

## LA *ACTIO PUBLICIANA* EN LA JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

Hernán Alejandro OLANO GARCÍA\*

*Quiero dedicar esta intervención a la memoria de mi abuelo Publio Alejandro y de mi tío Publio Virgilio, qué mejor que hacerlo con la Actio Publiciana, esa acción pretoria creada por el pretor Publicio en el año 67 a. C., sin que, empero, se la haya podido ubicar exactamente.*

En principio, aun siendo Colombia un país de raigambre romano-germánica (hoy se dice continental-europeo), realizar una disertación sobre una figura jurídica del derecho romano, es muy difícil, sin embargo, como profesor, he de esforzarme por cumplir cada día el compromiso con la investigación, la cual corresponde a hacer mi trabajo cotidiano.

En su sentido literal, de acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*,<sup>1</sup> lo cotidiano es lo que sucede todos los días o diariamente. Conforme a esta acepción, lo cotidiano parecería algo repetitivo, lo que sucede uno y otro día.

Ya lo decía el profesor Jorge Adame Goddard,<sup>2</sup> a quien de paso agradezco por la invitación para participar en esta reunión:

\* Abogado e historiador, especializado en derecho constitucional, derechos humanos, derecho canónico, bioética, docencia universitaria, liderazgo estratégico militar e historia del derecho; maestría en relaciones internacionales, candidato a doctor en derecho canónico y PhD H.C. en historia; profesor asociado de derecho público y miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

<sup>1</sup> Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, t. I, 1994.

<sup>2</sup> Adame Goddard, Jorge, *La grandeza de la vida cotidiana*, Roma, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, 2002, pp. 181-194.

Puede también entenderse lo cotidiano como lo que acontece cada día, es decir el conjunto de todos los sucesos y acciones que se dan en el día, sin considerar si se repiten o no el siguiente día o en determinados periodos, si son poco o muy importantes. Bajo esta perspectiva lo cotidiano comprende todos los sucesos que ocurren, todos los actos que uno hace, y todos los actos que otros hacen y repercuten de algún modo en uno. Así entendido, lo cotidiano se identifica con la totalidad de la vida de una persona, pero medida día por día, cada día. Lo cotidiano es así toda la vida del día de hoy.

Debemos tener presente que como profesionales y, en mi caso, como profesor universitario, no podemos sentarnos a “dar” clase, a “recibir” un sueldo y a cumplir “rutinas”,<sup>3</sup> lo importante es “darse” dentro de la vida cotidiana, “santificarse con ella, es cumplir verdaderamente nuestros compromisos dentro de las circunstancias de la vida ordinaria, que comprende todas las acciones, ordinarias o extraordinarias, regulares o inusitadas, la presencia de Dios y la contemplación en medio del mundo para transformarlo natural o sobrenaturalmente desde nuestra labor docente o profesional”. El filósofo Leonardo Polo<sup>4</sup> recalca:

Es menester percatarse que ser profesor universitario no consiste sólo en obtener un título, ser contratado, adscrito, trabajar en un centro de la Universidad. No. Ser profesor universitario significa una tarea de autoformación, porque no es lo mismo estar prestando servicios, estar ejerciendo la profesión y colocarse que tratar de alcanzar la cima del saber.

Otro gran jurista —romanista—, el profesor Álvaro D’Ors, en el prólogo a sus *Papeles del oficio universitario* decía algo que complementa las reflexiones y afirmaciones aquí incluidas:

Yo siento y encuentro la grandeza de la vida universitaria precisamente en esa servidumbre del quehacer cotidiano, del paciente y gozoso aprovechamiento de toda ocasión, por pequeña que sea, para servir lo mejor posible. Así he podido vivir la universidad: saludando por la mañana a los bedeles,

<sup>3</sup> Por ejemplo, un profesor universitario, como dice Leonardo Polo, no piensa que enseñar es repetir las clases del año pasado o que estudiar es almacenar datos, sino que es algo más vital: crecer en el saber. Polo, Leonardo, *El profesor universitario*, Chía, Universidad de La Sabana, 1997, p. 19.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 33.

servidores como yo; preparando las lecciones elementales como si no lo fueran; empezando mis clases a la hora y cuarto, pero no después; procurando no perder el tiempo, a fin de explicar todo el programa; examinando con cuidado y enseñando a examinar, pues esto de los exámenes me parece tan importante como necesario —es el prosaico tapón que impide se pierda el preciado licor de la docencia—, y es un acto de justicia, con posible daño de tercero, en el que no podemos tener distracciones sin cierto riesgo de responsabilidad moral; ayudando a trabajar a los demás a la vez que movía sin pausa la propia noria del trabajo científico; cuidando también de que los libros estén a mano de todos, y de darle al interruptor eléctrico cuando salía el último de la Biblioteca. Y también cuando fallaba, era en ese mismo terreno. Pura servidumbre.

Porque la universidad, según don Álvaro D’Ors —que en ocasión memorable definió certeramente como camino—, era para él “una forma superior de convivencia culta” (*Papeles del oficio universitario*), decía: “El universitario no puede ser un hombre vulgar, sino que debe ser dueño de sí mismo para mantener un estilo de elegante naturalidad”. Por eso proponía un humanismo universitario, es decir “una actitud de interés adjunto por lo que no es utilitario, sino que sirve para enriquecer el ser común de los estudiantes, su ‘humanidad’” (*Cartas a un joven estudiante*). Porque la jurisprudencia, decía, más que una ciencia, un arte o una técnica es una educación.<sup>5</sup>

Con bastante dificultad, ya que son pocos los tratadistas colombianos de derecho romano, entre los cuales se cuenta a Carlos Medellín, abuelo, padre e hijo; Lucrecio Jaramillo Vélez, Emilssen González de Cancino, Ramiro Alberto Castaño Cardona, y otros, he intentado elaborar esta disertación, relacionando la *Actio Publiciana* con la Constitución colombiana de 1991.

Ya en el *Digesto* 6,2, Justiniano<sup>6</sup> dedicaba un Título “Sobre la Acción Real Publiciana”, exponiendo con precisión casos y ejemplos sobre el particular, estableciéndose ésta como una:

acción ficticia para proteger a quien no siendo propietario quiritario es poseedor de buena fe y puede adquirir la propiedad por usucapión. Era una

<sup>5</sup> Muñoz Arnáu, Juan Andrés, *Diario de Navarra*, 1o. de febrero de 2005.

<sup>6</sup> Justiniano, *Digesto*, t. I. Versión castellana por Á. D’Ors, F. Hernández-Tejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo, con ayuda del C.S.I.C., Pamplona, Aranzadi, 1968, pp. 298-301.

acción semejante y paralela a la reivindicatio que el pretor concedía al propietario bonitario que ha perdido la posesión para recuperarla. En la fórmula se ordena al juez que finja que ha transcurrido el plazo necesario para la usucapión. El efecto de la ficción pretoria es equiparar el propietario bonitario al civil o quiritarario. Esta acción se aplicaría originalmente al comprador de buena fe de una *res mancipi* que se había entregado por *simple traditio*. Posteriormente fue extendida a cualquier caso de entrega y usucapión no completa.<sup>7</sup>

El Código Civil colombiano contempla, en su artículo 946, una definición sobre la figura de la reivindicación, al siguiente tenor: “Artículo 946. Concepto de reivindicación. La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla”.

Sin embargo, esta definición ha sido bastante controvertida doctrinariamente, dado que autores como Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, consideran que la acción no sólo la tiene el dueño de la cosa sino también el poseedor regular por medio de la acción *publiciana* del artículo 951, y puede dirigirse contra una persona que no es poseedora, como ocurre con el mero tenedor o retenedor injusto.

En otra disposición, particularmente el artículo 947, encontramos los objetos de la reivindicación: las cosas corporales, raíces y muebles, exceptuándose las cosas muebles, cuyo poseedor las haya comprado en una feria, tienda, almacén u otro establecimiento industrial en que se vendan cosas muebles de la misma clase. Y, “justificada esta circunstancia, no estará el poseedor obligado a restituir la cosa, si no se le reembolsa lo que haya dado por ella y lo que haya gastado en repararla y mejorarla”, como agrega el Código; circunstancias éstas que fueron declaradas exequibles por parte de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia núm. 18 de mayo 4 de 1989, magistrado ponente doctor Hernando Gómez Otálora, quien a su vez reiteró numerosa jurisprudencia sobre el particular expedida por la llamada “Corte de Oro”, durante los años 30 y 40 del siglo XX.

El tratadista Luis Guillermo Velásquez J., considera que este artículo 947 protege de los efectos de la acción reivindicatoria al poseedor de cosas muebles compradas en una feria, tienda..., tal como lo establece el

<sup>7</sup> Ribó Durán, Luis, *Diccionario de derecho*, Barcelona, Bosch, 1987, pp. 14 y 15.

numeral segundo. Y sólo estará obligado a restituirla toda vez que se le sean reconocidos los pagos que hizo por ella y los gastos y mejoras realizados.

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 948 del citado Código, los otros derechos reales pueden reivindicarse como el dominio, excepto el derecho de herencia. Este derecho produce la acción de petición de herencia, de que se trata en el libro 3o. del Código y que concuerda con el artículo 1321 del Código.

También se puede, según el artículo 949, reivindicar una cuota determinada *pro indiviso* de una cosa singular, para lo cual es necesario e indispensable que el título de dominio invocado por el actor incorpore a su esfera la integridad de lo que reivindica, de donde resulta que si lo reivindicado es cosa singular, el título debe abarcar la totalidad de la misma cosa; que si apenas se trata de una cuota *pro indiviso* en cosa singular, el título ha de comprender la plenitud de la misma cuota; y que si la cosa singular reivindicable está en comunidad, la acción ha de intentarse, no a favor de uno o más de los condóminos aislada autónomicamente considerados, sino en pro del conjunto de los mismos o, como se dice de ordinario, para la comunidad, tal y como lo ratificó en su momento la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de abril de 1963.

La doctrina y la jurisprudencia colombiana han establecido cuatro presupuestos para la procedencia de esta acción:

- Que el demandante sea el titular del derecho de propiedad sobre la cosa cuya restitución demanda.
- Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular.
- Identidad entre lo poseído y lo pretendido.
- Que el demandado tenga la calidad de poseedor.

Luego, en el capítulo 2o. del Título XII del Código Civil colombiano, se entra particularmente sobre el tema del titular de la acción, sin que exista desarrollo legal, sino meramente jurisprudencial.

Dice el artículo 950: Titular de la acción. La acción reivindicatoria o de dominio corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa.

De allí se deriva que en principio sólo está legitimado para adelantar la acción el propietario pleno de cosa singular, pero también la pueden ejercer el nudo propietario, el propietario fiduciario, el copropietario en la cuota determinada que le corresponde, el poseedor regular en acción

*publiciana*, el usuario y habitador. Y, reiteradamente ha dicho la doctrina de la Corte que

si el derecho de propiedad se ha de entender como el poder jurídico que su titular tiene sobre una cosa para usar, gozar y disponer de ella directamente y sin respecto a determinada persona, la restitución que se busca mediante la acción reivindicatoria no pasa de ser consecuencia necesaria del carácter absoluto o *erga omnes* de ese derecho.<sup>8</sup>

Por lo tanto, puede reivindicar no sólo el verdadero propietario que tenga la propiedad libre de toda condición y limitación, el dueño de un bien que no se halle gravado con un derecho real principal a favor de otra persona; sino también el propietario que está obligado a restituir la cosa eventualmente en caso de verificarse una condición, o el nudo-propietario cuyo dominio esté limitado por un derecho de usufructo, de uso o de habitación.

Si la ley procesal obliga al demandante en reivindicación a demostrar que es el propietario de la cosa cuya restitución busca, para la prosperidad de su pretensión tendrá que hacerlo con la prueba idónea y eficaz para ello.

Finalmente encontramos el llamado particular a la Acción Publiciana dentro del ordenamiento jurídico colombiano. Es el artículo 951 del Código Civil el que se refiere a esta figura, que aparece igual en el artículo 894 del Código Civil chileno.

Artículo 951. Acción publiciana. Se concede la misma acción aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

Pero no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho.

En 1954, la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia del 2 de diciembre<sup>9</sup> de ese año, quiso explicar la Institución al decir que la acción publiciana es una reivindicación especial concedida al poseedor regular que ha sido privado de la posesión y que estaba en vía de usucapir; es decir que ella se daba a quien se había entregado una cosa por justa causa y por quien no era dueño, y aún no había usucapido; “*Si quis id quod*

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 14 de 1977, G. J., t. CLV, p. 416.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de diciembre 2 de 1954, G. J., t. CXXXIX, p. 161.

*traditur ex justa causa nona domino et nondum, usucaptum petet, iudicium dabo*”, agregaba la Corte.

Con base en la doctrina y la jurisprudencia, se ha llegado a estimar que la acción reivindicatoria corresponde al dueño de una cosa singular a quien se ha privado de la posesión material. Se concede la misma acción —establece el Código Civil en su artículo 951—, aunque no se pruebe dominio, al que ha perdido la posesión regular de la cosa y se hallaba en el caso de poderla ganar por prescripción.

Era, pues, para la Corte Suprema de Justicia la acción *publiciana*, en cuanto a su forma, una *actio ficticia* porque reposaba sobre la ficción del cumplimiento de una usucapión que no se había realizado aún; y en cuanto a su naturaleza y sus efectos una *rei vindicatio* que producía las consecuencias de esta acción dada para la protección de la propiedad quiritaria.

En su momento y con el fin de determinar la *ratio proprio* de la aplicación del artículo 951, acción publiciana, la Corte Suprema de Justicia contempló tres situaciones en el poseedor regular:

- Se halla cumplido el plazo señalado por la ley para la usucapión ordinaria y el usucapiente ha obtenido sentencia declarativa de pertenencia a su favor, la cual fue debidamente registrada. En este caso, existe la acción reivindicatoria general y no hay lugar a ejercer la acción reivindicatoria especial del artículo 951 del Código Civil. El poseedor regular ha adquirido por usucapión el dominio de la cosa y una decisión judicial, así lo ha declarado.
- El poseedor regular, o sea, el poseedor con justo título y buena fe, y tradición si existe el título traslativo de dominio, ha cumplido íntegramente el plazo señalado por la ley para la usucapión ordinaria, pero ésta no ha sido declarada judicialmente, y se ve privado de la posesión material de la cosa. En este caso, existe también la acción reivindicatoria general. No es necesario que el demandante haya ejercitado previamente la acción declarativa de pertenencia por usucapión. Habiéndose consumado la prescripción adquisitiva y adquirido por este medio el dominio, la acción reivindicatoria puede ejercitarse prósperamente contra quien alega una posesión fundamentada en título posterior al presentado por el actor. Precisamente uno de los efectos propios de la usucapión es conferir al prescribiente acción para exigir la restitución de la cosa en caso de que vea privado de su posesión.

- El poseedor regular no ha cumplido íntegramente el lapso necesario para la usucapión ordinaria y se ve privado de la posesión. No habiéndose consumado todavía la usucapión no ha adquirido por este medio el dominio de la cosa y por tanto no puede ejercitar la acción reivindicatoria que sólo corresponde al dueño.

En este último caso la ley, por razones de equidad, ampara al poseedor regular mediante la acción reivindicatoria especial consagrada en el artículo 951 del Código Civil (acción publiciana).

También, la misma Corporación<sup>10</sup> ha señalado los cuatro presupuestos de la acción publiciana, que determinan un fallo estimativo de las pretensiones, a saber, posesión regular del bien en cabeza del demandante, posesión actual por el demandado, identidad del bien poseído con el que es perseguido por el demandante, y cosa singular o cuota proindiviso en cosa singular como objeto del proceso. La Corte ha señalado:

La acción publiciana se la concede exclusivamente al poseedor regular de la cosa que se halla en el caso de poderla adquirir por prescripción ordinaria, y no a quien ya la ha adquirido por este modo originario porque su relación se encuentra sujeta a lo preceptuado por el artículo 950 del mismo Código. Luego, lo preceptuado por el artículo 951 del Código Civil se restringe al poseedor regular en vía de prescribir. Ahora bien, esta posesión regular se configura, de una parte, con la existencia de la posesión; y, de la otra, con que su adquisición sea regular, esto es, surgida con buena fe inicial y con justo título [agregando a renglón seguido que, aun cuando es cierto que la ley no define el justo título], en términos generales puede decirse que es aquél constituido conforme a la ley y susceptible de originar la posesión para el cual nace, lo que supone tres requisitos, a saber: a) Existencia real y jurídica del título o disposición voluntaria pertinente, pues de lo contrario mal puede hablarse de justeza de un título que no existe. Luego, no habrá justo título cuando no ha habido acto alguno o éste se estima jurídicamente inexistente. b) Naturaleza traslativa (venta, permuta, donación, remate, etcétera) o declarativa (sentencia aprobatoria de partición o división, actos divisorios, etcétera) de dominio, porque sólo en virtud de estos actos o negocios aparece de manera inequívoca la voluntad de transferir o declarar el derecho en cuya virtud el adquirente adquiere la pose-

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 14 de diciembre de 2000, Manuel Ardila Velásquez, Expediente 5388



sión, aun cuando no adquiriera el derecho de propiedad (artículo 753 del Código Civil).<sup>11</sup>

El magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno, agrega:

El citado artículo 951 del Código Civil prescribe que la acción publiciana “*no valdrá ni contra el verdadero dueño, ni contra el que posea con igual o mejor derecho*” [cursivas de la Corte], previsión legal que resulta lógica porque de existir una posesión de mayor entidad jurídica, nada habría por recuperar; dicho mandato incide notablemente en la definición de este litigio”.<sup>12</sup>

Vale decir, que revisada la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, entre 1991 y 2005, etapa de la nueva Constitución Política de Colombia, tan sólo se encontraron cinco sentencias referidas a la acción publiciana, de las cuales la Corte sólo casó dos de ellas, lo que refuerza nuestra teoría de que las instituciones del derecho romano incluidas en la legislación colombiana, están en desuso por la falta de profesores de esa asignatura y por la flexibilización de los círculos de las facultades de derecho, de los que prácticamente han desaparecido los dos años que se estudiaban de romano, por una asignatura cuatrimestral de dos sesiones a la semana.

La importancia de una actividad como la que se concreta con la realización de este Congreso, hace que se clame, institucional e internacionalmente, por el restablecimiento obligatorio del estudio del derecho romano, como asignatura troncal dentro de la licenciatura para abogados en todo el ámbito de influencia de la familia romano-germánica del derecho.

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia 052 de 9 de marzo de 1989.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 3 de diciembre de 1999, expediente 5291.