

# LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA POSESIÓN, A PROPÓSITO DE LO ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Por: RUTH DEL SOCORRO MORALES PATIÑO<sup>1</sup>

ESTEBAN DAVID VALENCIA VÉLEZ<sup>2</sup>

## RESUMEN

El presente escrito pretende analizar la figura de la posesión, al tenor de lo que disponía el Código de Procedimiento Civil, y los cambios generados con la expedición del Código General del Proceso. Para ello se propondrá la siguiente estructura: Primero se estudiará la figura de la posesión a nivel teórico –pasando por las escuelas subjetivistas y de esquema-función–. Segundo, se enunciarán los cambios de la misma, que se encuentran consagrados en el Código General del Proceso a partir de un estudio comparativo, y de los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional. Tercero, se planteará unas conclusiones que permitan establecer si, con lo consagrado en el Código General del Proceso respecto de la posesión, existe una separación de la concepción de su naturaleza jurídica, es decir, de la teoría subjetivista que cimienta el sistema jurídico colombiano.

## Palabras clave

Institución, medida cautelar, embargo, variación, realidad social.

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Universidad de Manizales. Especialista en Derecho de Familia de la Universidad Libre, quien se ha desempeñado como docente en la Universidad Luis Amigó, Sede Manizales y la Universidad de Manizales. Fungió además como Juez Quinta Civil Adjunta de Manizales, Juez Segunda Civil de Descongestión, Juez Segunda de Ejecución Civil Municipal, Juez Promiscuo Municipal de Manizales y Juez Civil del Circuito de Anserma. Contacto: rsm1875@hotmail.com

<sup>2</sup> Abogado egresado de la Universidad de Caldas. Secretario Juzgado Promiscuo del Circuito de Pensilvania, Caldas. Secretario Juzgado Promiscuo Municipal de Supía, Caldas. Oficial Mayor Juzgado Promiscuo del Circuito de Manizales, Caldas. Oficial Mayor Juzgado Quinto Civil Municipal de Manizales. Contacto: e2v@hotmail.es

## **ABSTRACT**

The present writing, tries to analyze the figure of the possession according to what the Civil Procedure Code prescribed, and the changes generated with the issuance of the General Code of the Process. For this, the following structure will be proposed: First, the figure of possession will be studied at a theoretical level –passing through subjectivist and schema-function schools– . Second, the changes of this figure will be enunciated, which are enshrined in the General Code of Process, based on a comparative study and the arguments put forth by the Colombian Constitutional Court. Third, some conclusions will be proposed that allow establishing whether with what is enshrined in the General Process Code regarding possession, there is a separation of the conception of its legal nature, that is, of the subjectivist theory that underpins the Colombian legal system.

## **Keywords**

Institution, precautionary measure, embargo, variation, social.

## **INTRODUCCIÓN**

La posesión es un hecho que lleva consigo consecuencias jurídicas que son necesarias para el resguardo por parte de la legislación colombiana, de ahí que en materia civil sea defendida la teoría subjetiva de la institución en razón de que, en términos de la Corte Constitucional (2015):

(...) se identifica con una concepción material que requiere para su configuración el corpus y el animus. Tales exigencias eliminan la opción de que se considere posesión a la inscripción del título que

demuestra la subordinación física de un predio frente a una persona (...) (Sentencia C-750).

Lo anterior para indicar que dicha teoría se evidenciaba en la vigencia del Código de Procedimiento Civil (Decreto 1400 de 1970, art. 515), en el cual se preceptuaba que el objeto de las medidas cautelares eran los derechos derivados de la posesión, distinto a lo consagrado actualmente en el Código General del Proceso Ley 1564 de 2012 (art. 593, num. 3), que estableció que el objeto de las medidas cautelares es la posesión en sí misma, de lo cual se deduce que existió un cambio normativo en lo que tiene que ver con el embargo y secuestro de la posesión, aspectos que no se manifestaron en la exposición de motivos del cuerpo normativo en mención.

Puede expresarse que dichos cambios se apartan de la concepción imperante del sistema jurídico colombiano, en tanto se genera una dicotomía entre la concepción normativa de la posesión y el significado como institución del derecho, lo que conduce al análisis, según el cual, la figura de la posesión se adecuó, con la expedición del Código General del Proceso Ley 1564 de 2012, a la teoría de esquema-función, razón por la que en la presente investigación se contrastará la postura de la escuela subjetivista del derecho, en relación con la naturaleza jurídica de la posesión, respecto de lo que se establecía en el Código de Procedimiento Civil, y en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional y el objeto de la expedición del Código General del Proceso se analizará si existe una separación de la concepción propia de la posesión que ha ido imperando en la legislación colombiana, es decir si, en efecto, se obedece a la metodología del derecho de CARNELUTTI (2011) en lo atinente a los fines sociales de las instituciones jurídicas.

Los discernimientos que se llevarán a cabo permitirán concluir que en materia procesal el Código General del Proceso (2012, art. 593, núm. 3) enmarca la reconciliación de lo estructural y lo funcional, máxime atendiendo

a la situación coyuntural propia del Estado colombiano, la cual exige que la naturaleza jurídica de la posesión se estime como un derecho real provisional, susceptible de medidas cautelares.

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y METODOLOGÍA**

La presente investigación es cualitativa y se llevará a cabo a través de una metodología bibliográfica-documental y jurisprudencial, que permita analizar los giros introducidos por el Código General del Proceso (2012), respecto de la institución jurídica de la posesión, los cuales se alejan de la teoría subjetivista que ha cimentado el ordenamiento jurídico, y para la cual la posesión no es un derecho, sino un hecho.

En el mismo orden de ideas, el problema que se plantea parte del hecho, según el cual, en el Código de Procedimiento Civil (1970) se materializaba la teoría subjetivista en la institución jurídica de la posesión, y es que específicamente, en el inciso 2 del artículo 515, se estipulaba que respecto del secuestro de bienes sujetos a registro “(...) *El certificado del registrador no se exigirá cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos, o el derecho derivado de posesión sin título en un inmueble de propiedad privada (...)*”, disposición de la cual la interpretación mayoritaria de la doctrina nacional extrajo que el objeto de las medidas cautelares eran los derechos derivados de la posesión, lo que se reafirma a través de argumentos propios de la naturaleza de la posesión, como una mera situación de hecho, más no relaciones de derecho entre la persona y la cosa poseída, por lo que, en términos de SOLAR (1925), entre la persona y la cosa poseída no se predica un vínculo de derecho, pues la posesión en sí misma debe considerarse como una simple situación de hecho, mediante la cual el sujeto que ejerce poder sobre la cosa pretende ser propietario o adquirir un derecho real de goce sobre la misma, y en aquello solo puede evidenciarse un hecho, sin ninguna connotación jurídica.

Ahora bien, de la posesión de un bien se derivan ciertos derechos (situación posesoria), tales como la detentación física de la cosa, su explotación económica, la oportunidad de su adquisición, entre otros, y es precisamente sobre estos que puede recaer la medida cautelar de secuestro, en la medida que representan un activo en quien los posee, y por ende son estimables en un ámbito económico.

En dichos escenarios encuentra aplicabilidad el artículo 515 del Código de Procedimiento Civil (1970), pues son susceptibles de ser secuestrados, valuados y rematados, en los términos de la dicha disposición.

De lo expuesto se evidencia entonces que la teoría subjetivista de la posesión, que se cimentó desde el Código de Procedimiento Civil (1970), y a la par reafirmada por los doctrinantes, dado que se entendía la posesión como un hecho y no como un derecho, de ahí que no fuera concebible su secuestro, inscripción o embargo.

En términos del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil (2005), atendiendo a que la posesión no se inscribe no es embargable, ni secuestrable, únicamente procede la solicitud de cautela de las garantías que generan una utilidad pecuniaria para el poseedor, por lo que no resulta viable cautelar el uso y goce de la cosa, por ser atributos ejercidos de un modo directo por el poseedor, sin que constituyan explotación económica. Así, hacen parte de las características del fenómeno posesorio, que no es susceptible de cautela por tratarse de un hecho.

Dichos argumentos en razón de que la posesión *per se* no constituía un derecho, sino que se concebía como un hecho del cual se derivaban los derechos de las personas. No obstante, dicha teoría comprendió una modificación en tanto que, con la promulgación del Código General del

Proceso (2016), pese a que desde la exposición de motivos se anunciaron cambios significativos, no fue anunciado aquél que suscitó la realización del presente análisis, y que versa en el hecho según el cual, en el numeral 3 del artículo 593, se dispuso que “(...) *El de bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos, excepto en los casos contemplados en los siguientes numerales (...)*” (subrayas fuera del texto).

El cambio normativo citado en precedencia se ha destacado a través de la doctrina, y se precisa que el objeto de las medidas cautelares es la posesión en sí misma. Así, ROJAS (2012) expresó que “(...) *merece destacarse el precepto contenido en el numeral 3 en virtud del cual la ley toma partido por la embargabilidad de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles (...)*” (p. 24), aspectos que no eran concebibles en el ya derogado Código de Procedimiento Civil, por lo que surge un problema jurídico en torno a la teoría subjetiva de la posesión, que ha sido imperante en el ordenamiento jurídico colombiano, y a través de la cual la posesión no es un derecho sino un hecho que lo deriva, tesis que, al tenor de lo dispuesto por la nueva legislación, se encuentra modificada, dado lo preceptuado en el artículo 593 del actual Código General del Proceso (2016).

El planteamiento enunciado será resuelto en los acápites posteriores, atinentes a las concepciones teóricas, discusiones, hallazgos y resultados del compendio documental –doctrina y jurisprudencia– que permita determinar si la posesión, de acuerdo con lo establecido por el Código General del Proceso (2016), se alejó de la teoría subjetivista que, históricamente, la ha caracterizado.

## **2. PREGUNTA DE INVESTIGACIÓN**

Al tenor de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 593 del Código General del Proceso, ¿qué variación se produjo en la naturaleza jurídica de la posesión, en comparación con el precepto establecido en el Código de Procedimiento Civil, que se encontraba cimentado en una teoría subjetivista?

## **3. OBJETIVOS**

### **3.1. OBJETIVO GENERAL**

Determinar si al tenor de lo consagrado en el numeral 3 del artículo 593 del Código General del Proceso operó alguna variación respecto de la naturaleza jurídica de la posesión, tal y como estaba preceptuada en el Código de Procedimiento Civil, y atendiendo a la teoría subjetivista en la cual estaba cimentada.

### **3.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS**

- a) Explicar desde una perspectiva doctrinaria y jurisprudencial en qué consiste la teoría subjetivista de la posesión, y cómo se implementó en nuestro ordenamiento jurídico.
- b) Exponer la teoría de esquema-función planteada por FRANCESCO CARNELUTTI (2011), en consonancia con el concepto de Derecho Viviente, a propósito de lo establecido en el Código General del Proceso frente a la posesión.
- c) Establecer la variación de la naturaleza jurídica de la posesión con la expedición del Código General del Proceso, en armonía con la teoría esquema-función expuesta.

#### **4. DESARROLLO DE OBJETIVOS**

En la fundamentación teórica se desarrollarán los capítulos a través de los cuales se pretende abordar las discusiones de fondo en torno a la pregunta de investigación esbozada, ello con la finalidad de conceptualizar desde un enfoque doctrinario las principales posturas frente al debate central del presente estudio (posesión: hecho o derecho), y exponer desde el punto de vista jurisprudencial cuál ha sido el precedente adoptado por el ordenamiento jurídico colombiano, y la evolución de la naturaleza jurídica de la institución civil de la posesión en el mismo.

Así, se expondrán en primera medida dos teorías: la subjetivista, representada principalmente por SAVIGNY (citado por ROBALLO et al., 2005), y la teoría esquema-función, cuyo principal exponente es CARNELUTTI (2011), en consonancia con el “derecho viviente”.

Posteriormente se pondrá de presente la variación de la naturaleza jurídica de la posesión, con la expedición del Código General del Proceso, como respuesta a las exigencias sociales y económicas de la propiedad. A continuación, se procede con el cuerpo de la discusión enunciado.

#### **5. TEORÍA SUBJETIVISTA DE LA POSESIÓN**

Antes de plantear en qué consiste la teoría subjetivista de la posesión, es preciso, en primera instancia, poner de presente una conceptualización sucinta de esta figura jurídica. Así, a nivel doctrinario se ha concebido a la misma como “(...) *la subordinación de hecho exclusiva total o parcial de los bienes al hombre (...)*” (GÓMEZ, 1981, p. 8), y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (1955), máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, como:

(...) poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y transformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; (...) ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella, no las inscripciones en los libros del Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra (...) (Sentencia SC-2153).

Ahora bien, en el ámbito normativo ha sido definida a través del artículo 762 del Código Civil (1873), el cual a su tenor literal la estipula como la “(...) *la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño* (...)”.

Corolario de lo anterior, pueden atribuirse a la posesión tres elementos esenciales:

- a) Poder físico o de hecho sobre un bien material.
- b) Ejercicio de dicho poder con ánimo de señor y dueño.
- c) Materialización de la función social de la propiedad.

En este orden de ideas, la posesión representa, tanto para el titular de su ejercicio como para la sociedad y el Estado, una institución jurídica de gran envergadura, dado que no solo garantiza un derecho individual de adquisición de propiedad, sino que, a través de ella, se desarrollan en gran medida los aspectos económicos y sociales de dicha propiedad, lo cual incide directamente en los actores mencionados, ya que, si bien no se trata a fondo por no ser el objetivo principal de la presente investigación, se resalta, debido a que evidencia la importancia de esta figura jurídica y por ende la relevancia de determinar su naturaleza y el alcance de la misma.

Teniendo en cuenta lo expuesto en precedencia, es imperativo presentar de forma concreta las posturas que se han asumido en torno a la posesión, y su esencia jurídica dentro de la doctrina civil, entre las cuales destaca un debate principal, esto es, si debe ser considerada un derecho o un hecho. Al respecto, la Corte Constitucional (2015), en la Sentencia C-750, realiza un desarrollo completo frente al tema que resulta pertinente reseñar a continuación.

Así, es menester partir de lo expuesto por el principal teórico de la escuela subjetivista del derecho, SAVIGNY (citado por ROBALLO et al., 2005a), quien considera que la posesión está comprendida por dos elementos esenciales: uno material que se manifiesta a través de la relación directa, y de hecho entre el sujeto y la cosa, mediada por los actos desplegados sobre la misma y que expresan que son ejercidos a través de un poder exclusivo (*corpus*), y otro psicológico, que se materializa mediante la intención de ejercer dichos actos como propietario de la cosa (*animus*), y al cual le da un carácter definitivo dentro de esta institución, ya que es el que, a juicio del autor, permite identificar al poseedor y diferenciarlo del mandatario, arrendatario, comodatario, entre otros, que carecen de la voluntad de propietario.

En otras palabras, para el teórico alemán:

(...) Toda adquisición de la posesión reposa sobre un acto corporal (*corpus factum*) acompañado de una voluntad determinada (*animus*). El hecho debe ser de tal naturaleza que ponga al que ha de adquirir la posesión en estado de tratar la cosa según su voluntad y con exclusión de cualquier otro, esto es, en disposición de ejercer el derecho de propiedad (...) (SAVIGNY, citado por ROBALLO et al., 2005b, p. 28).

De acuerdo a lo expuesto, bajo la teoría subjetivista de la posesión, esta es considerada en sí misma como un hecho en el que interviene la voluntad del hombre, y de la cual se derivan determinados derechos frente a la propiedad. Por otra parte, para IHERING (2008) no es posible demostrar la voluntad de propietario sobre un bien, tal como lo expuso SAVIGNY (citado por ROBALLO et al., 2005c).

Así, el teórico establece que “(...) el concepto de *corpus* requiere de relación física con la cosa y de un interés que motiva un fin, propósito que generalmente es económico. (...)” (IHERING, 2008, p. 16), y de igual forma indica que tanto el *corpus* como el *animus* hacen parte de un mismo vínculo, en tanto el último se exterioriza a través del primero, y basta la detentación de la cosa para que se genere la intensión de señor y dueño.

En una postura más conciliadora SALEILLES (citado por la Corte Constitucional, 2015) propuso una doctrina en la cual la posesión “(...) es un hecho económico de apropiación que se demuestra con el *corpus*, esto es, la expresión visible de la relación financiera entre el hombre y objeto (...)” (Sentencia C-750). Bajo este entendido, el “*corpus*” está comprendido por los hechos que exteriorizan la apropiación de la cosa, y el “*animus*”, esencialmente económico, se determina por la voluntad de la persona de satisfacer un interés financiero con ella (MARTÍNEZ, 2008).

Atendiendo a lo enunciado en líneas anteriores, puede evidenciarse que SALEILLES (2015) y SAVIGNY (citado por ROBALLO, 2005) presentan doctrinas frente a la naturaleza de la posesión que se encuentran en consonancia, en tanto para ambos autores es un hecho en el que interviene la voluntad, y ya sea que entre uno y otro varíe la connotación de dicha intención (beneficiarse económicamente para el primero, y ejercer el derecho de propiedad para el segundo), lo relevante es que se enmarcan dentro de la teoría subjetivista de esta institución jurídica.

IHERING (2008), por su parte, ha sido un doctrinario dentro de la escuela objetiva del derecho, pues dentro de su postura el factor volitivo es imposible de probar, y para demostrar la posesión solo basta ostentar una relación material con la cosa, ya que el elemento determinante de esta es el corpus, y adicionalmente considera que la posesión es un derecho en sí mismo y no un hecho.

Ahora bien, como es sabido, el Código Civil colombiano fue escrito por ANDRÉS BELLO (1887), quien tuvo como base el Código de Napoleón (1804), el cual se fundamentó esencialmente en la teoría subjetivista de SAVIGNY (citado por ROBAYO, 2005). Bajo este entendido, el artículo 762 del Código Civil que define la figura jurídica de la posesión fue redactado en el marco de dicha teoría, y así lo ha interpretado la Honorable Corte Constitucional (2011), al desarrollar dicha disposición, pues ha establecido que la posesión así entendida,

(...) es un poder de hecho ejercido sobre las cosas, que produce efectos jurídicos, que implica la realización de actos positivos sobre la cosa. En ello consiste comportarse frente al bien como si fuera el dueño de acuerdo con la norma (...) (Sentencia T-302).

En este orden de ideas puede evidenciarse que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la posesión como institución jurídica civil se ha concebido como un hecho a partir de su precepto normativo y del origen de este. No obstante, es menester establecer si el desarrollo jurisprudencial que se ha hecho frente al tema respalda la esencia de dicha disposición bajo un precedente uniforme, o si por el contrario se han presentado otras posturas dentro del Tribunal Constitucional. Con la finalidad de resolver este interrogante, se expondrán las principales sentencias constitucionales que han tratado el tema en estudio.

En providencia proferida en el año 1992 la Corte Constitucional (Sentencia T-494) se apartó de la esencia otorgada a la posesión a través de la normativa

civil, y atendiendo a la realidad y finalidad de dicha institución, le dio la connotación de derecho constitucional fundamental de carácter económico y social. Así, indicó lo siguiente:

En providencia proferida en el año 1992, la Corte Constitucional, se apartó de la esencia otorgada a la posesión a través de la normativa civil, y atendiendo a la realidad y la finalidad de dicha institución, le dio la connotación de derecho constitucional fundamental de carácter económico y social, argumentando que la ontología de la relación posesoria y las implicaciones económicas y sociales son de tal magnitud dentro de la comunidad y el logro de sus objetivos, que reconoció que la posesión posee una entidad autónoma de tales particularidades que en la actualidad, es en sí misma, un derecho constitucional fundamental de carácter económico y social (Corte Constitucional, 1992).

Posteriormente, el Alto Tribunal reiteró esta postura y la sustentó con base en el argumento, según el cual, la posesión deviene del derecho de propiedad. En este sentido, expuso que una de las razones de peso para proteger la posesión, es que la misma “(...) es una exteriorización de la propiedad y una de sus formas más eficaces de prueba (...)” (Corte Constitucional, 1993).

En el año 1995 la Corte Constitucional (Sentencia T-172) adoptó un cambio radical frente al tema *sub examine*, y en esta oportunidad manifestó que la posesión no podía ser entendida como un derecho fundamental, en tanto que el constituyente no le había asignado dicha calidad; en igual sentido falló en el año 2002, adicionando que normativamente la posesión no era un derecho sino un hecho, interpretación que se desprende, según los argumentos de la Corte, de la lectura del artículo 762 del Código Civil, pues en el mismo se reconoce solo una situación fáctica, hecho que se refuerza y se encuentra en consonancia con el artículo 2521 *ibídem*, que determina “(...) que esa

*institución jurídica no se transfiere ni se trasmite (...)*, y que “(...) *el estatuto civil se esmera en tratar esa institución como un producto de la realidad. Por consiguiente, debe mantenerse dicha postura (...)*” (Corte Constitucional, de 2002).

Finalmente, en el año 2015 se encuentra una providencia de la Corte Constitucional (Sentencia C-750) mediante la cual hace un rastreo doctrinario y jurisprudencial de las principales posturas frente a la naturaleza jurídica de la posesión, y a través de la misma se reafirma que esta figura, considerada en sí misma, es un hecho y no un derecho. Así, indicó que la posesión es un hecho protegido por la ley ejercido por una persona frente a una cosa determinada, y es el momento fáctico que precede a la adquisición del derecho real de dominio mediante el modo denominado prescripción adquisitiva.

Además de ser la comprobación de un hecho, la posesión viene acompañada de un elemento subjetivo conformado por una doble connotación volitiva, a saber: la intención de señor y dueño sobre la cosa en la cual se ejerce poder físico, y no reconocer a ninguna otra persona como dueña del objeto, identificando de esta manera dos elementos esenciales en la posesión: uno objetivo (*corpus*) y uno subjetivo (*animus*).

En el mismo sentido, la idea según la cual la posesión es entendida como un hecho, ha sido también aplicada por la Corte Suprema de Justicia (1995), órgano que ha argumentado en su momento que dicha institución jurídica es en esencia un poder que se ejerce de forma física y directa sobre las cosas a través de actos materiales que propician su goce y transformación, y cuya característica inherente es no reconocer a otra persona como propietaria del objeto poseído, es decir, dicho poder físico, y de hecho viene acompañado de un componente subjetivo (Sentencia SC-2153).

Bajo la misma línea, a través de fallo proferido en el año 2007 expuso que, de conformidad con el Código Civil, en la posesión se destaca tanto el elemento objetivo, compuesto por la relación de hecho entre persona y cosa, como el elemento subjetivo, precedido del aspecto psicológico de detentarla con ánimo de señor y dueño, y adicionalmente, puso de presente el origen de la disposición que regula esta institución dentro del compendio normativo civil, y la consecuente interpretación que se debe hacer de su naturaleza, en tratándose de la teoría subjetivista, fundamento de dicha norma.

En este sentido, expresó que de los postulados que componen dicha teoría el elemento subjetivo, denominado “*animus*” en el caso concreto de la posesión, es el más relevante dentro de esta institución del derecho, toda vez que permite diferenciarla de la mera tenencia (Corte Suprema de Justicia, 2007).

Entonces, la teoría subjetivista explicada al comienzo del presente ítem, no solo influyó en la definición de la posesión establecida en el Código Civil, sino que además ha sido reiterada por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia desde sus sentencias fundacionales hasta la actualidad, en las que, como se citó en precedencia, se entiende que dicha institución jurídica es un hecho verificable a través de un elemento subjetivo que permite o no el reconocimiento de un derecho, ello por cuanto ANDRÉS BELLO (1887), al adoptar la analizada institución, se basó también en la teoría clásica subjetivista del jurista alemán SAVIGNY (citado por ROBALLO et al., 2005d), que irradiaba lo dispuesto en el Código de Napoleón (1804).

Hasta ahora se ha dejado claro que, en el sistema jurídico colombiano, fue la teoría de la escuela clásica subjetivista la que cimentó la institución jurídica de la posesión. De ahí que ello se haya evidenciado en la posesión como un hecho jurídico, desde lo consagrado en el Código Civil, lo establecido en el –actualmente derogado– Código de Procedimiento Civil, y los argumentos

esgrimidos por los órganos de cierre –Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional–, empero, es a partir de lo estipulado en el Código General del Proceso respecto de la posesión, que surge el problema jurídico planteado, pues los cambios introducidos por este, permiten que la posesión sea interpretada como un derecho y no como un hecho jurídico del cual se derivan unos derechos.

## **6. TEORÍA DEL ESQUEMA-FUNCIÓN, METODOLOGÍA DEL DERECHO EN CARNELUTTI Y DERECHO VIVIENTE**

Como se expuso en precedencia, el ordenamiento jurídico colombiano, concretamente el Código Civil, se fundamentó esencialmente en la teoría subjetivista de la posesión, de ahí que su artículo 762 haya sido redactado en el marco de esta, concepto interpretado a lo largo del tiempo por la Corte Constitucional. No obstante, dicha teoría ha dejado de prevalecer en la medida que se profieren diversas normas jurídicas, de modo que las situaciones coyunturales sociales en el país hayan llevado consigo la necesidad de instituciones que fueran coherentes con las realidades que se presentaban a nivel económico y social.

Así, puede expresarse que en el derecho procesal, y con la expedición del Código General del Proceso (2016), se introdujo una reconciliación entre lo estructural y lo funcional, que exige, en el caso de la posesión, que su naturaleza jurídica se estime como un derecho real provisional susceptible de medidas cautelares, atendiendo a la necesidad de coherencia entre aquello que se estipula legalmente y la realidad a nivel social, lo que en términos de CARNELUTTI (1944) implica que el derecho no se aplique por quien está en conflicto, sino por quienes están sobre el conflicto, es decir, que la función procesal consista en la combinación de dos elementos: *paz y justicia*.

Entonces, dentro de la misma línea argumentativa debe expresarse que la reconciliación que enmarca el Estatuto Procesal es compatible con la Teoría Esquema-Función y la Metodología planteada por CARNELUTTI (2011), la cual es relacionada con la armonización entre lo estructural y lo funcional de los institutos jurídicos, así, el instituto debe ser una cuestión que se trata de combinaciones que son creadas por el hombre. En términos del autor:

(...) cuál es su intento y cuál es su resultado (...) son dos momentos, uno y otro, diversos en la función del instituto: uno es su momento causal, el otro su momento formal; tan diversos que según se le mire desde uno o desde otro, el instituto cambie de aspecto, como pasa con la montaña, que vista desde otra parte no parece la misma, y su concreción es decir, su realidad, resulta de sus combinaciones (...) (p. 32).

En este contexto, se evidencia que dicha teoría se adhiere al carácter dinámico de la Constitución de 1991, que resultó como consecuencia de las permanentes tensiones con la realidad, lo que conducía a los jueces a modificar las interpretaciones de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades que se presentaban en la vida de la colectividad, aun cuando ello implicara cambios formales del texto constitucional, lo que se ha entendido como “*constitución viviente*”, esto es, que en momentos dados, al tenor de los cambios económicos, sociales, políticos y hasta ideológicos, no resulta sostenible a la luz de la Constitución de 1991 pronunciamientos considerados en el pasado, pues se trata de significaciones materialmente distintas (Corte Constitucional, 2001).

De acuerdo con lo esgrimido por el Alto Tribunal Constitucional (Sentencia C-007 de 2016), la Constitución de 1991 debe ser interpretada como un texto vivo, pues la transformación del entorno puede implicar la modificación de la interpretación de principios constitucionales. De este modo, en tratándose de

la institución jurídica de la posesión y su alcance con la expedición del Código General del Proceso (2016), se evidencia que este constituye la reconciliación entre las instituciones jurídicas y las realidades sociales.

Dadas así las cosas, aunque a nivel histórico imperó la teoría subjetivista expuesta en acápite precedentes, en la actualidad, y en virtud de la expedición del Código General del Proceso (2016), además del concepto de la Constitución viviente, se materializa la teoría de Esquema-Función cuyo precursor es CARNELUTTI (1944), lo que significa la unión de las disposiciones normativas, las interpretaciones constitucionales y legales, con las realidades sociales, en armonía con las variaciones económicas, sociales, culturales y políticas, todo lo cual, en el caso concreto, se traduce en la interpretación de la posesión como un derecho en sí mismo, y no como un hecho jurídico.

## **7. VARIACIONES DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO**

La institución jurídica de la posesión, a la luz de lo que consagraba el Código de Procedimiento Civil, estipulaba que respecto del secuestro de bienes sujetos a registro “(...) *El certificado del registrador no se exigirá cuando lo embargado fuere la explotación económica que el demandado tenga en terrenos baldíos, o el derecho derivado de posesión sin título en un inmueble de propiedad privada (...)*” (art. 515, inc. 2), de lo cual podía interpretarse que la posesión era un hecho del que podía derivarse un derecho, razón por la que no podía hablarse en nuestro sistema de “*posesión inscrita*”, siendo la “*posesión material*” la única que tiene validez por ser un hecho del cual se deriva la existencia de derechos, que representan un activo patrimonial transferible, y por lo mismo perseguible por los acreedores.

Pese a lo expuesto, con la expedición del Código General del Proceso (2016) se introdujo un cambio específicamente en lo que tiene que ver con la institución jurídica de la posesión, implicando que la misma puede ser interpretada como un derecho en sí misma, y no como un hecho –esta última, característica propia de la teoría subjetivista–, ello por cuanto en el artículo 593 de este compendio normativo, frente a los embargos, se dispuso lo siguiente:

(...) **Embargos.** Para efectuar embargos se procederá así (...) 3. El de bienes muebles no sujetos a registro y el de la posesión sobre bienes muebles o inmuebles se consumará mediante el secuestro de estos, excepto en los casos contemplados en los numerales siguientes (...)

Es en este punto, entonces, en el que surge el inconveniente, dado que la misma situación posesoria en el caso concreto constituiría un derecho, aun cuando por algunos autores se ha expresado que los derechos se derivan del hecho de ser poseedor de un bien, así:

(...) Esos derechos que se derivan de ser poseedor del bien, y que constituyen la denominada situación posesoria, son los que pueden ser objeto de secuestro: la detentación de la cosa, su explotación económica, el derecho que tal situación sea respetada por terceros que se materializa en la facultad de oponerse a medidas cautelares (...) esa es la situación jurídica que puede ser secuestrada, avaluada y rematado en un proceso en los términos del artículo 515 del Código de Procedimiento Civil (...) (CORREA, SUÁREZ & BERMÚDEZ, 1996, p. 10).

Así, de la lectura literal del artículo 593 del Código General del Proceso (2016) puede concluirse que la posesión adquirió la calidad de derecho, en

tanto que, de acuerdo a ÁLVAREZ (2017), “*toda cautela recae sobre un derecho*” (p. 24), y dicha disposición establece la procedencia de la medida cautelar del embargo sobre la posesión de bienes muebles o inmuebles.

En este orden de ideas, debe resaltarse que el Código de Procedimiento Civil consagraba el secuestro de los derechos derivados de la posesión, y no la posesión en sí misma, de ahí que se evidencie un cambio significativo en su naturaleza jurídica.

Dentro del mismo contexto, el Código General del Proceso (2016) se aleja de la tesis de la escuela subjetivista al hacer de la posesión objeto de medidas cautelares, pues por su naturaleza y alcance es una de las vías más eficaces y un instrumento privilegiado para lograr el acceso a la propiedad, lo que hace necesario el estímulo y protección a formas concretas de posesión material económica (CORTE CONSTITUCIONAL, 1992).

Dicho alejamiento obedece a la teoría del esquema-función desarrollada en el acápite anterior, es decir, a una reconciliación entre las funciones de las instituciones jurídicas y las realidades sociales, máxime atendiendo a la coyuntura política, económica y social que se vive actualmente en el Estado colombiano, el cual presenta problemas estructurales de estados de pobreza y *apartheid* institucional (GARCÍA & ESPINOSA, 2013), aspectos que hacen que sea necesaria la concepción de la posesión como un derecho real provisional, susceptible de medidas cautelares.

Lo dicho en precedencia se encuentra en consonancia con una postura jurisprudencial adoptada por el Alto Tribunal Constitucional entre los años 1992 y 1995, pues debe señalarse que la naturaleza jurídica de la posesión ha sido objeto de diversos debates e interpretaciones por parte de las Altas Cortes, y que al respecto no hay un precedente pacífico.

En este sentido, la Corte Constitucional (1992) manifiesta que, teniendo en cuenta que Colombia es un país con altos índices de pobreza y subdesarrollo, el Estado a través de las disposiciones del ordenamiento jurídico, y en cumplimiento de sus fines esenciales, debe incorporar la institución jurídica de la posesión al ámbito de la economía nacional, ya que por su misma naturaleza, alcance y debida protección se puede convertir en un “ (...) *instrumento privilegiado de acceso a la propiedad (...)*” (Sentencia, T-494).

Corolario de lo anterior, la posesión resulta ser una institución jurídica notable y significativa, ya que en esencia es un poder de hecho que guarda relación directa con el poder adquisitivo de la propiedad, y en consecuencia tiene un efecto social que debe salvaguardarse, máxime bajo los postulados del Estado social de derecho.

Dentro de esta línea argumentativa la Corte Constitucional (1992) afirma, en la providencia bajo análisis, que, atendiendo a las condiciones coyunturales de Colombia, la posesión resulta ser un **derecho fundamental**, en tanto tiene una conexión íntima y directa con el derecho de propiedad, lo cual implica para la Suprema Corporación que es un factor determinante para subsumir a dicha institución dentro de la categoría de derecho constitucional fundamental.

En línea con lo expuesto, el Alto Tribunal (1992) hace énfasis en el argumento, según el cual, las consecuencias sociales y económicas de la posesión, son de tal envergadura, para el Estado y sus nacionales, que la misma “(...) **es hoy, por sí sola, con todas sus consecuencias, un derecho constitucional fundamental de carácter económico y social**(...)” (Sentencia, T-494).

Lo citado anteriormente se encuentra al tenor con la teoría del esquema-función evidenciada a partir de la expedición del Código General del Proceso (2016), pues la especificidad de la relación posesoria y las consecuencias económicas y sociales son relevantes en el seno de la comunidad, atendiendo a la relación existente entre las instituciones jurídicas y las realidades sociales, lo cual encuentra su explicación a través del derecho viviente, es decir, de los avances del derecho en la medida que se presenten asuntos coyunturales a nivel social que conlleven a la armonización entre lo establecido en las normas y los cambios sociales.

De igual forma, en la citada providencia la Corte Constitucional (1992) pone de presente los postulados doctrinarios del profesor VALENCIA ZEA (2016), el cual considera a la posesión como un derecho real provisional, atendiendo a su esfera de acción y protección, ya que la posesión recae sobre cosas a las que se les aplica un poder de hecho, y por otra parte, como institución jurídica, es protegida desde el ordenamiento jurídico con acciones reales, consideración a pesar de la cual el autor en mención manifiesta que hay una gran diferencia entre la propiedad y la posesión, dado que mientras la primera es un poder jurídico definitivo, la segunda es un poder de hecho provisional, de ahí que le otorgue esa condición de derecho real provisional (VALENCIA, 2016, citado por la CORTE CONSTITUCIONAL, 1992).

Así, desde las posturas expuestas puede verse que la posesión es considerada un derecho desde un enfoque social y jurídico-civil, en tanto es una exteriorización del derecho real definitivo de propiedad, y este a su vez tiene incidencia directa en la estructura económica de la sociedad, en lo que respecta al dominio de un bien inmueble y la función social que el mismo debe cumplir. Frente a este último aspecto la Corte Constitucional (1992) ha manifestado que una de las razones principales y de antaño, que justifican la protección de esta figura jurídica, es que es una prueba eficaz del derecho a

la propiedad y que tiene esencialmente “(...) *implicaciones sociales y económicas por su impacto en la creación de riqueza. (...)*” (Sentencia T-494).

De conformidad con lo anterior, puede concluirse que, si bien el Código General del Proceso (2016), realizó una conversión tácita de la naturaleza jurídica de la posesión dentro del ordenamiento jurídico colombiano, al permitir que sobre la misma recaiga la medida cautelar del embargo, y por ende pasar de ser un hecho a un derecho, esta última connotación no es nueva dentro de nuestra legislación, pues a pesar de que la disposición normativa que la regula obedece originariamente a la teoría subjetivista ya descrita, puede verse que desde la doctrina, y especialmente desde la jurisprudencia constitucional, atendiendo a la finalidad de la propiedad y la estructura socioeconómica del país, esta institución civil ha sido considerada un derecho, ya sea real provisional o constitucional fundamental de carácter económico y social.

## **CONCLUSIONES**

A partir del análisis realizado a lo largo de este escrito es pertinente enunciar los hallazgos que pudieron encontrarse a partir del análisis de la normativa vigente en materia de la institución jurídica de la posesión, del derecho viviente, de la teoría de la escuela alemana clásica subjetivista, la metodología del derecho –teoría del esquema-función– propuesta por CARNELUTTI (2011), y de los cambios consagrados en el Código General del Proceso, por lo que, mencionense las siguientes conclusiones:

La teoría subjetivista, que en principio imperaba en el ordenamiento jurídico, más concretamente en lo relacionado con la institución jurídica de la posesión, se ha alejado con los nuevos preceptos establecidos en el Código General del Proceso (2016), que tienen que ver con la interpretación de la

posesión como un derecho *per se*, y no como un hecho jurídico del que se deriva un derecho una vez el mismo sea verificado.

El alejamiento de la teoría subjetivista que cimentó el ordenamiento jurídico, con la expedición del Código General del Proceso (2016), surge de la necesidad de armonizar las funciones de las instituciones jurídicas con las realidades sociales, esto es, que las mismas atiendan a las necesidades propias del sistema jurídico y del Estado colombiano, de ahí que emergiera necesaria la concepción de la institución jurídica de la posesión como un derecho real provisional, susceptible de medidas cautelares, situación compatible con la teoría del esquema-función propuesta por el CARNELUTTI (2011).

No es pacífica la posición jurisprudencial de la posesión como derecho o como hecho dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Desde 1992 fue reconocida como derecho constitucional fundamental de carácter económico y social, pero en sentencias posteriores se retomó la concepción subjetivista, esto es, la postura mediante la cual es considerada un poder de hecho; de esta manera se fueron desarrollando de forma intermitente las posturas jurisprudenciales al respecto hasta la última década, en donde se consolidó el precedente subjetivista, de forma específica en la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en cuya Sala Civil de Casación no se ha evidenciado hasta la fecha un pronunciamiento que exponga una concepción distinta, atendiendo al artículo 593 del Código General del Proceso.

Pese a que la naturaleza jurídica de la posesión ha sido objeto de variaciones, de conformidad con las interpretaciones que han adoptado las Altas Cortes, pues en algunas providencias han sostenido que es un hecho y en otras que es un derecho, se evidencia que, independientemente del debate, ha sido una figura jurídica susceptible de protección eficaz por parte del

ordenamiento jurídico, al disponer de acciones para quienes la ejercen y de medidas cautelares, como se observa con la implementación del Código General del Proceso (2016).

Finalmente, si bien a nivel histórico ha imperado en el ordenamiento jurídico colombiano la teoría subjetivista explicada en precedencia, en la actualidad, y con la expedición del Código General del Proceso, se materializa la teoría de esquema-función, cuyo precursor es CARNELUTTI (1944), pues la figura de la posesión fue adecuada a las realidades coyunturales, por lo que existe actualmente una unión entre aquello establecido en la norma, y la función social de las instituciones jurídicas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

CARNELUTTI (1944). *Sistema del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aire: Edit. UTEHA.

CARNELUTTI (2011). *Metodología del Derecho*. Bogotá: Edit. Temis.

CORREA, R.; SUÁREZ, D. & BERMÚDEZ, M. “El secuestro de la posesión de los vehículos automotores”. En: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. 20(20). Disponible en: <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v20.n20.1996.235>

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN DE TUTELAS (1995). Sentencia T-172. M.P.: Carlos Gaviria Díaz.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2001). Sentencia C-774. M.P.: Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2002). Sentencia C-1007. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2015). Sentencia C-750. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PLENA (2016). Sentencia C-007. M.P.: Alejandro Linares Cantillo.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA PRIMERA DE REVISIÓN DE TUTELAS (1992). Sentencia T-494. M.P.: Ciro Angarita Barón.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SÉPTIMA DE REVISIÓN DE TUTELAS (1993). Sentencia T-078. M.P.: Jaime Sanín Greiffenstein.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA DE REVISIÓN DE TUTELAS (2011). Sentencia T-302. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

CORTE CONSTITUCIONAL, SALA TERCERA DE REVISIÓN DE TUTELAS (2011). Sentencia T-302. M.P.: Juan Carlos Henao.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL (1955). Sentencia SC-2153. M.P.: José J. Gómez.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL (2007). Sentencia SC-064. M.P.: Augusto J. Ibáñez.

DOMÍNGUEZ M., J.A. (2008). *Derecho Civil*. México: Edit. Porrúa.

GARCÍA, M. & ESPINOSA, J.R. (2013). *El derecho al estado, los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

- GÓMEZ R., J.J. (1981). *Bienes*. Edición actualizada por el Dr. Douglas Bernal Saavedra. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- LEÓN R., E.I. (2005). “La posesión de los bienes inmateriales”. En: *Revista de Derecho Privado*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- ROJAS, M.E. (2012). *Código General del Proceso Comentado*. Bogotá: Esaju.
- SAVIGNY, F.K. (2005). *Tratado de la Posesión*. Alborote, Granada: Ed. Comares, S.L.
- SAVIGNY, M.F.C. (2005). *Tratado de la Posesión*. Granada: Ed. Comares SL.
- SOLAR, C. (1925). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Vol. III. *De Los Bienes*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VALENCIA Z. (2016). *Naturaleza jurídica de la relación posesoria*. Bogotá: Edit. Temis.
- VON IHERING, R. (2008). *Teoría de la Posesión*. Bogotá: Edit. Leyer.