XXV, 448.

¹⁰ Casación, 9 de Julio de 1.940, XLIX, 597.

¹¹ Sentencia, 12 de Agosto de 1.953, LXXVI, 33.

¹² Sentencia, 30 de Octubre 1.956, LXXXIII, 485.

tiva del respectivo derecho mientras no se haya verificado el registro en los términos que se dispone en el artículo "Del Registro de Instrumentos Públicos".

4.2. ARTICULO 789 DEL CODIGO CIVIL

Para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes, o por una nueva inscripción en el que el poseedor inscrito transfiera su derecho a otro, o por derecho judicial.

Mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no requiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente.

4.2.1. COMENTARIO

Se habla de nuevo aquí sobre la posesión inscrita, y la Corte dice al respecto: "Declarada la nulidad absoluta de una compraventa de bienes raíces, tal nulidad envuelve la de la inscripción o registro de la escritura de venta, sin necesidad de una cancelación expresa. Legalmente hablando el registro de la escritura no llegó a existir en ese caso"¹³

¹³ Casación, 21 de Febrero 1.924, XXX, 269.

4.3. ARTICULO 790 DEL CODIGO CIVIL

Si alguien pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde.

4.3.1. Jurisprudencia

"Siendo la posesión principalmente una cuestión, de hecho, en tanto puede decirse que el poseedor que ha sido perturbado, conserva o recobra la posesión, en cuanto obtiene en realidad la cesación de los actos que la perturban o el goce de que ha sido privado por el despojante; por tanto la simple decisión judicial favorable al poseedor no basta por sí sola para producir tales efectos, si el fallo no se ha hecho cumplir y ejecutar debidamente, hasta obtener el lanzamiento del despojante o la cesación de los actos de molestia o embargo a la sesión"¹⁴

¹⁴ Casación, 21 de Septiembre de 1911, XX, 293.

4.3.2. Jurisprudencia

"Está fuera de toda duda que quien ejerce la acción destinada a que se declare dueño de un bien por haberlo ganado por prescripción, debe estar poseyéndolo en el momento mismo en que hace valer ante la justicia los hechos en que se funda para suplicar la declaración de pertenencia; lo contrario implicaría desnaturalizar la institución posesoria, porque resulta en principio absurdo que quien haya perdido la posesión pueda obtener un fallo cuyo cumplimiento ponga fin a la posterior de otro que esté ganando la propiedad accogiéndose al mismo medio

Por ello exige la ley posesión ininterrumpida, tanto para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular (C.C. art 2528) como para la extraordinaria (art. 2135, ordinal 2º del numeral 3º), a la cual no es menester título alguno, y por ello también el artículo 2523, en su numeral 2º, dispone

que cuando la interrupción de la posesión tiene lugar "por haber entrado en ella otra persona", salvo que se haya recobrado mediante el ejercicio de los interdictos. Explicar los expositores que uno de los fundamentos de la prescripción adquisitiva es que el orden social esté interesado en mantener la estabilidad de las situaciones, circunstancias que se destaca más en presencia de la lentitud de un propietario en el ejercicio de sus derechos, respecto de una cosa determinada. Pero es precisamente la permanencia de lo que algunos llaman "relación de espacio" por el lapso de tiempo que exige la ley, lo que permite evidenciar la posesión como hecho para que el ordenamiento jurídico pueda hacerlo derivar en derecho de dominio. Este cuando se adquiere por prescripción, no es sino el afinzamiento de un señorío de hecho ejercido ininterrumpidamente, y que por esta última característica

se ha ido revistiendo con apariencias de verdadera propiedad ante la conciencia común. Pero esta conciencia exige estabilidad en la relación de espacio por el medio material de arse a conocer el señorío y lo que permite, a quien lo tiene real o presuntamente, ejercer los actos propios del dueño; sin ellos no pueden probarse la posesión, como sin el contacto con las cosas no es posible aparecer como dueño ante el ambiente jurídico. La discontinuidad en la posesión es un vicio absoluto, por cuanto, si no es posible reestablecerla mediante las acciones posesorias, se pierde "todo el tiempo anterior", y quien la tenía puede ya alegarla, en consecuencia para los efectos de lograr una sentencia declarativa de apropiación por lapso, de tiempo adquisitivo.

El precepto del artículo-790 del C.C. está acorde

con las normas sobre prescripción adquisitiva ya citadas, por medio de las cuales se manifiesta en nuestro derecho la protección posesoria en orden a consolidar el señorío de hecho con la propiedad misma. Pero como la misma, ley señala jerarquías entre los poseedores según, tengan o no títulos, y según el lapso de tiempo que haya poseído ininterrumpidamente instituye el interdicho recuperandae possessionis en el artículo, 982 dle C.C. acorde con el 793. ES justamente esa vía la que el mismo C. C. señala al poseedor para que por su medio recupere la posesión y si tiene éxito, darla por mantenida continuamente no obstante la perturbación de belada por ese procedimiento especial. Así provee el legislador (C.C. artículo 2523) a que quien pretenda la declaración de pertenencia pueda presentarse a pedirla ostentando, en primer lugar, la

relación de espacio ininterrumpidamente que haya podido configurar ante la conciencia pública la manifestación de un verdadero dominio."¹⁵

4.3.3. Comentario

Según este artículo tanto un acto violento o clandestino contra la posesión quita al poseedor todo derecho sobre ella, y sólo en el caso del artículo 791, cuya transcripción hacemos a continuación, la posesión no la pierde el poseedor aunque tampoco la gana el usurpador.

4.4. ARTICULO 791 CODIGO CIVIL

Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, dándose por dueño de ella, no se pierde, por una parte; la posesión ni se adquiere por otra, a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior.

¹⁵ Casación, 20 de Abril, 1.942, LIII. 336.

Con todo si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito se dá por dueño de ella y la enajena, no se pierde, por una parte, la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.

4.4.1. Comentario

Se trata en este artículo de la usurpación, que consiste en hacerse dueño de una cosa inmueble apenas con violencia; en este caso el poseedor no pierde su posición, como tampoco la adquiere el usurpador pero si éste la enajena a su propio nombre, entonces el poseedor pierde su posesión y el adquirente la gana.

El segundo inciso hace una discriminación a saber: Que si el poseedor está inscrito, y el que la tiene en su nombre la usurpa y enajena el poseedor la pierde también si el adquirente la inscribe.

MARCO ANALITICO

5. ARTICULOS COMENTADOS

5.1. ARTICULO 762 DEL CODIGO CIVIL.

Después de haber consultado a doctrinantes y examinada la Jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia este artículo que tiene su apoyo en el artículo 759.

Analizamos todo título de inmuebles translativo de dominio, exige el registro en la Oficina de Instrumentos Públicos. La posesión carece de este título, toda vez que no es propiedad, luego no vemos como pueda el artículo 759 establecer que mientras no se haya verificado el registro, el título no transferirá la posesión efectiva. Aparece, pues, en la redacción, una confusión dialéctica: la palabra posesión no está tomada en su sentido propio, sino en el vulgar de tenencia, y entendemos que aquí debe decirse "posesión material" más no basta esta aclaración para disipar totalmente las sombras. Es preciso además establecer nítidamente que el "ánimo de señor y (no o, como dice el artículo 762) dueño, tiene una acepción concreta; significa mejoras. En las mejoras aparecen el ánimo de posesión, pues solo el dueño debe tener interés en valorizar su

su propiedad, y quien no siendo dueño las hace, es porque tiene el ánimo de serlo. Si nuestro estatuto civil en la redacción de los artículos referentes a la posesión empleará el término Mejora para significar este ánimo de señor y dueño, no solo simplificaría la redacción, sino que la dialéctica de sus disposiciones quedaría clara, precisa y consisa. No obstante, hay en la mejora una propiedad, que sino está claramente expresa, al menos su bendición: La mejora es una propiedad del poseedor; es sólo todo lo que él hace en cosa ajena para su valorización de donde se la puede tomar como un punto natural de su trabajo; en este sentido puede aceptarse la inscripción de la posesión es decir, que lo que se inscribe en el registro es la propiedad de la mejora y no la propiedad de la cosa mejorada.

Por ello propondremos estas soluciones en las conclusiones.

5.2. ARTICULO 789

Hemos visto en el Marco Legal que la palabra posesión en él empleada deja confuso el sentido jurídico; y que la Honorable Corte Suprema de Justicia se refiere a la compra venta de bienes raíces, que por ser una división de los inmuebles, exige la inscripción referida a las mejoras, adolece de serias deficiencias:

Según el inciso primero de este artículo, la posesión inscrita cesa en virtud de una forma única: la cancelación del registro, puesto que en este consiste la posesión, y la cancelación no puede tener lugar sino en tres casos:

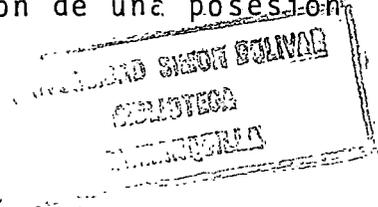
— Por voluntad de las partes:

— Por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro.

— Por decreto judicial.

Los dos primeros se confunden, si bien admiten una sutil diferencia ya que uno y otro obedecen a la "voluntad de las partes", y el tercero sucede cuando el juez reconoce una situación jurídica prevalente sobre el registro actual.

Si la posesión no depende de la inscripción como ya se expuso, puesto que no basta registrar la escritura de venta para que el comprador entre a poseer materialmente el inmueble; y si la posesión material sin inscripción, alguna durante un año, engendra las acciones posesorias, durante 5 o veinte confiere la propiedad, se comprende que no hay razón en hablar de la cesación de una posesión.



"inscrita", con fundamento en la cancelación de simples inscripciones carentes de toda acepción posesoria. Hay sí, razón en hablar de cancelación de inscripciones, en cuanto a éstas traspasan y prueban el derecho. La nueva inscripción cancela, por sí misma, la anterior, y se repite, no hay por qué ni para qué atribuir a las inscripciones fin alguno- relacionado con la posesión.

El inciso segundo del mismo precepto dice: "mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente". Con el artículo 785 este inciso segundo, libró en Chile la lucha afanosa por la inscripción de los bienes raíces.

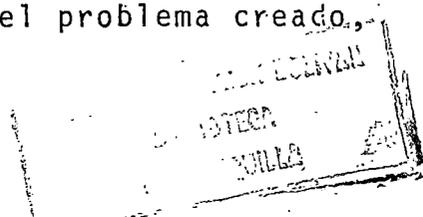
Fue una garantía inucitada, un privilegio de que no habían memoria, aquello de que habiendo sido inscrito el título de adquisición, quedaban el inmueble y su titular protegidos de manera perpetua contra todo peligro - procedente de la posesión material de terceros. Era una forma de estimular la inscripción de la propiedad, inmobiliaria, pero era también el medio de provocar la inacción del propietario, puesto a salvo de los interdictos del poseedor material y de la prescripción extraordinaria.

Más aplicado el texto en su alcance literal, pugna a fundamentales principio de organización humana y de régimen de la tierra. Ni en Chile se aplicó de esa suerte, y menos aún entre nosotros, pues la inscripción de los bienes raíces se rigió durante la colonia y se ha venido rigiendo durante la República por leyes generales sobre registro.

Y así sucede debajo la vigilancia del Código Civil particularmente después del segundo o tercer lustro del siglo, el inciso segundo del artículo 789 ha sido letra muerta, porque los terceros siempre han podido poseer materialmente los fundos contra los titulares inscritos ; siempre han tenido a su favor las acciones posesorias y han preescrito con usucapión extraordinaria, y hoy, además con la agraria de cinco años. Por tanto si a pesar de hallarse inscrito el inmueble, y en Colombia están inscritos prácticamente todos los que componen la propiedad privada, el que se apodera de él llega a tener a su favor los interdictos y a preescribir con usucapión agraria y extraordinaria, ningún oficio está haciendo, ni sentido alguno jurídico tiene un precepto que reza literalmente todo lo contrario.

5.3. ARTICULO 790

En este artículo aparece claramente el problema creado,



por la confusa dialéctica que ya hemos anotado en el artículo 759. En efecto, si allá pudimos conceder que la palabra posesión podía referirse a las mejoras, en este aparece claro que la posesión se toma en otro sentido; veámoslo:

El 790 habla de un inmueble cuyo título no está inscrito y concluye diciendo: "El que tenía la posesión la pierde" no se puede aquí interpretar la palabra posesión como una mejora puesto que una mejora no es un inmueble; renace así la contradicción antes aludida: La posesión debe ser inscrita, pero la posesión no es una propiedad del poseedor, luego éste no puede tener título de propiedad de algo que no es suyo. Por ello hemos pedido claridad en esta dialéctica y propuesto la solución ya anotada.

Pero pasamos a otro punto dejando las cosas como están: La posesión no está inscrita, que es la hipótesis que presenta este artículo 790. Los romanos, de cuyo Codex Civilis hemos recibido la institución de la posesión, establecen el interdicto, o acción posesoria que protege la posesión. Son varios pero en este artículo, deberlos, contemplaríamos los interdictos VI CLAM; el interdictum de VI establece una acción posesoria, como de recho que tiene el poseedor de reclamar la posesión de que violentamente ha sido privada; y el de Clam cuando

por medios de astusias, engaños o artimañas esa posesión le ha sido quitada. En ambos casos se le ha reconocido en el derecho romano el derecho de adquirir la posesión al poseedor que ha perdido su posesión solo temporalmente, mientras dura la recuperación demandada ante el juez.

Pero este artículo 790 de un solo tajo desconoce estos interdictos, creando un estado de injusticia notoria contra el honesto poseedor.

Por la solución de este problema ofrecemos una de las conclusiones.

5.4. ARTICULO 791

En este artículo ofrece la ley un modelo de galimatías como pocos. En primer lugar, está demás la cláusula explicativa "dándose dueño de ella" pues está demás siendo que el verbo usurpar significa eso. En segundo lugar la expresión "No se pierde, por una parte la posesión ni se adquiere por otra, a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa" puede ser más clara y precisa, como lo veremos en las Conclusiones y además contiene el error que analizamos: Si el usurpador las mejoras que tiene a nombre de otro, se las vende a sí mismo, esto no tendría sentido alguno, pues se daría algún delito de falsedad" este aparece del "enajene su propio nombre". lo

que se afirma por la terminación "pore fin a la terminación anterior". Este fianl tampoco es jurídico, pues con él se niega el interdicto VI a que tiene derecho el poseedor como acción posesoria.

El segundo inciso de este artículo ya lo hemos comentado ampliamente en el Marco Legal.

CONCLUSIONES

1. SOLUCION

El artículo 759 del Código Civil quede así:

"Los títulos tranlaticio de dominio no darán o transferirán la tradición correspondiente al respectivo de recho mientras no se halla verificado el registro en los términos que se dispone en el título de Registro de Instrumentos Públicos".

Concordancia, artículo 756
Código Civil

2. SOLUCIÓN

El artículo 789 del Código Civil quede así:

"Para que cese la validez de la inscripción de la mejora es necesario que

la inscripción se cancele, sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiera a otra persona su derecho en las mejoras, o por decreto judicial.

Mientras susista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere la mejora, no adquiere posesión de ella, ni por fin a la posesión existente".

3. SOLUCION

Sugiero que el artículo 790 del Código Civil en su oración subordinante y principal quede así:

"Si alguien....., el que tenía la posesión no la pierde aunque quede privado de ella mientras la acción posesoria de VI o de Clam queda resuelta a su favor".

4. SOLUCION

El artículo 791 dle Código Civil debe redaptarse así:

"Si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de otro, la usurpa, el usurpador la enajena a su nombre propio, El poseedor tendrá derecho a la acción posesoria de VI.

Con todo si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor cuyas mejoras están inscritas, y la usurpa y la enajena, el legítimo poseedor no pierde la posesión; pero si el comprador inscribe la mejora, la posesión vale para éste".

BIBLIOGRAFIA

- CASACION, 21 de Febrero, 1.924, XXX, 269.
- CASACION, 20 de Abril, 1.942, LIII, 336.
- CASACION, 9 de Julio, 1.940, XLIX, 597.
- CASACION, 24 de Agosto, 1.916, XXV, 448.
- CASACION, 21 de Septiembre, 1.911, XX, 293.
- CONS., sentencia en "G,J", t. XIV, p.200.
- EL TIEMPO, Octubre 3 de 1.987. ps. 5B - 6B.
- MEDELLIN, Carlos J. y MEDELLIN F. Carlos, Lecciones de Derecho Romano, Universidad Externado de Colombia.
- ORTEGA TORRES, Jorge, Código Civil , Editorial Temis, p. 321.

VALENCIA ZEA, Arturo. La Posesión, 3a edición, ps.11-20

VALENCIA ZEA, Arturo. Derechos Reales, T. 2B, ps. 69-78.

SENTENCIA, 30 de Octubre, 1.956, LXXXIII, 485.

INDICE

	pág.
INTRODUCCION.....	14
MARCO HISTORICO	
1. PREHISTORIA.....	17
MARCO CONCEPTUAL	
2. ACEPTACIONES PERTINENTES	24
MARCO SOCIAL	
3. LA POSESION ANTE EL INDIVIDUO.....	111
ESTUDIOS	
ESTUDIO 1.	115
ESTUDIO 2.	121
MARCO LEGAL	
4. ARTICULOS PERTINENTES.....	128
MARCO ANALITICO	
5. ARTICULOS COMENTADOS.....	139

pág.

CONCLUSIONES..... 147

BIBLIOGRAFIA..... 150

TRABAJO DE INVESTIGACION

LA POSESION

~~NAPOLEON DEL CRISTO IMBETH GAZABON~~

Asesoría Jurídica:

Dr:

UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR

COMENZADO:

CONCLUIDO:

- BARRANQUILLA -