

LA UTILIDAD O INUTILIDAD DE LA POSESIÓN VICIOSA PARA LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA EN COLOMBIA*

ANDRÉS BOTERO BERNAL**

Dedicado a los polémicos

Resumen: En este trabajo, dedicado más a la función docente que a la investigadora, se exponen tanto las tesis que defienden como las que niegan que con la posesión viciosa (es decir, la violenta o clandestina) es posible usucapir extraordinariamente un bien. Se toma partido por los que señalan que la posesión viciosa no da lugar a la prescripción adquisitiva extraordinaria, no sólo por los argumentos legales a favor, sino, especialmente, por la aplicación de postulados constitucionales. Se afirma, además, la importancia del debate académico (en este caso sobre el tema de la posesión viciosa) en las facultades de Derecho, pues de esta forma no sólo se logra educar, sino también construir una buena disciplina jurídica, todo dentro del marco de la democracia.

Palabras clave: Usucapión, posesión viciosa, posesión clandestina, posesión violenta, bien hurtado, Constitución.

Abstract: This paper, dedicated more to an educational function than to a research one, exposes not only the theses that defend, but also those that deny that the vicious possession (the violent or secret) permits the acquisition of the property. This paper defends that the vicious possession doesn't give place to the extraordinary acquisitive prescription, by the legal arguments to favor and for the application of constitutional postulates. This paper affirms also the importance of the academic debate (in this case on the topic of the vicious possession) in Law Schools, because the debate educates and it builds a good academic discipline, inside the mark of the democracy.

Keywords: Acquisitive prescription, vicious possession, secret possession, violent possession, stolen goods, Constitution.

* Fecha de recepción: 28 de septiembre de 2008.

Fecha de aceptación: 31 de octubre de 2008.

** Profesor investigador de la Universidad de Medellín. Correo electrónico: botero39@gmail.com.

Resultado del proyecto de investigación "LA NOCIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO", liderado por el prof. Sergio Estrada Vélez (Universidad de Medellín).

Quisiera agradecer por sus aportes a los profesores de la Universidad de Medellín Fernando Jaramillo, Luis Alonso Rico, Sergio Estrada, Oscar Soto, Benjamín Yepes y Mabel Londoño. Igualmente a la profesora Andrea Macía de la Universidad Autónoma de Madrid. Definitivamente el tema sobre el que versa este trabajo académico ha sido objeto de una interesante y productiva polémica; por ello agradezco a todos estos colegas y amigos. No sobra advertir que si este trabajo tiene algún mérito es gracias a ellos, y por los defectos que el lector encuentre yo soy el único culpable.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y APOLOGÍA; II. ARGUMENTO EN DEFENSA DE LA POSESIÓN VICIOSA PARA PRESCRIBIR EXTRAORDINARIAMENTE; III. ARGUMENTO EN DEFENSA DE LA INUTILIDAD DE LA POSESIÓN VICIOSA; 1. Argumentos legales en defensa de la inutilidad de la posesión viciosa; 2. Argumentos constitucionales a favor de la inutilidad de la posesión viciosa; IV. CONCLUSIONES; 1. Conclusiones del caso concreto; 2. La constitucionalización del Derecho privado; 3. El valor de la polémica.

I. INTRODUCCIÓN Y APOLOGÍA

Alguien, con razón, se preguntará por qué un filósofo e historiador del derecho escribe sobre un tema de derecho de bienes. ¿Es una invasión peligrosa? No lo creo, y pretendo justificar este acto en los siguientes aspectos: i) Gústeme o no, que es cosa diferente a lo que se debe hacer en una ciencia del derecho¹, el modelo vigente constitucional exige que el derecho legislado debe estar acorde con los principios constitucionales; por tanto, poner en evidencia cómo un tema del derecho legislado (para el caso, el tema de las posesiones inútiles) debe ser interpretado conforme a la constitución es algo que me permite esta “intromisión” al campo del derecho privado; ii) Me sirve este ejercicio para mostrar a los estudiantes –pues éste es un texto de docencia–, mediante un caso concreto, cómo opera en el mundo jurídico una teoría de los principios constitucionales, a pesar de que varios estudiantes me han criticado justo esto en clase y me han pedido, algunos de manera formal –otros no tanta– que deje de ser polémico y que me limite a la enseñanza teórica sin polemizar con otros docentes y con las ideologías dominantes! ¿Pero cómo se puede dictar filosofía del derecho y principios constitucionales sin ser polémico?; iii) Reflexionar sobre temas polémicos permitirá de alguna manera dejar por sentado una postura política a favor de un modelo científico, de un lado (pues la ciencia es debate), y constitucional, del otro, frente a los embates de los intolerantes sistemáticos que creen que la contradicción es sinónimo de falta de respeto.

Ahora, el problema jurídico es el siguiente: la doctrina jurídica colombiana ha considerado que la posesión violenta o clandestina es una posesión inútil o viciosa, para lo cual se basa en el artículo 771 del Código Civil, que dice: “Son posesiones viciosas la violenta y la clandestina”.

¿Pero cuáles son los efectos de la posesión viciosa o inútil? Resulta que el Código Civil, expresamente, no señala las consecuencias jurídicas de una posesión viciosa, por lo que

¹ En ocasiones anteriores he formulado mis reservas frente al neoconstitucionalismo, pero ello no implica que considere que el modelo constitucional no rige en Colombia. Es más, ya expresé en otra oportunidad que en una hipotética balanza entre el formalismo jurídico latinoamericano y el neoconstitucionalismo, preferiría este último. Ver, BOTERO BERNAL, Andrés, “Buscando el gris: Monólogo para evitar una radicalización en el derecho”, en Botero Bernal, Andrés (compilador), *Vivencia y pervivencia del derecho natural: Ponencias del IV seminario internacional de teoría general del derecho*, Colección Memorias Jurídicas, n° 6, Medellín, Universidad de Medellín, 2007, pp. 19-52.

queda en la duda este aspecto en el caso específico de la usucapión. A partir de ahí surge la pregunta: ¿puede prescribirse adquisitivamente un bien (mueble o inmueble) que es objeto de posesión violenta o clandestina? Frente a esta pregunta hay que hacer varios matices, por lo que me limitaré a un caso concreto dentro de las muchas variantes posibles: el caso del ladrón que, con el paso del tiempo, pretende adquirir por prescripción extraordinaria el bien hurtado. Es claro que no podrá por la prescripción adquisitiva ordinaria –por falta de título y buena fe²–, pero ¿podrá por la extraordinaria? Existen, al respecto, dos posturas muy claras y ambas bien argumentadas, que se expondrán brevemente a continuación.

II. ARGUMENTO EN DEFENSA DE LA UTILIDAD DE LA POSESIÓN VICIOSA PARA PRESCRIBIR EXTRAORDINARIAMENTE

Existen varios autores que no dudan en afirmar que la posesión viciosa, como lo es la violenta y la clandestina, no impide la usucapión extraordinaria del bien; esto es, que la posesión viciosa es útil para la prescripción extraordinaria. Sus argumentos son muy variados, pero podemos resumirlos de la siguiente manera: i) El artículo 771 no consagra la consecuencia jurídica para la posesión inútil o viciosa, por tanto no es dable suponerla vía doctrinaria; ii) El artículo 2531 del Código Civil señala claramente que, para acceder a la prescripción adquisitiva extraordinaria, no se requiere título alguno, la buena fe se presume de derecho y basta demostrar la posesión efectiva e ininterrumpida durante un lapso previamente fijado por el legislador; iii) Las cosas en el derecho deben tener un límite temporal; es por ello que en todas las áreas jurídicas prescribe el derecho y caduca la acción, puesto que no pueden dejarse cosas indefinidas en el tiempo, con lo cual se estabilizan las relaciones jurídicas que se tienen sobre los bienes; iv) Que el propietario despojado siempre cuenta con diversas acciones para recuperar la posesión, por ejemplo la estipulada en el artículo 984 del Código Civil³, por lo que, con la usucapión extraordinaria, se castiga es la inactividad de quien podía solicitar que se pusiera fin a la acción violenta o clandestina; y v) Que la posesión viciosa es un tipo de posesión, pues la misma ley así la denomina, con lo cual sí conduce a la prescripción adquisitiva.

² Sobre la buena fe en nuestro Código civil, no deje de leerse: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios dogmáticos de derecho civil*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2005, p. 85-99 (especialmente p. 97-99). Este autor señala, con argumentos fundamentalmente históricos, que la buena fe posesoria es un derivado de la buena fe contractual, lo cual tendrá consecuencias en materia de usucapión.

³ Dice así: “Todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia, y que por poseer a nombre de otro, o por no haber poseído bastante tiempo, o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá, sin embargo, derecho para que se restablezcan las cosas en el estado en que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior. Este derecho prescribe en seis meses.

Restablecidas las cosas y asegurado el resarcimiento de daños, podrán intentarse por una u otra parte las acciones posesorias que correspondan”.

Pues bien, veamos, directamente desde la fuente, algunos de estos argumentos. Empecemos con una cita que tomo de una conversación electrónica con el distinguido prof. HERNÁN VALENCIA RESTREPO: “Si alguien ha hurtado un bien puede adquirir en propiedad la cosa respectiva por prescripción adquisitiva extraordinaria. Ello, porque ésta lo que requiere es una posesión ininterrumpida de diez años; no se requiere ningún título y la buena fe se presume de derecho (cfr. art. 2531 CC). Precisamente, por esto último, no se le puede probar al ladrón su mala fe. La afirmación precedente parece absurda y, aún más, inmoral. No es así, toda vez que se castiga la negligencia del propietario, al no hacer valer su derecho durante un lapso de diez años, tiempo en el cual pudo defender su derecho con acciones civiles, como las posesorias (cfr. *ibidem*, arts. 972 y ss.) y la reivindicatoria (cfr. *ibidem*, 946 y ss.), y con las denuncias penales correspondientes. Por el contrario, se premia la diligencia del poseedor, al ejercer actos de señor o dueño durante el decenio mencionado, otorgándosele el dominio”.

Este insigne autor colombiano, en una obra de gran valor por su claridad pedagógica, señala, con respecto a quienes sostienen que la posesión inútil sí permite la usucapión extraordinaria, que “está ceñida estrictamente al derecho positivo. Mas no debería ser así porque, a todas luces, es una recompensa injusta, por ser excesiva, otorgar al poseedor violento o clandestino la prescripción adquisitiva extraordinaria por haber explotado la cosa por más de veinte (20) años ininterrumpidos. Usucapión semejante sólo debería concederse al poseedor público y pacífico carente de justo título y/o buena fe”⁴. Empero, considera este autor que, a pesar de su injusticia, la posesión viciosa sí permite usucapir el bien: “toda posesión regular o irregular (dentro de ésta se ha de comprender la viciosa) permite a su titular el ejercicio de las acciones posesorias y la configuración de la prescripción adquisitiva, con lo que se desvanece el parámetro para clasificar tripartitamente la posesión en regular e irregular (las posesiones útiles) y en viciosa (la posesión inútil)”⁵.

Igualmente, hay jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, al momento de estudiar la usucapión extraordinaria, no menciona las posesiones viciosas como excepciones de esta forma de prescripción adquisitiva, lo que ha permitido pensar que la posesión viciosa sí permite la usucapión. Veamos:

“El artículo 2512 del Código Civil se ocupa de definir la prescripción, pues al efecto expresa que ‘es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído la cosa y no haberse ejercitado dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales’. Del anterior precepto y de otros más se desprende que la prescripción, en su modalidad adquisitiva, puede ser ordinaria o extraordinaria. La segunda, que es la que interesa al caso *sublite*, se configura mediante el lleno de los presupuestos siguientes: a) posesión material en el demandante; b) que la posesión

⁴ VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Las tres grandes teorías generales del derecho*, 2ª ed., Medellín, Señal editora, 2000, p. 169.

⁵ *Ibid.*, p. 169.

se prolongue por el tiempo de ley; c) que la posesión ocurra ininterrumpidamente; y, de que la cosa o derecho sobre la cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por prescripción (arts. 981, 2518, 2519, 2521, 2529, 2531, 2532 CC; art. 413 CPC; art. 1º L.50/36). Al prescribiente que ha invocado la usucapión extraordinaria le corresponde demostrar que en el bien que pretende ha ejecutado actos positivos o materiales que indudablemente exterioricen su señorío (arts. 762 y 981 CC), pues la vieja querrela doctrinal de admitir la existencia de dos posesiones –la material y la inscrita–, perdió toda importancia y vigencia a partir del fallo de 27 de abril de 1955, mediante el cual la Corte cerró todo el empeño de considerar esas dos especies de posesión, para concluir que cuando el derecho positivo alude a posesión irremediabilmente se está refiriendo a la material, que es la única y auténtica como quiera que ‘no existe en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de los títulos de los derechos reales inmuebles en el Registro Público, porque (...) la inscripción carece de contenido y alcance posesorios’ (LXXX, 97). Según se vio, constituye otra exigencia para el buen suceso de toda pretensión de usucapión extraordinaria, la que el prescribiente haya poseído la cosa o derecho por el tiempo fijado por la ley, o sea, por un lapso de 20 años, sin que en el cómputo de este término tenga incidencia la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, como sí la tiene respecto de la prescripción ordinaria (art. 2532 CC y art. 1º L. 50/36). Por otra parte, cuando el poseedor acomete sus actos posesorios, esta actividad debe mantenerse y prolongarse por el tiempo requerido por la ley, pues si fenómenos de índole natural o civil le hacen perder su contacto con la cosa o derecho, como cuando la pierde definitivamente por haber pasado a otras manos o por resultar vencido en una contienda litigiosa (arts. 2522, 2523 CC y arts. 90, 91 CPC), lo cual entraña cuando menos la pérdida del *corpus* la posesión deja entonces, de tener toda virtualidad jurídica para usucapir. En materia de prescripción adquisitiva también se precisa que la cosa o derecho sea susceptible de adquirirse por este modo, pues si bien la ley sienta la regla general de que ‘se gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que estén en el comercio humano’, como también ‘se gana de la misma manera los otros derechos reales que no estén especialmente exceptuados’ (art. 2518 CC), existen algunos derechos y bienes cuya adquisición no puede lograrse por este modo originario, como ocurre, respecto de derechos reales, de los de servidumbres discontinuas o inoperantes y del derecho de hipoteca, y respecto de bienes, de los que no están en el comercio, de los de uso público, de los bienes fiscales adjudicables (arts. 61, 2518 y 2519 Código Fiscal), ni ‘procede declaración de pertenencia si antes de consumarse la prescripción estaba en curso un proceso de división del bien común, ni respecto de bienes... de propiedad de las entidades de derecho público’ (art. 413–4 CPC)”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de agosto de 1978).

El connotado prof. VELÁSQUEZ, por su parte, señala: “La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la presencia de la violencia y de la clandestinidad no son obstáculos para prescribir en forma extraordinaria, con el argumento de que la parte final del artículo 2531 CC sólo hace referencia a la denominada “intervención” o “inversión” del título. Conforme a este fenómeno, un mero tenedor puede transformarse en poseedor siempre que reúna los

requisitos establecidos en esa norma, entre los cuales figura el haber poseído sin violencia y clandestinidad. Afirma la Corte que esta prueba solo se exige al tenedor transformado en poseedor y no a los demás poseedores irregulares, quienes pueden llegar a la adquisición del dominio por prescripción extraordinaria, así su posesión esté rodeada de violencia o clandestinidad. Entonces, conforme a la posición de la Corte, el legislador estableció la posesión viciosa como un simple requisito probatorio sin un mayor fondo de punibilidad civil, lo que es un verdadero contrasentido jurídico. ¿Para qué hablar entonces de vicio de la posesión, si el objetivo final, estén ellos presentes o no, es el mismo: la adquisición del derecho por prescripción extraordinaria? La tesis de la Corte Suprema ha sido defendida en Chile por ALESSANDRI y SOMARRIVA y tiene como base el elemento histórico del Código Civil de aquel país”⁶.

Estos dos autores chilenos, mencionados por el prof. VELÁSQUEZ, señalan: “El artículo 2510 [art. 2531 del Código civil colombiano] niega la prescripción adquisitiva extraordinaria al poseedor violento sólo cuando existe un título de mera tenencia (regla 3ª del artículo 2510), porque sólo en este caso se reconoce dominio ajeno, y no cuando hay título, como tratándose del ladrón que aunque conoce el dominio ajeno no lo reconoce”⁷.

Bien se desprende del texto que el prof. VELÁSQUEZ describe la tesis de la utilidad de la posesión viciosa, pero no deja de considerar un contrasentido jurídico esa misma tesis, aunque termina aceptándola por respeto a la postura de la Corte Suprema de Justicia.

Más adelante, el mismo autor, agrega: “Cuando un bien es hurtado y su propietario conserva la intención de recuperarlo, la ley no le interrumpe a este la relación posesoria, aunque el bien esté en poder material o físico del infractor o delincuente. Esta afirmación aparentemente lógica y justa no encuentra en nuestra legislación positiva un principio enfático que impida al ladrón adquirir por prescripción (...) Debería establecerse, como ocurre en la legislación argentina, el precepto de imprescriptibilidad de dichos bienes para ese poseedor de mala fe”⁸.

Una vez más, el distinguido prof. VELÁSQUEZ señala que la tesis de la utilidad de la posesión violenta para usucapir es injusta y contradictoria, pero que, a falta de texto legal explícito, el ladrón puede prescribir a su favor el bien hurtado. Un comentario similar hace el prof. VELÁSQUEZ en relación con la posesión clandestina. Vale comentar, para finalizar

⁶ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, *Bienes*, 6ª ed., Bogotá, Temis, 1996, pp. 113-114. Empero, como se verá más adelante, no hay unanimidad en la doctrina chilena en torno a este tema. Por ejemplo, el prof. chileno PABLO RODRÍGUEZ señala que la posesión viciosa no conduce a la prescripción, oponiéndose así a los autores citados que comparten la tesis contraria. Ver: RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, *De las posesiones inútiles en la legislación chilena*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006. Agradezco al prof. Alejandro Guzmán por darme la pista del libro del prof. Rodríguez.

⁷ El primer texto entre corchetes es agregado nuestro. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *De los bienes y de los derechos reales*, Santiago, Imprenta Universal, 1982, p. 484.

⁸ VELÁSQUEZ, *Bienes, Op. Cit.*, p. 115.

con este autor, que el prof. TAFUR GONZÁLEZ cita como “comentario” al artículo 771 CC los argumentos del prof. VELÁSQUEZ⁹.

Como el lector podrá observar, estos argumentos son fuertes. Pero antes de analizar la contraparte debo hacer dos aclaraciones.

La primera aclaración es que el Código Civil, en su artículo 2351, señala que en la prescripción adquisitiva extraordinaria se presume de derecho la buena fe. La presunción de derecho no admite prueba en contrario; pero incluso suponiendo que sí se admita prueba en contrario, esto en nada afectaría a la tesis de los que señalan que la posesión viciosa es útil para la prescripción, puesto que es bien conocido por todos que la buena fe no es necesaria para la usucapión extraordinaria. Es decir, si la presunción de buena fe para la prescripción adquisitiva extraordinaria es desvirtuable en el proceso judicial, significa que podría probarse la mala fe del poseedor, pero la mala fe del poseedor no le impide acceder a la usucapión extraordinaria, por lo que termina siendo inútil, para lo que nos proponemos estudiar, dilucidar si se presume o no la buena fe. Sólo sería relevante en caso de considerar que la mala fe impide la prescripción adquisitiva extraordinaria (siguiendo incluso la lógica de la parte final del artículo 2531); pero quien piense así no estaría, entonces, entre los defensores de la utilidad de la posesión viciosa para prescribir.

La segunda aclaración es la siguiente: el mismo artículo 2531 (que es el artículo 2510 del Código civil chileno) señala que en un caso se presume legalmente la mala fe. Dice así: “Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir la mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1ª) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta (30) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2ª) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”. Este apartado legal se refiere a quien pretende la adquisición de un bien por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria, mediando previamente un contrato que ponía al poseedor como un mero tenedor. Pero éste no es el caso que ahora nos ocupa, por lo que pasaré de largo este apartado¹⁰.

III. ARGUMENTO EN DEFENSA DE LA INUTILIDAD DE LA POSESIÓN VICIOSA

A pesar de la importancia y la fortaleza de los argumentos anteriores, hay varios académicos que sostienen que la posesión viciosa es inútil para la prescripción. Entre los

⁹ TAFUR GONZÁLEZ, Álvaro, *Código Civil Anotado*, 21ª ed., Bogotá, Leyer, 2004. Igualmente, su interpretación en este tema es seguida por el prof. VALENCIA (Las tres..., *op. cit.*, p. 168).

¹⁰ No obstante, remito al estudio que sobre la posesión del mero tenedor hace el prof. RODRÍGUEZ (De las..., *Op. Cit.*, p. 19-26 y 199-200).

argumentos esgrimidos podemos hacer dos grupos para efectos expositivos. El primer grupo de argumentos son aquéllos que parten desde la misma lógica del Código Civil y el segundo son los que se remontan ya sea a la Constitución o a los Principios Jurídicos.

1. Argumentos legales en defensa de la inutilidad de la posesión viciosa

Los argumentos de este primer grupo se resumen así: i) Históricamente, la posesión violenta no permite la prescripción adquisitiva, cosa verificable en diferentes brocardos y aforismos latinos, con lo cual, dado el carácter auxiliar de la interpretación histórica y la importancia de los brocardos¹¹, bien se extrae de ellos la imposibilidad, en nuestro Código de vertiente romanista, según estos autores, de que la posesión viciosa conduzca a la usucapión extraordinaria; ii) Que, según el propio Código, las normas de este cuerpo deben ser interpretados conforme a la moral (buenas costumbres)¹², a la equidad (artículo 32 del CC)¹³ y a los principios generales del derecho, y la posesión que el ladrón tiene del bien hurtado repugna contra la moral y además atenta contra dos principios generales del derecho que dicen que “nadie puede beneficiarse de su propio dolo” y que “no es dable el ejercicio ilegítimo de las propias razones”; iii) Que, por la interpretación sistemática, no puede darse efectos jurídicos validatorios a un hecho ilícito; iv) Que toda interpretación debe conducir a atribuir efectos jurídicos a una norma; por tanto, no es válido interpretar el artículo 771 en el sentido de que no tiene efectos jurídicos la declaración de viciosa de la posesión violenta y clandestina; v) Que el mero hecho que el legislador señale que

¹¹ Sobre la importancia de los brocardos y los aforismos romanos en el derecho legislado, véase: PORTELA, Jorge, “Aforismos y principios jurídicos”, en Botero Bernal, Andrés y Estrada Vélez, Sergio Iván (comp.), *Temas de Filosofía del Derecho*, Medellín, Señal editora y Universidad de Medellín, 2003, pp. 77-95. Igualmente: SALDAÑA SERRANO, Javier, “Reglas y principios. A propósito del origen y contenido de los principios jurídicos a partir de las *regulae iuris*”, en *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, IJ-UNAM, 2005, pp. 629-667.

¹² Aspecto que fue declarado constitucional mediante sentencia C-224 de 1994, magistrado ponente Jorge Arango Mejía.

¹³ Dice así: “En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”. Este artículo corresponde al artículo 24 del Código civil chileno. El prof. chileno GUZMÁN BRITO propone interpretar este texto como una remisión al derecho romano, especialmente al *Corpus Iuris Civilis*; en caso de no encontrar allí una solución, el juez debe remitirse a los intérpretes del derecho romano, tanto los antiguos como los modernos. De esta forma, dice GUZMÁN, logra “conciliarse la posibilidad de un recurso a la equidad con el principio de la seguridad jurídica”. GUZMÁN, *Estudios dogmáticos...*, Op. Cit., p. 31.

De esta manera, se tendría un argumento más a favor de la inutilidad de la posesión viciosa para prescribir: dado que la ley en este caso es oscura, el juez debe acudir a la equidad que, según el profesor chileno, es una remisión al derecho romano, el cual, como todos lo sabemos, prohibía que los bienes hurtados fueran susceptibles de usucapión. Sin embargo, ¿por qué la equidad debe ser interpretada conforme al derecho romano? Claro está que, a nuestro sentir, no es equitativo, sea o no la equidad el *Corpus Iuris Civilis*, que quien hurta pueda prescribir adquisitivamente el bien que hurtó y, seguramente, ocultó.

la posesión violenta y clandestina es viciosa o inútil ya está indicando que ésta no puede conducir a la prescripción, pues es justo eso: viciosa; vi) Que, si bien es cierto que toda persona despojada de la posesión puede interponer acciones para recuperarla, en caso que el bien esté oculto (como sería de esperar en el caso del hurto, por ejemplo) o cuando aún subsiste la violencia, no podría interponer efectivamente una querrela de restitución, pues seguramente desconoce el paradero del bien o teme la violencia ejercida, por lo que sería un contrasentido con la propia norma permitir que la clandestinidad y la violencia conduzcan a la prescripción adquisitiva extraordinaria porque el desposeído no podría interponer, con éxito, alguna acción.

Veamos algunas citas en este sentido, empezando con lo que señalan al respecto los experimentados profesores LUIS RICO y FERNANDO JARAMILLO: “De conformidad con el artículo 771 del Código Civil, se denominan posesiones viciosas a la violenta y a la clandestina. Como quiera que, mientras persista el vicio de la violencia o de la clandestinidad el tiempo en el que se haya tenido la aprehensión material de la cosa no se cuenta como tiempo de auténtica posesión material, es por lo que un sector mayoritario de la doctrina califica a éstas mal llamadas posesiones como inútiles, viciosas o ineficaces, ya que mientras lo sean no pueden tener ninguna finalidad prescriptoria”¹⁴. En fin, no estamos ante un problema de buena o mala fe, sino ante una posesión no apta para usucapir.

Más adelante, estos mismos autores señalan: “No es cierto que la posesión violenta puede conducir a usucapión, como lo afirman algunos autores, pues el presupuesto *sine qua non* para la usucapión, cuando la posesión ha sido violenta o clandestina, es precisamente que la violencia o la clandestinidad hayan cesado. Ningún otro sentido puede ser el del inciso 3º del artículo 976 del Código Civil, al disponer que las acciones posesorias prescriben al cabo de un año contado desde que el poseedor ha sufrido embarazo o perdido la posesión, y que ‘si la nueva posesión ha sido violenta o clandestina, se contará este año desde el último acto de violencia o desde que haya cesado la clandestinidad’. O sea que, aunque parezca contradictoria la expresión, lo que la ley prescribe es que la posesión violenta y la clandestinidad podrían llegar a conducir a la usucapión, sólo cuando han dejado de serlo; es decir, cuando empiezan a ser posesiones útiles, no viciosas (...) Resta un argumento de los partidarios de la utilidad de las posesiones viciosas, para sostener que son verdadera posesión. Dicen que la posesión viciosa es posesión, simplemente porque la ley la llama así: posesión. Este argumento de estirpe meramente gramatical carece de fuerza vinculante, pues la ley también llama posesión a una cantidad de fenómenos que en realidad no lo son, o que no lo son al menos en el sentido de posesión material con alcance prescriptorio como un elemento del modo de la prescripción adquisitiva, como ocurre con las llamadas posesión legal, efectiva y definitiva de la herencia, con la posesión de un estado civil, con la posesión de un título, entre otras”¹⁵.

¹⁴ JARAMILLO JARAMILLO, Fernando y RICO PUERTA, Luis Alonso, *Derecho civil. Bienes, Tomo II: Posesión y prescripción adquisitiva*, Bogotá, Leyer, 2005. p. 213.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 217-218.

Estos autores continúan con la exposición de sus tesis: “Admitir tal posibilidad [que la posesión viciosa admite la prescripción extraordinaria] equivaldría a privilegiar las vías de hecho protegiéndolas con acciones jurisdiccionales, lo que es contrario a la finalidad del orden jurídico (...) Las posesiones violenta y clandestina son viciosas. No son posesión regular ni irregular (...) Si bien es cierto que los partidarios de esta doctrina afirman, como es cierto, que ninguna norma expresa de la legislación civil le niega el carácter de posesión regular o irregular a las posesiones viciosas, también lo es que del espíritu general de la legislación, del sistema jurídico de la posesión y del relativo a los interdictos posesorios, así como del principio general según el cual del Derecho debe ser justo y su aplicación equitativa, debe deducirse que las llamadas posesiones viciosas, no son verdaderas posesiones, pues de otra manera carecerían de sentido, entre otros, los textos de los artículos 771, 772, 773 y 774 del Código Civil, ya que si se pudiese dar el mismo trato jurídico a las posesiones violenta y clandestina que el que se da a las posesiones regulares e irregulares que no tienen dichos vicios, sobraría una de las dos clasificaciones”¹⁶. Y, por último, afirman: “Si la ley protegiera las posesiones viciosas estaría contrariando un principio general y fundamental del Derecho según el cual, no es dable el ejercicio ilegítimo de las propias razones, por justas que éstas sean, pues ello equivaldría a la institucionalización de la justicia por propia mano”¹⁷.

Estos mismos autores, ya refiriéndose al derecho romano, señalan que no hay verdadera posesión por parte del ladrón del objeto hurtado, por lo que, fundados en la sabiduría de esa normativa, nuevamente concluyen que la posesión violenta o clandestina que hace el ladrón no le permitirá la usucapión¹⁸.

De manera similar reflexiona el destacado romanista, prof. VALENCIA RESTREPO, en sus comentarios al artículo 771 CC: “De la mera lectura de los dos artículos de las concordancias se desprende que las posesiones viciosas o inútiles no conducen a ninguna clase de prescripción adquisitiva: no a la ordinaria, toda vez que ésta exige posesión regular (...); ni a la extraordinaria, por cuanto ella requiere posesión irregular (no exige justo título pero sí buena fe, la cual se presume de derecho), y, en tratándose de la existencia de un título de mera tenencia, la posesión tampoco puede ser viciosa: ni violenta, ni clandestina”¹⁹.

Siguiendo en nuestra exposición de los criterios doctrinarios, encontramos el trabajo del prof. chileno PABLO RODRÍGUEZ, quien señala que la posesión viciosa (y pone como ejemplo concreto el caso del ladrón que pretende usucapir el bien hurtado)²⁰ no conduce a la prescripción adquisitiva: “De todo lo dicho se deduce que la posesión, sea regular o irregular,

¹⁶ *Ibíd.*, p. 223-224. El texto entre corchetes es nuestro.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 224-225.

¹⁸ *Ibíd.*, p. 328.

¹⁹ VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Código Civil*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1996, p. 249. Este comentario está igualmente en: VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Código Civil*, Bogotá, Temis, 1999, pp. 270 y 271. Es importante señalar que en otras versiones posteriores de esta misma obra (por ejemplo: VALENCIA RESTREPO, Hernán, *Código Civil*, Medellín, Comlibros, 2007, p. 272), el prof. VALENCIA ya no incluye este comentario.

²⁰ RODRÍGUEZ, *De las... Op. Cit.*, p. 18.

no conduce necesariamente a la prescripción y que el poseedor puede ostentar la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño y no llegar a prescribir. Esta situación es consecuencia de que el Código de Bello no excusa ni la violencia ni la clandestinidad, llegándose, incluso, al extremo de que un mero tenedor puede mejorar su propio título transformándose en poseedor, pero no así quien ha usado de la violencia o detenta la cosa con clandestinidad”²¹.

Para llegar a esta conclusión, este autor se basa, entre otros, en los siguientes argumentos: i) En consideraciones históricas, especialmente al momento de redactarse y presentarse el código por parte de ANDRÉS BELLO (padre del Código Civil chileno como del colombiano): “Interesa destacar que estaban en el pensamiento de don ANDRÉS BELLO dos cosas: que el poseedor que está en camino de prescribir es el poseedor pacífico y no vicioso (...) y que este poseedor irregular en el errado lenguaje del *Mensaje* (violento y clandestino) no estaba en camino de prescribir”²². ii) Que la posesión regular o irregular (que son las que conducen a la usucapión) exigen antes que la posesión misma sea apta, por tanto, la posesión viciosa no es regular ni mucho menos irregular: “La posesión regular e irregular es una categoría distinta de la posesión viciosa y no viciosa”²³ (...). “De ello se colige que la posesión violenta y la posesión clandestina no tienen parentesco alguno con la posesión regular e irregular”²⁴. iii) Que si una posesión es viciosa, es viciosa para algo, y el fin primordial de la posesión es la usucapión, por lo cual el vicio de la posesión impide este fin: “Las posesiones viciosas son aquellas que adolecen de mala calidad o defecto (...) Desde esta perspectiva, es obvio que las posesiones viciosas tienen un defecto o una mala calidad para alcanzar un determinado destino u objetivo (...) A nuestro juicio, la finalidad última de la posesión es la prescripción (...) En consecuencia, si las posesiones violenta y clandestina son viciosas, es porque ellas no sirven o están impedidas de alcanzar el destino natural que les corresponde, esto es, la prescripción”²⁵. iv) El artículo 2498 del Código civil chileno (que corresponde al artículo 2518 colombiano) señala que se “gana por prescripción el dominio de los bienes corporales, raíces o muebles, que están en el comercio humano, y se han poseído con las condiciones legales”; entonces, esta alusión a las “condiciones

²¹ *Ibíd.*, p. 26.

²² *Ibíd.*, p. 29. RODRÍGUEZ se refiere con ello al *Mensaje* con el que el propio Bello presentó su Código. El texto dice así: “pero la posesión puede ser regular o irregular; aquella, adquirida sin violencia, ni clandestinidad, con justo título y buena fe; la segunda, sin alguno de esos requisitos. Toda posesión es amparada por la ley; pero sólo la posesión regular pone, al poseedor en el camino de la prescripción adquisitiva”. Recogido en Bello, Andrés, *Antología de Andrés Bello*, Selección, prólogo y notas de Pedro Grases, Caracas, Ed. Kapalusz, 1970, p. 175. Aquí, Bello señala que la prescripción irregular (como para RODRÍGUEZ, es diferente de la viciosa) no conduce a la prescripción adquisitiva, lo cual es un error conceptual; esto hace suponer a RODRÍGUEZ que Bello quería referirse en verdad a la posesión viciosa como una posesión no apta para usucapir. De todas formas, parece claro en este texto de Bello que la posesión clandestina y violenta (independientemente de que él la llamase irregular) no conduciría a la usucapión. Otras consideraciones sobre la intención de Bello en torno a la posesión viciosa, en: RODRÍGUEZ, *De las..., op. cit.*, p. 18. No obstante señalar que este mismo “mensaje” de Bello ha sido interpretado como argumento a favor de los que sostienen que la posesión viciosa sí conduce a la usucapión, como es el caso de los profesores chilenos ALESSANDRI y SOMARRIVA, *De los..., op. cit.*, p. 456.

²³ RODRÍGUEZ, *De las..., Op. Cit.*, p. 32.

²⁴ *Ibíd.*, p. 34.

²⁵ *Ibíd.*, p. 33-34.

legales” exige que la posesión no esté viciada, pues la publicidad y la no violencia son las condiciones legales en torno a la posesión apta para usucapir²⁶.

También encontramos entre los defensores de la inutilidad de la posesión viciosa a muchos procesalistas, que señalan que un requisito que se ha de declarar en la demanda de prescripción es que la posesión está libre de vicios; esto es, que no sea violenta ni clandestina, ¿pues qué otro sentido tendría el que el propio legislador las declaró posesiones viciosas?²⁷.

Igualmente, podemos encontrar algunas sentencias de la jurisdicción ordinaria, que indican la necesidad de una posesión pacífica y pública para solicitar la prescripción adquisitiva extraordinaria:

“En el presente caso, según se infiere claramente tanto del *petitum* de la demanda como de la *causa petendi* en ella invocada, se deduce la acción de declaración de pertenencia o petitoria de dominio, que consagra el artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Según dicha norma y según también los preceptos que en el Código Civil regulan la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, ésta requiere para su prosperidad de la confluencia de los siguientes tres presupuestos, a saber: a) Que verse sobre una cosa prescriptible legalmente; b) Que sobre dicho bien se ejerza por quien pretende haber adquirido su dominio una posesión pacífica, pública e ininterrumpida y c) Que dicha posesión haya durado un tiempo no inferior a 20 años (arts. 2512, 2518, 2531 CC y art. 1º L. 50/63)”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de enero de 1976).

Además, podrían argüirse, sin necesidad de acudir a la Constitución, dos argumentos más a favor de la inutilidad de la posesión viciosa. El primero de carácter analógico y el segundo de derecho comparado con modelos cercanos.

El primero de los argumentos se basa en la necesidad de acudir a la analogía cuando no se pueda derivar la respuesta jurídica del mismo texto normativo. Por tanto, podemos acudir a la parte final artículo 2531, que dice: “Pero la existencia de un título de mera tenencia, hará presumir la mala fe, y no dará lugar a la prescripción, a menos de concurrir estas dos circunstancias: 1ª) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos treinta (30) años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción; 2ª) Que el que alegue la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad, ni interrupción por el mismo espacio de tiempo”. Este apartado legal se refiere a quien pretende la adquisición de un bien por medio de la prescripción adquisitiva extraordinaria, mediando un contrato que ponía al poseedor como un mero tenedor. Obsérvese que allí se señala que la posesión debe ser pacífica y pública para conducir, entre otras causas, a la prescripción

²⁶ *Ibíd.*, p. 200.

²⁷ CANOSA TORRADO, Juan Carlos, *El proceso divisorio: doctrina, modelos y jurisprudencia*, 2ª ed., Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1995, pp. 72-73.

extraordinaria. En consecuencia, si es así para el que tiene título, aunque insuficiente, con mayor razón para el que carece por completo de título; pues de lo contrario se trataría peor al que tiene algún título –aunque insuficiente– que al que no lo tiene.

También está la ley 1182 de 2008 (“por medio de la cual se establece un proceso especial para el saneamiento de la titulación de la propiedad inmueble”), en su artículo primero, que dice lo siguiente: “Podrán sanearse, por medio del proceso especial establecido en la presente ley, los títulos que conlleven la llamada falsa tradición, de aquellos poseedores de bienes inmuebles cuya extensión en el sector urbano no sea superior a media hectárea y en el sector rural no sea superior a diez (10) hectáreas, siempre y cuando su precaria tradición no sea producto de violencia, usurpación, desplazamiento forzado, engaño o testaferrato y no esté destinado a cultivos ilícitos o haya sido adquirido como resultado de dichas actividades”.

Según esta norma, la posesión de bienes inmuebles, para beneficiarse del proceso de saneamiento, debe ser, entre otros requisitos, pacífica y pública.

Igualmente, el artículo 10, numeral 8, de la ley 1183 de 2008 (“Por medio de la cual se asignan unas funciones a los Notarios”), dice:

“Artículo 10. Declaratoria de prescripción adquisitiva. Sin perjuicio de la competencia de los Jueces de la República, los poseedores de bienes inmuebles urbanos considerados como vivienda de interés social de estratos uno y dos de los municipios de categoría especial, primera y segunda, podrán solicitar ante notario del círculo donde esté ubicado el inmueble, la declaratoria de prescripción adquisitiva del dominio, siempre que no exista oposición por parte de terceros que aleguen igual o mejor derecho al del solicitante y que se trate de posesión regular de forma pública, continua y pacífica.

Para la declaratoria de prescripción adquisitiva de dominio, los interesados acudirán mediante escrito presentado ante notario por intermedio de abogado, que contendrá: (...)

8. Los documentos, declaraciones y demás pruebas que a juicio del solicitante le permitan demostrar que ha ejercido posesión pública, continua y pacífica sobre el inmueble durante el plazo establecido en la ley”.

Según la norma que se acaba de citar, la posesión que se alegaría ante el notario debe ser pública y pacífica.

Entonces, aunque la parte final del artículo 2531 CC, así como las leyes 1182 y 1183, regulan otros temas diferentes al que aquí nos proponemos estudiar, bien podría considerarse que, por analogía, dado los textos antes anotados, es exigible que la posesión sea pacífica y pública para que con ella se pueda conducir a la prescripción extraordinaria.

Con respecto al segundo argumento –el de derecho comparado–, es común en los ordenamientos jurídicos del sistema continental, diferentes a los que adoptaron la codificación de Andrés Bello, la prohibición expresa de que la posesión viciosa sea útil para prescribir. Por ejemplo, en España, la situación está resuelta de plano por el artículo 1956 CC: “Las cosas muebles hurtadas o robadas no podrán ser prescritas por los que las hurtaron o robaron, ni por los cómplices o encubridores, a no haber prescrito el delito o falta, o su pena, y la acción para exigir la responsabilidad civil, nacida del delito o falta”. Sin embargo, esta norma presenta algunos problemas que se han de resolver, como los siguientes: ¿Empieza a contar el tiempo desde el momento en que se completa la prescripción del delito o de la acción de responsabilidad civil derivada de delito (15 años)? ¿O ese tiempo anterior cuenta también para la usucapción extraordinaria (30 años, en total, para bienes inmuebles; 6, para bienes muebles)? Además, siguiendo con este país, la posesión debe ser (artículo 1941 del CC) pública, pacífica y no interrumpida, lo que dificulta en cualquier caso la usucapción extraordinaria por parte del ladrón, en la medida en que, como es frecuente, su posesión no sea pública o pacífica²⁸.

Empero, aunque creo que es posible defender la inutilidad de la posesión viciosa desde argumentos estrictamente civilistas, esta tesis se corrobora aún más desde un análisis constitucional.

2. Argumentos constitucionales a favor de la inutilidad de la posesión viciosa

Entre los argumentos constitucionales y principales, tenemos: i) Que las reglas, aunque sean claras (lo que no ocurre en el evento que estudiamos), están sometidas (por lo menos interpretativamente) a los principios constitucionales, existiendo en este caso más de un principio que impediría la legalización de un acto ilegal (para los positivistas) e inmoral (para los moderados y los iusnaturalistas); ii) Que en este caso se viola el derecho fundamental a la propiedad privada (artículo 58 de la Carta), puesto que permitir al ladrón acceder a la propiedad del bien que hurtó implica un doble castigo a quien debería haber sido mayormente protegido en virtud de su legítimo derecho fundamental a la propiedad: de un lado, se le castiga porque se le privó de ese ejercicio por la violencia y la clandestinidad que generalmente acompaña a este acto; del otro, porque se le da la propiedad por usucapción al ladrón quien ocultó o ejerció violencia para evitar las acciones del propietario; iii) Que atenta contra los principios, estos sí jurídicos o constitucionales, de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo y que nadie puede abusar ilegítimamente de sus propios derechos, que se deducen del artículo 95, numeral primero, de la Constitución colombiana²⁹.

²⁸ Agradezco los comentarios de la profesora Dra. Andrea Macía (Universidad Autónoma de Madrid), en este sentido. Igualmente, deben considerarse los artículos 441 y 442 del CC, que corroboran la tesis de la inutilidad de la posesión viciosa para usucapir en España.

²⁹ Que dice: “Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios”.

Estos argumentos deben ser ahondados, pero debemos iniciar este análisis con el reconocimiento que estamos ante un *hard case*, si seguimos las sugerencias que realiza al respecto HART. Con base en este autor inglés, atendiendo además las correcciones que le hiciera DWORKIN, podemos decir que estamos ante un *hard case* en alguna de estas cinco opciones: 1) Cuando el lenguaje de la norma es vago y clarificar esa vaguedad es crucial para resolver el caso; 2) Cuando estamos ante un conflicto entre normas; 3) Cuando estamos ante una laguna o ausencia de norma; 4) Cuando de la aplicación de una norma clara se desprenden consecuencias sociales reprochables; 5) Cuando se hace necesario un cambio en la línea jurisprudencial³⁰. Ahora, desde esta perspectiva, podemos aducir que estamos ante un *hard case*. En primer lugar, porque queda por dilucidar qué significado dar al término “posesión viciosa”, y, por ende, determinar así los efectos jurídicos del artículo 771 CC; segundo, porque es claro que hay un choque de normas (o mejor, de interpretaciones) dentro del propio Código Civil, como lo señalan tanto los defensores como los detractores de la utilidad de la posesión viciosa para prescribir (recuérdese que el propio prof. VELÁSQUEZ señala que la tesis de la utilidad de la posesión inútil es contradictoria e injusta, pero que había que aplicarla por los motivos ya expuestos); tercero, porque estamos ante un choque de postulados morales y políticos consagrados en el espíritu de la Constitución con la ausencia de regla clara en el Código Civil; cuarto, porque, en caso de aceptarse judicialmente la tesis de la utilidad de posesión viciosa para prescribir, se generarían consecuencias sociales reprochables (como sería el caso de los desplazados que, por miedo, no denuncian a las autoridades competentes los bienes que abandonaron, y quien los ocupa por la fuerza prescribiría de forma extraordinaria independientemente de la fuerza que ejerce); y quinto, porque es necesario sentar un claro precedente judicial en la línea ya anotada: la inutilidad de la posesión inútil.

Ahora, aceptando que estamos ante un *hard case*, pasamos a la fase siguiente: ¿cómo resolverlo? Aquí cada escuela iusfilosófica propondrá una salida a tal dificultad, pero no creo que ninguna de estas escuelas pueda sostener que el caso es de fácil resolución. Por ejemplo, un legalista radical tendría argumentos extraídos del propio Código para afirmar una cosa o la otra, pero, en cualquier caso, sí se le podría exigir cierta coherencia en sus argumentos. De esta forma, un legalista no puede señalar fácilmente que un argumento a su favor es que el derecho desea que todo tenga un límite temporal, puesto que esto es más un criterio político; de la misma manera que no puede alegar sin mayor explicación que el asunto es inmoral, y por tanto ilegal, porque esto ya no es un criterio defendido por un positivismo fuerte, como lo es el legalismo. En consecuencia, es paradójica la mezcla de argumentos que hace perder coherencia al discurso formalista, tanto en uno como en otro bando.

Siguiendo la enunciación de ejemplos de escuelas filosóficas, DWORKIN, por su parte, en el famoso caso del abuelo asesinado por su nieto, concluirá repetidamente que es un principio superior a cualquier regla, sea ésta clara o no, que nadie puede beneficiarse de

³⁰ RODRÍGUEZ, César, *La decisión judicial: El debate Hart-Dworkin*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, 1997, pp. 68-69.

su propio dolo³¹. Incluso, podríamos decir que éste es uno de los principios que más enuncia en su obra, señalando que es el pilar del modelo no-positivista estadounidense. Entonces, DWORKIN considerará que este principio está inscrito en la Constitución, en tanto que refleja la moral pública del sistema. Ahora bien, si no se comparte su no-positivismo como punto de vista metodológico, ¿cómo puede aceptarse la existencia de la superioridad de los principios sobre cualquier interpretación legal? La respuesta que daría a esta pregunta un positivista teórico es que, guste o no, nuestra Constitución y el Tribunal Constitucional³², por acto de poder político, han impuesto tal jerarquía normativa.

Entonces, una salida que me parece viable, independientemente de que la comparta políticamente o no, es que este *hard case* debe ser analizado a la luz de nuestra Constitución, pues así lo ordena el modelo vigente, lo que hace que los debates intra-legales pasen a un segundo plano, por el momento.

Pero el análisis constitucional del caso en cuestión tiene dos variables. La primera es señalar que estamos ante un choque entre una interpretación de reglas infraconstitucionales con otra de normas constitucionales (siendo aquí indistinto que sean o no principios constitucionales). La segunda es indicar que, en el caso que estudiamos, estamos ante un choque de normas constitucionales. Cada variable debe ser estudiada por separado.

En cuanto la primera variable, la respuesta es clara desde lo teórico y, por tanto, la práctica judicial estaría fundada si considera tal teoría como acertada. Es clara porque en el actual modelo constitucional (que implicó previamente un modelo político), la Constitución es norma de normas, por lo cual una norma constitucional prevalece sobre una legal, lo que incluye que una interpretación autorizada desde la Constitución predomine sobre cualquier interpretación basada en reglas infraconstitucionales³³, máxime (opinarían los neoconstitucionalistas) si se trata de un principio constitucional; basta pues con un criterio topológico para afirmar la mayor jerarquía de un principio constitucional ante una norma infraconstitucional.

Ahora bien, ¿viola la constitución una interpretación legalista que considere que el ladrón que tomó posesión de un bien violentamente, y que seguramente lo tiene escondi-

³¹ Con base en este principio, DWORKIN elabora su crítica a la regla de reconocimiento de HART. Ver: DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 41-42. Igualmente, ver el análisis que hace RODRÍGUEZ, a partir de Dworkin, en RODRÍGUEZ, La decisión..., *Op. Cit.*, p. 36 y 55.

³² Entre las muchas sentencias en este sentido, ver la C-067 de 2003 de la Corte Constitucional, magistrado ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Esta sentencia, entre muchas otras, señala que los principios jurídicos hacen parte del bloque de constitucionalidad. Sobre este aspecto, no deje de leerse: ESTRADA VÉLEZ, Sergio Iván, *Los principios jurídicos y el bloque de constitucionalidad*, 2ª ed., Medellín, Universidad de Medellín, 2006, pp. 95-105.

³³ El juez constitucional, en el modelo contemporáneo, es una fuente de interpretación auténtica de la Constitución, aunque no fue, ni es, la única. Al respecto, véase: GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Trad. Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, Porrúa y UNAM, 2008, pp. 114-126 (especialmente pp. 113-114).

do, lo adquiera vía prescripción adquisitiva extraordinaria? Creo que sí, y me fundo en los siguientes aspectos:

- i) Para el modelo constitucional vigente en Colombia, la moral –cierta moral– es un límite del derecho estatal, y el acto del ladrón –mientras subsista la violencia o la clandestinidad–, por muchos motivos antes expuestos (como el argumento de que permitiendo la usucapión extraordinaria a la posesión viciosa se establecería un doble castigo al propietario) es injusto (obsérvese que un positivista parte de lo vigente, y es claro que el modelo constitucional vigente remite a cierta moral como límite del derecho, pero lo que no debe hacerse científicamente, siguiendo el patrón positivista, es legitimar científicamente la moral).
- ii) Hay principios de amplio reconocimiento jurisprudencial constitucional (siendo las sentencias de la Corte Constitucional fuente de derecho superior; lo que supone que una interpretación constitucional desplaza una interpretación legalista)³⁴ que se verían afectados en este caso, y en caso de conflicto entre las reglas legales y los principios siempre predominarán estos últimos. Sobre esto último cabe citar la sentencia C-083 de 1995 de la Corte Constitucional (magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz):

“¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*?. Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 CC, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir –el primero– la repetición de lo que se ha pagado ‘por un objeto o causa ilícita a sabiendas’, y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlas, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe”.

³⁴ Cosa que queda clara en la sentencia C-335 de 2008, magistrado ponente Humberto Sierra Porto. Allí se señala, entre otras cosas, que comete prevaricación el funcionario público que atente dolosamente contra la Constitución (en la que se incluyen los principios).

Entonces, si la propia Corte Constitucional, en interpretación auténtica, considera que es de raigambre constitucional el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio dolo, teniendo en cuenta además el espíritu moral-político de nuestra Carta, queda claro que la posesión viciosa es inútil para prescribir mientras se le oponga un racionamiento legalista.

Esto nos lleva a una segunda variable: el intentar sustentar constitucionalmente que la posesión viciosa es útil para usucapir, para de esta manera no aplicar el criterio jerárquico que consideramos en la primera variable, siendo entonces necesario, según el modelo constitucional vigente, pasar a una ponderación.

Creo que quien aún quiera defender la posibilidad de que la posesión viciosa permite la usucapción extraordinaria, tendría dos salidas, una más fuerte que la otra. La primera salida en esta segunda variable sería la de sostener que hay normas constitucionales (especialmente principales) que apoyan o legitiman moral y jurídicamente (puesto que en el nuevo modelo constitucional es clara la vinculación moral – derecho) que el ladrón pueda prescribir a su favor el bien que robó. Pero ¿cuáles principios serían? La verdad es que me quedo corto en este punto, pues no se me viene a la cabeza el argumento constitucional fuerte que señale que es una opción moral y jurídica según los lineamientos de nuestra constitución el punto anterior. No obstante, propondré dos argumentos: i) El derecho no puede proteger al negligente (esto es, al propietario que no interpuso acciones judiciales en contra del poseedor en el caso que estudiamos); ii) La convivencia pacífica exige que hayan reglas jurídicas claras que no permitan que subsistan indefinidamente situaciones inciertas generadoras de conflictos.

Claro está que considero que estos dos argumentos no son fuertes ni resisten un test de razonabilidad. En primer lugar, porque si hay posesión violenta y/o clandestina: ¿es negligente el propietario? ¿Cómo puedo castigar la negligencia del propietario cuando no sabe dónde está el bien –condición para interponer eficazmente las acciones a lugar– o cuando está bajo fuerza probada? Sin embargo, este argumento podría ser fuerte en el caso que el propietario ya no esté bajo fuerza y cuando la posesión ya es pública. Entonces, bien podríamos concluir que mientras la posesión sea viciosa (es decir, violenta o clandestina) no es razonable castigar al propietario por no interponer acciones judiciales a su favor. Además, observando el otro argumento, la conflictividad social se incrementaría si se permite a la posesión viciosa conducir a la usucapción extraordinaria, pues así se validarían situaciones inmorales e ilegales, lo que incentivaría este accionar reprochable. Dicho con otras palabras, se promocionaría jurídicamente la acción inmoral e ilegal, por lo cual la conflictividad social no disminuiría. Concluyendo, no creo que sean tan razonables estos argumentos, si se comparan con los argumentos constitucionales en contra.

Ahora, como se trata de argumentar, diría que siempre están abiertas las opciones para dar este debate, pero lo que no se puede hacer es desplazar un argumento constitucional a partir de una mera racionalidad legal.

Empero, ¿el principio de legalidad permitiría una ponderación con los principios de propiedad privada y de no beneficiarse de su propio dolo? No creo, puesto que la ley civil no es clara, por lo cual no es un argumento a favor de los que sostienen que la usucapión extraordinaria procede en la posesión viciosa; otra cosa sería si la ley civil permitiera expresamente usucapir al ladrón, lo que sí exigiría una ponderación constitucional entre los principios antes anotados, pero ya sabemos que tal norma –así de clara– no está en nuestro ordenamiento jurídico.

De más peso puede ser la segunda salida, que se basa en un choque de interpretaciones auténticas de la Corte Constitucional colombiana; esto es, del conflicto interpretativo que surge de dos sentencias de nuestro máximo órgano constitucional. Me refiero, de un lado, a la sentencia C-374 de 1997 (magistrado ponente José Gregorio Hernández Galindo) y, del otro, a la sentencia C-597 de 1998 (magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz).

La primera de las sentencias, señala, entre otras cosas, que: “la extinción del dominio en la modalidad prevista por el artículo 34 de la Carta traza límites materiales al proceso de adquisición de los bienes y simultáneamente otorga al Estado la herramienta judicial para hacer efectivo y palpable el postulado, deducido del concepto mismo de justicia, según el cual el crimen, el fraude y la inmoralidad no generan derechos”. Igualmente: “El derecho de propiedad que la Constitución garantiza en su artículo 58 es el adquirido de manera lícita, ajustada a las exigencias de la ley, sin daño ni ofensa a los particulares ni al Estado y dentro de los límites que impone la moral social. Nadie puede exigir garantía ni respeto a su propiedad cuando el título que ostenta está viciado, ya que, si contraría los postulados mínimos, jurídicos y éticos, que la sociedad proclama, el dominio y sus componentes esenciales carecen de legitimidad (...) La mala fe no puede generar derecho alguno frente al orden constitucional (...) La propiedad lograda con base en conductas ilícitas, en hechos reprobados ya por las disposiciones que regían, jamás puede legitimarse”. En esta sentencia se señala que los bienes adquiridos ilícitamente nunca generan derechos, por lo que no se sanean estas irregularidades con el tiempo.

Sigue así: “En efecto, puede verse en el texto del artículo que la Ley aprobada ‘rige a partir de la fecha de su promulgación’, es decir que sus disposiciones tendrán efecto y concreción en el futuro y sobre la base del conocimiento público y oficial de su contenido. Luego no es retroactiva. Sin embargo, el segundo inciso advierte que la extinción del dominio habrá de declararse con independencia de la época de la adquisición o destinación ilícita de los bienes o derechos, aun tratándose de situaciones jurídicas existentes con anterioridad a la vigencia de la Ley. Esta previsión no implica que se autorice a los jueces para desconocer derechos adquiridos con arreglo al orden jurídico precedente, pues si ello fuese así se tendría sin duda una flagrante inconstitucionalidad, dada la garantía que contempla el artículo 58 de la Carta Política, el cual asegura que los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles ‘no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores’”.

Continúa la Corte: “Pero no es ese el caso, según se desprende de la interpretación que esta Corte ha hecho sobre los alcances del artículo 34, inciso 2, de la Constitución, toda vez que, al tenor de ella, en los eventos allí descritos, desarrollados por los artículos 2 de la Ley 333 de 1996 y 14 de la Ley 365 de 1997, no hay derecho adquirido alguno. Esto significa, por sustracción de materia, que, no habiendo objeto sobre el cual pueda haber recaído la protección del sistema jurídico, es no solamente posible sino natural y obvio que el Estado tenga la facultad de hacer explícito mediante sentencia que ningún derecho existía, con miras a deducir los efectos prácticos de esa situación jurídica, tomando para sí, a nombre de la sociedad, los bienes mal habidos, sin importar la fecha en que la supuesta adquisición se produjo”.

Esta sentencia, entonces, sería un argumento constitucional a favor de los que opinan que la posesión viciosa no conduce a la prescripción adquisitiva extraordinaria, aunque haya que admitir que este evento no fue el que motivó la sentencia acaba de citar.

Pero en esta misma sentencia, parece sentarse postura contraria en el salvamento de voto del magistrado Antonio Barrera Carbonell, que podría aducirse a favor de la utilidad de la posesión viciosa para adquirir por usucapión cuando dice: “La Corte declara la inconstitucionalidad de la prescripción de la acción de extinción de dominio sin que ello suponga que se pronuncia acerca de la prescripción adquisitiva del mismo, regulada por leyes civiles que no han sido demandadas’. En buen romance, ¿qué quiere decir este párrafo? Lo primero, que quienes conformaron la mayoría no se atrevieron a declarar la inexecutable de las normas del Código Civil que consagran la prescripción de las acciones (por ejemplo, de la acción de responsabilidad civil extracontractual, por los delitos y culpas), como deberían haberlo hecho para ser consecuentes. Y a declarar también la inexecutable de las normas que consagran la prescripción adquisitiva extraordinaria, que no requiere justo título ni demostración de la buena fe, porque ésta se presume de derecho. Prescripción adquisitiva extraordinaria que bien puede basarse en la posesión irregular (la que no procede de un justo título y no ha sido adquirida de buena fe). Es más: la prueba de haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por el término de veinte años, sólo es necesaria cuando existe un título de mera tenencia. La declaración de inexecutable del artículo 9º, parte de un supuesto falso: que la calidad de dueño de quien ha poseído un bien por veinte años, se origina en un título viciado, que no es título justo. Se olvida, sin embargo, que en este caso (el de quien ha poseído por veinte años), la adquisición del dominio se ha realizado por prescripción adquisitiva extraordinaria, cuyo único título es la ley”.

Continúa el salvamento de voto: “Por todo lo anterior, es claro que a pesar de la torpeza en que se ha incurrido al declarar inexecutable el artículo 9º (que, además, ni siquiera había sido demandado), cualquier poseedor que haya completado veinte (20) años de posesión, y proponga la excepción de prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, conseguirá enervar la acción de extinción. Téngase presente, además, que cuando se trata de la prescripción adquisitiva extraordinaria, no es necesaria la existencia de nexos jurídicos alguno entre el prescribiente y algún titular anterior del dominio (no se requiere título alguno)”. Claro

está que este magistrado da como presupuesto de la usucapión la existencia de la posesión, pero ya hemos mencionado la tesis que señala que la posesión viciosa no es una posesión, por tanto no es válida para la prescripción en tanto no se reúne el presupuesto exigido.

No obstante, se trata de un salvamento de voto que como tal no tiene fuerza vinculante, aunque pueda tener algún valor de cara al futuro, en caso de quererse cambiar el precedente.

Ahora bien, el criterio interpretativo de la mayoría, expresada en la sentencia C-374 de 1997, se enfrenta al razonamiento que fundamenta la sentencia C-597 de 1998, en la que se señala que: “La prescripción extraordinaria de la acción de nulidad absoluta por el transcurso de 20 años, como ya se dijo, impide que después de vencido ese plazo, las personas que tenían interés legítimo para incoarla lo puedan hacer, quedando de esta manera saneado el vicio de que adolecía el acto o contrato, así éste sea ilícito. Asunto que bien puede regular el legislador dentro de su facultad para reglamentar las relaciones jurídicas y adoptar mecanismos enderezados a solucionar los conflictos que de ellas se deriven, siempre y cuando al hacerlo no contraríe ningún precepto constitucional”. Igualmente se recalca: “Fundamentos análogos a los señalados para la prescripción extintiva (de la que aquí se trata), justifican la prescripción adquisitiva. Lo que en principio es una situación fáctica (aún violenta) no amparada por el derecho, deviene, transcurrido un lapso que el legislador juzga razonable, en interés jurídico digno de protección. La negligencia o aun la indolencia de quienes están habilitados para enmendar, con su acción, la situación o la conducta reprochables, la toma en cuenta el derecho objetivo para construir un derecho subjetivo, con todas las consecuencias que ello implica. La convivencia pacífica, consagrada en el artículo 2 de la Constitución, consecuencia del interés general consignado en el primero, exigen que existan reglas jurídicas claras a las cuales deban someter su conducta las personas que viven en Colombia, y que no subsistan indefinidamente situaciones inciertas generadoras de disputas y litigios sin fin, incompatibles con la seguridad jurídica y, en último término, con el derecho a la paz, que es el eje de toda nuestra normatividad superior”.

Esto se refiere a la formación del acto jurídico pero no a un hecho ilícito, además se refiere a la prescripción de la acción frente a un acto jurídico. Esa misma sentencia así lo deja en claro: “La prescripción puede ser adquisitiva, liberatoria o extintiva de derechos y acciones. En el presente caso la Corte sólo se referirá a la extintiva de la acción de nulidad absoluta, por ser ésta la de interés para resolver la demanda. No sin antes recordar que ‘la prescripción que extingue las acciones o derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta ese tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible’ (art. 2535 CC)”.

Con esta sentencia bien podría argumentarse a favor de la prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria³⁵, pero como la misma Corte lo señaló, sus argumentos se limitan

³⁵ Por ejemplo, el prof. VELÁSQUEZ, analizando esta sentencia, considera que con ella se ratifica la postura que señala que la posesión viciosa es útil para usucapir: “Así las cosas, el efecto útil para prescribir de la

exclusivamente a la acción de nulidad absoluta. Por tanto, no se presenta, a nuestro modo de ver, un choque de interpretaciones auténticas de la Constitución. De esta manera, tampoco por esta vía se permitiría considerar que la posesión viciosa permite usucapir.

IV. CONCLUSIONES

Este acápite se dividirá a su vez en tres puntos. El primero son mis conclusiones sobre el caso que nos ocupa. El segundo son unas conclusiones sobre la necesidad de constitucionalizar el derecho civil. El tercero versa sobre la importancia de la polémica en una facultad de derecho y, por ende, en una universidad.

1. Conclusiones del caso concreto

Lo que he querido poner en evidencia en estas humildes páginas, dedicadas a los estudiantes, es que estamos ante un caso difícil que ni siquiera aplicando los criterios formalistas puede ser resuelto de manera unánime. Por tanto no estamos ante un núcleo duro de significado, siguiendo la terminología de HART³⁶. Sin embargo, el patrón de juzgar legalmente, quiérase o no, ha cambiado con la constitución de 1991 y esto exige que el docente universitario tenga que preguntarse desde la Constitución por la pertinencia de su argumentación legal y eso es justo lo que ha faltado en el debate que hasta ahora se ha trezado cuando se pregunta sobre la utilidad o inutilidad de la posesión viciosa ante la prescripción adquisitiva extraordinaria.

Y constitucionalmente hay una línea de pensamiento impuesta fundamentalmente desde el tribunal constitucional que no puede desaprovecharse y que señala que el derecho legal pierde su absolutividad (y por tanto se relativiza) ante la nueva lógica jurídica constitucional. Un ejemplo bien conocido en Colombia de este proceso fue la pérdida de absolutividad de la cosa juzgada en la jurisdicción ordinaria, y que con ocasión de la nueva Carta Política hoy ya se admiten serias excepciones, como la de alegar que una sentencia de un juez puede ser impugnada por acción de tutela si ésta viola un derecho fundamental por vía de hecho. ¿Por qué no puede igualmente relativizarse constitucionalmente la interpretación –por más discutida que ésta sea a la luz del propio Código civil– que señala que la posesión viciosa puede conducir a la prescripción adquisitiva extraordinaria?

posesión irregular, aun con vicios de violencia, permanece incólume en nuestra legislación positiva”. VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo, *Bienes*. 9ª ed., Bogotá, Temis, 2004, p. 149.

³⁶ HART, Herbert, *El concepto de derecho*, Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 155-169.

Pero volviendo a los argumentos no constitucionales, considero que, desde una lógica netamente legalista bien podría llegarse a la misma solución: que la posesión viciosa es, justo por ello, inútil para usucapir por vía extraordinaria. Claro está que no creo que sean argumentos igualmente sólidos todas las razones argüidas por quienes sostienen esta misma tesis; me apoyo, fundamentalmente, en las razones propias de una interpretación literal (si la norma dice expresamente que la posesión violenta y clandestina es viciosa, entonces es viciosa para el ordenamiento jurídico, en general, y no produce los efectos que pueda generar una posesión no viciosa, en específico), una sistemática (no podría legalizarse por una interpretación parcial un hecho ilícito desde otras esferas del ordenamiento), una analógica (hay varias normas que en casos similares exigen que la posesión sea pacífica y pública) y, además, una moral (nuestro Código Civil, gústenos o no, no renunció a la interpretación moral, y así lo exigió cuando señala que las normas deben ser interpretadas conforme a las buenas costumbres, a la moral social, etc.)³⁷.

Se suma a ello la consideración constitucional antes aludida, en especial la que exige la supremacía de la Constitución sobre las reglas infraconstitucionales, por lo cual la interpretación que se dé en el ámbito civil debe estar acorde con las normas constitucionales. En ese marco tenemos que el principio de que nadie puede favorecerse de su propio dolo es de carácter constitucional, reconocido como tal por la propia Corte Constitucional, y que chocaría con la idea político-moral de nuestra constitución permitir que quien ocupe un bien de manera violenta y clandestina lo pueda prescribir, a pesar, incluso, de que el propietario no pudiera interponer las acciones para salvar su derecho.

Cosa distinta sucedería si esa posesión deja de ser violenta o clandestina; es decir, si se convierte en pacífica y pública, ante lo cual el propietario cuenta con la seria posibilidad de interponer las acciones para salvaguardar su derecho y, si no lo hace en ese caso si podría ser castigado por su inactividad. Claro está que, en buena lógica legalista que no chocaría con la constitución, el tiempo para prescribir empezaría a contar desde el momento en que la posesión deje de ser violenta y clandestina; es decir, desde cuándo abandone los vicios que la acompañaron. Pero esta hipótesis no es la que venimos estudiando³⁸.

³⁷ Esto, por demás, ratifica algo que los historiadores del derecho colombiano vienen señalando. Nuestro proceso codificador no es por entero similar al proceso exegeta francés que para el caso que estudiamos era mucho más laico. Esto ha llevado a que se califique a nuestra recepción del modelo codificador como “formalismo jurídico latinoamericano” para diferenciarlo de otras escuelas. La principal característica del formalismo jurídico latinoamericano es la extraña mezcla de instituciones de diversas tradiciones jurídicas.

³⁸ RODRÍGUEZ (De las..., *Op. Cit.*, p. 201) considera que la posesión violenta [mas no la clandestina] es perpetua, esto es, que el vicio “no se purga con el transcurso del tiempo (...) opera *erga omnes* (...) (y es) insubsanable” (el texto entre corchetes es nuestro). No compartimos estas afirmaciones, en tanto son absolutas y radicales. No vemos razón jurídica para proscribir totalmente, mediando la prueba en el caso concreto –claro está–, que una posesión violenta deje de serlo.

2. La constitucionalización del derecho privado

Una de las exigencias del nuevo modelo constitucional (mucho más nuevo que el derecho privado) es la transformación radical de la forma de concebir el derecho. Debo decir que esta revolución poco me ha atraído en lo personal, y serias dudas tengo acerca de ella, pero de que es un mandato jurídico, no hay duda. Además —es necesario reiterarlo—, la sospecha sobre el nuevo paradigma jurídico no implica una aprobación del formalismo jurídico latinoamericano, que bastantes deficiencias sociales ha generado³⁹.

El caso que hemos estudiado, en el seno de una universidad, pone en evidencia que la Constitución aún no ha afectado seriamente la enseñanza del derecho privado. ¿Debe, según nuestro sistema jurídico, enseñarse el derecho de bienes como si éste fuera un ente ajeno a la Constitución? La respuesta es no, porque hacerlo así implicaría, de un lado, la supresión de la jerarquía normativa, y del otro, una negación arbitraria al modelo de Estado que se ha adoptado mediante un acto constituyente considerado por la práctica social como válido.

Buena razón tiene quien piensa que los paradigmas tradicionales pelean por subsistir ante los cambios; esto ha de sumarse al hecho de la gran flexibilidad y adaptabilidad con la que cuenta el formalismo jurídico latinoamericano, que nació justo por esa seria posibilidad de recibirlo todo, para que todo siga igual. Ése es un gran riesgo de la nueva Constitución: no poder cuestionar la base del formalismo jurídico latinoamericano y terminar siendo “adaptada” y por tanto trastocada en sus intenciones morales y políticas; peligro éste que se suma a otras amenazas externas, como son, por ejemplo, el auge del discurso de “guerra contra el terrorismo” (esto de señalar que para vencer al enemigo interno es necesario la supresión o por lo menos la suspensión de los derechos fundamentales de los así considerados terroristas), la presión del ejecutivo sobre la elección de nuevos magistrados de las altas cortes que disminuirá la pretendida autonomía del poder judicial, etc.

Pero estos riesgos del modelo se nos escapan a nuestra modesta labor académica aquí consignada. Centrémonos pues, por el momento, en reconocer la vigencia de la norma constitucional dentro de todo el ordenamiento jurídico, lo que implicaría una súplica a los colegas de derecho privado: no olvidar ni ignorar el espíritu constitucional en el momento de hacer sus interpretaciones legalistas, logrando de esta manera preparar al estudiante en las nuevas artes forenses que ahora se nos imponen, como lo son la argumentación y la retórica, que exigen, entre otras cosas, la dialéctica, y con ella vendrá un valor muy tenido a menos en momentos como los nuestros, de profundo radicalismo: la tolerancia.

³⁹ Esta actitud crítica frente al formalismo jurídico latinoamericano, así como con el neoconstitucionalismo, está presente en: BOTERO BERNAL, Andrés, “Ensayo sobre la crisis de la razón jurídica: Formalismo versus principios y/o valores”, *Opinión jurídica: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, n° 9 (enero-junio 2006), Vol. 5, pp. 33-61.

3. El valor de la polémica

Quiero dejar en claro que la universidad es un escenario de conflicto académico, que, por su misma naturaleza, es un debate caballeroso⁴⁰, y sólo en la medida que dicho debate se dé es posible la construcción, tanto académica (si se quiere científica) como política (necesariamente así se hace democracia)⁴¹. Los estudiantes se quejan continuamente de las dificultades que implica para ellos tener profesores con posturas diferentes... ¿pero acaso el derecho es una disciplina exacta? No deben angustiarse los estudiantes por el debate, antes bien, deben exigirlo, pues ello les permitirá comparar las opiniones y tomar la que consideren más acertada. Agréguese que la función de la filosofía y de la historia del derecho –e incluso del actual derecho constitucional– es polemizar mínimamente con las posturas de los modelos anteriores así como con las tesis que se creen dogmas; pues de esa forma se logra el crecimiento de la disciplina jurídica.

Esto es lo que nos quiere enseñar el profesor GROSSI cuando dice que la función del historiador del derecho es la de “ser la conciencia crítica del estudio del derecho positivo”⁴². Más adelante agrega que el buen historiador del derecho es el que considera que su propio oficio es relativizar y, consecuentemente, desmitificar las verdades tomadas como dogmas de la época, a las que se suelen pegar juristas y estudiantes, pues le proporcionan la seguridad con la que pueden reducir una complejidad, y esto los lleva a reaccionar violentamente contra todo aquél que sospecha del mito unificador y simplificador⁴³.

Y este deber de desmitificar, de cuestionar, he considerado que es la función del intelectual⁴⁴; esto es, la de incomodar a quienes se sentían muy a gusto en sus posturas ideológicas, algo así como ser la aguja (los españoles dirían el guisante) en el sillón del poder. Y es por

⁴⁰ Ver: BOTERO BERNAL, Andrés, “Presentación: la universidad como campo de batalla”, en Botero Bernal, Andrés (compilador), *Vivencia y pervivencia del derecho natural: Ponencias del IV seminario internacional de teoría general del derecho*, Colección Memorias Jurídicas, n° 6, Medellín, Universidad de Medellín, 2007, pp. 7-14. Allí aporto más argumentos a favor del debate caballeroso en una facultad de derecho.

⁴¹ En el fondo, lo que se discute aquí cuando se quiere impedir la discusión, es el valor de la democracia. La democracia, tanto en lo político como en lo privado, no es un sistema perfecto; incluso, siguiendo a Dahl, con la democracia hay buenas posibilidades de crecimiento en todos los sentidos, así como serios peligros de fracasar en muchos sentidos; pero cuando la democracia falta ya no existe tal opción: indefectiblemente se decrece. Así pues, aunque con la democracia se puede estar bien o mal, sin democracia sólo se está mal (salvo, tal vez, el que esté en el poder o tenga acceso más que privilegiado a él). Y la democracia va más allá de enunciaciones constitucionales. Recomiendo a mis estudiantes la lectura del ameno texto: DAHL, Robert, *La democracia: una guía para los ciudadanos*, Madrid, Taurus, 1999, pp. 55-72. Por último, reflexionemos sobre esto: ¿de qué vale permitir la libre expresión si sólo se aceptan las expresiones que son amigables?

⁴² GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 15.

⁴³ *Ibíd.*, p. 16. En similar sentido: NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *La persona en el derecho civil: historia de un concepto jurídico*, México, Porrúa, 2005, p. 23-24.

⁴⁴ BOTERO BERNAL, Andrés, *El papel del intelectual: pasado, presente y futuro*, Medellín, Editorial USB, 2002.

ello que he intentado ser fiel al principio de no estar con las mayorías, sino de plantearles interrogantes constantes, problematizarlos, para evitar así su atrofia⁴⁵.

Entonces, cuando un estudiante le pide al profesor que no polemice con las tesis que el estudiante desea como propias, le está pidiendo no sólo que renuncie a su libertad de cátedra, sino, y es lo más importante, a la función educativa y formativa que el docente tiene, no sólo con el estudiante, sino con la disciplina misma. Desde el mismo momento que el pensamiento único –sea cual sea– se tome una facultad de derecho, se muere allí la posibilidad de construir una disciplina jurídica y de educar, y tal vez en ese momento ya podamos decir que somos un mero centro de formación profesional automatizado (sueño de muchos) y no una Universidad.

⁴⁵ BOTERO, Buscando el..., *Op. Cit.*, p. 27.