

879309



UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE



FACULTAD DE DERECHO

Con Estudios Incorporados a la
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

CLAVE: 8793-09

**“REGLAMENTACION DE LOS INTERDICTOS EN EL CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE
GUANAJUATO”**

T E S I S

Que para obtener el Título de:
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

FERNANDO RAÚL JIMÉNEZ GAMIÑO

Asesor de Tesis:
LIC. HÉCTOR GUSTAVO RAMÍREZ VALDEZ

Celaya, Gto.

Agosto de 2004



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

DEDICATORIA

A DIOS

Por todo y ante todo; y del que siempre necesitaré su amor y su compasión.

A LA SANTÍSIMA VIRGEN DE GUADALUPE

Por interceder por mí ante Dios, para que logre superar todas mis metas.

A BLANCA LUZ GAMIÑO DE JIMÉNEZ

Porque sus brazos siempre me han cubierto con amor e indulgencia y nunca me ha faltado su compañía.

Mamá: Eres merecedora no sólo de mi amor, sino de mi devoción por toda la vida y de que Dios y tu familia te demos paz interior, gozo en tu vida y reconocimiento a tu labor.

A SALVADOR JIMÉNEZ DE SANTIAGO

Por su amor, apoyo, confianza y consejos brindados que han hecho más ligero mi camino.

Papá: Deseo, de corazón, que mis triunfos como profesionista los sientas como tuyos.

A BLANCA, SALVADOR Y OSCAR

Por ser hermanos amorosos, por ser apoyo y guía de superación.

A LA MEMORIA DE MIS ABUELOS

Por su amor, sus oraciones, sus consejos y por compartirme su sabiduría; así como por enseñarme el camino de la honradez y la rectitud.

A MIS TÍOS, PRIMOS Y SOBRINOS

Y demás familiares. Por sus palabras de aliento y el apoyo otorgado.

A MI NOVIA

Por su amor y soporte incondicional. Porque con su compañía me hace ser una mejor persona.

A MIS AMIGOS

Por su compañía, respeto, confianza y porque con ustedes crecí y maduré de tal manera que no la cambiaría por nada. A Tere, Wendy, Mariana, Ale B., Susana, América, Bere, Lupita, Alejandro, Gregorio, Jorge, Darío, Felipe A., Ricardo, J. Armando y demás compañeros y conocidos de mi afecto; Lic. Francisco J. A. y, mi mentor, Lic. Héctor Gustavo Ramírez Valdez; con profundo aprecio.

A MIS MAESTROS

Por la sabiduría, los conocimientos y los consejos compartidos.

Por la admiración y el respeto debido. Lic. Rodolfo Gutiérrez Barrios, Lic. F. Alejandro Lara Rodríguez y Lic. Juan José Muñoz Ledo Rábago.

Por su exclusiva forma de instruirme hacia el estudio. Lic. Ramón Camarena García, Lic. Juan Manuel Acevedo Quiles, Lic. Francisco Gutiérrez Negrete y a la memoria del Lic. José Luis Nieto Mandujano.

A LA UNIVERSIDAD

AL JURADO CALIFICADOR

¡Gracias!

FERNANDO RAÚL JIMÉNEZ GAMIÑO

NOMBRE: Fernando Jiménez Gamero

FECHA: 22 - SEP - 2004

FIRMA: P. A. Gamero

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS REALES

1.1 UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL CAMPO DEL DERECHO	1
1.2 EL PATRIMONIO	4
1.3 LOS BIENES	5
1.3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES	7
1.3.1.1 BIENES CORPÓREOS Y BIENES INCORPÓREOS	7
1.3.1.2 BIENES MUEBLES Y BIENES INMUEBLES	7
1.3.1.3 BIENES DEL DOMINIO DEL PODER PÚBLICO Y BIENES PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES	8
1.3.1.4 BIENES MOSTRENCOS Y BIENES VACANTES	8
1.4 LOS DERECHOS REALES	8
1.4.1 COMPARACIÓN DE LOS DERECHOS REALES CON LOS DERECHOS PERSONALES	8
1.4.2 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES	11
1.4.2.1 DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO Y DERECHOS REALES DE GARANTÍA	11
1.4.3 FUENTES DE LOS DERECHOS REALES	12
1.4.3.1 HECHOS JURÍDICOS	12
1.4.3.2 ESTADOS JURÍDICOS	12
1.4.3.3 ACTOS JURÍDICOS	12
1.4.4 TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES	15
1.4.5 EFECTOS DE LOS DERECHOS REALES	16
1.4.6 EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES	20
1.4.6.1 LAS CAUSAS GENERALES DE EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES	20

1.4.6.2 LAS CAUSAS ESPECIALES DE EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES.	23
1.4.7 LOS DERECHOS REALES EN PARTICULAR	23
1.4.7.1 LA PROPIEDAD	24
1.4.7.1.1 MEDIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD	26
1.4.7.1.2 DEFENSA DE LA PROPIEDAD	28
1.4.7.1.3 LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD	29
1.4.7.1.4 FORMAS ESPECIALES DE PROPIEDAD	30
1.4.7.2 EL USUFRUCTO, EL USO Y LA HABITACIÓN	31
1.4.7.2.1 EL USUFRUCTO	31
1.4.7.2.1.1 SITUACIÓN JURÍDICA DEL NUDO PROPIETARIO	32
1.4.7.2.2 EL USO Y LA HABITACIÓN	32
1.4.7.3 LA SERVIDUMBRE	33
1.4.7.4 LA PRENDA	35
1.4.7.5 LA HIPOTECA	36

CAPÍTULO II LA POSESIÓN

2.1 CONCEPTOS DE LA POSESIÓN	38
2.2 ELEMENTOS DE LA POSESIÓN	40
2.3 PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA POSESIÓN	41
2.3.1 TEORÍA DE FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY. TEORÍA SUBJETIVA DE LA POSESIÓN	41
2.3.2 TEORÍA DE RODOLFO VON IHERING. TEORÍA OBJETIVA DE LA POSESIÓN	42
2.3.3 TEORÍA DE RAYMUNDO DE SALEILLES. TEORÍA ECLÉCTICA DE LA POSESIÓN	44
2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN	45
2.5 FUNCIONES JURÍDICAS DE LA POSESIÓN	46
2.6 LA FIGURA DEL POSEEDOR	47
2.6.1 CLASIFICACIÓN DE LOS POSEEDORES	51
2.7 LA POSESIÓN EN NUESTRA LEY POSITIVA	52
2.7.1 OBJETO DE LA POSESIÓN	52

2.7.1.1 BIENES QUE NO SON SUSCEPTIBLES DE POSESIÓN	53
2.7.2 CUALIDADES DE LA POSESIÓN	54
2.7.3 VICIOS DE LA POSESIÓN	59
2.7.4 ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN	59
2.7.5 PÉRDIDA DE LA POSESIÓN	60
2.7.6 DIRECTRICES DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO EN CUANTO A LA POSESIÓN	61
2.7.7 EFECTOS DE LA POSESIÓN	64
2.8 LA USUCAPIÓN	68
2.8.1 REQUISITOS PARA LA USUCAPIÓN	69
2.8.1.1 TÉRMINO REQUERIDO PARA LA USUCAPIÓN	69
2.8.2 SUSPENSIÓN DE LA USUCAPIÓN	70
2.8.3 INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN	71
2.8.4 ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN VIRTUD DE LA USUCAPIÓN	71

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN A LA POSESIÓN

3.1 TEORÍAS SOBRE LA PROTECCIÓN A LA POSESIÓN	73
3.1.1 TEORÍAS RELATIVAS	74
3.1.2 TEORÍAS ABSOLUTAS	75
3.1.3 CONCLUSIÓN DE ANTONIO DE IBARROLA	77
3.2 PROTECCIÓN POSESORIA	78
3.2.1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN LA POSESIÓN	78
3.2.2 PROCEDIMIENTOS JUDICIALES CIVILES DE DEFENSA DE LA POSESIÓN	80
3.2.3 LA ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN O PUBLICIANA	81
3.2.3.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN PUBLICIANA	81

3.2.3.2 OBJETO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA	82
3.2.3.3 TÉRMINO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA	82

CAPÍTULO IV

GENERALIDADES DE LOS INTERDICTOS

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	83
4.1.1 LOS INTERDICTOS EN EL DERECHO ROMANO	84
4.1.2 LOS INTERDICTOS EN EL DERECHO CANÓNICO	87
4.1.3 LOS INTERDICTOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA	88
4.1.4 LOS INTERDICTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL	89
4.2 NATURALEZA JURÍDICA	94
4.3 OBJETO	96
4.4 REGLAS GENERALES	97
4.5 CARÁCTER DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS INTERDICTOS	99

CAPÍTULO V

LOS INTERDICTOS EN PARTICULAR EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

5.1 EL INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN	102
5.1.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE RETENER	104
5.1.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE RETENER	105
5.1.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE RETENER	105
5.1.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RETENER	105
5.1.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE RETENER	107
5.2 EL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN	110
5.2.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR	112
5.2.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE RECUPERAR	112
5.2.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE RECUPERAR	113
5.2.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR	113
5.2.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE RECUPERAR	114
5.3 EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA	116
5.3.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA	121

5.3.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA	122
5.3.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA	123
5.3.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA	123
5.3.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA	124
5.4 EL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA	125
5.4.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.	130
5.4.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA	130
5.4.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA	131
5.4.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA	131
5.4.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA	132

CAPÍTULO VI

PROPUESTA DE REFORMA

6.1 RAZÓN DE LA PROPUESTA	134
6.2 PROPUESTA DE REFORMA PARA REGULAR A LOS INTERDICTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE GUANAJUATO	136

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

El derecho es todo conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre, por lo tanto, sólo a través de la norma jurídica puede concebirse la convivencia humana, el bienestar común y el orden social. La norma jurídica marca la pauta de toda conducta externa; y, por esta razón, el objeto de la norma jurídica civil tiene que ver con la defensa de intereses particulares del individuo que vive en sociedad y así lograr el objetivo general de bienestar público y paz social.

Así también, es evidente que, para que nuestra sociedad subsista tranquilamente, se requiere un progreso de profunda reforma en las instituciones o normas jurídicas que regulan las relaciones entre particulares, que asegure la vigencia de la Ley adjetiva y sustantiva civil y que a su vez otorgue seguridad jurídica; con lo que se constituye un cimiento de la modernización.

Así, el desarrollo integral del derecho civil debe considerarse pues, como todo derecho, y en cualquier parte, tiende al perfeccionamiento y a la unificación; y siempre será prudente y necesario que las normas que rijan en el Estado de Guanajuato se mantengan actualizadas y sean eficaces.

En lo referente a la regulación de los interdictos, es palpable el poco conocimiento que se tiene sobre estas instituciones jurídicas, ya que no se encuentran contempladas en nuestra legislación adjetiva civil local; lo que produce un retraso en comparación a las legislaciones de otros Estados como, por ejemplo, Coahuila, Michoacán o Querétaro; lo cual da lugar a una exigencia de que se regulen debidamente, en nuestro Estado, a los interdictos que son procedimientos sumarios que dan seguridad jurídica a las posesiones de una manera satisfactoria por su pronta y específica resolución que protege la posesión de los particulares, que son los que en realidad forman las instituciones jurídicas y los legisladores son los que prudentemente analizan si se establecen.

Consecuentemente con el desacuerdo de que en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato no se regulen a los interdictos, y teniendo en cuenta la mencionada exigencia, vino la idea de realizar una exposición sobre este tema como tesis; tratando, en tal forma, de contribuir con un estudio y propuesta específica para lograr se regulen a los interdictos en la Ley adjetiva civil local; y así se cumplan con los objetivos de administrar justicia de forma expedita, pronta y específica, respecto de la posesión.

Así, con un propósito didáctico, en la presente tesis, se tratan los temas tendientes que ayudarían a obtener un panorama de lo que en la materia de los interdictos se llegan a abarcar dentro del derecho civil.

Así pues, en el Capítulo Primero, cuyo tema principal son los derechos reales; previamente se pretende ubicar a la materia dentro del campo de derecho, luego se exponen nociones sobre los conceptos de patrimonio, los bienes y de los derechos reales en general, sus fuentes, transmisión, efectos y extinción de estos últimos; finalmente se tratan a los derechos reales en particular, es decir, a la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la prenda y la hipoteca.

En el Capítulo Segundo se estudia la posesión y sus elementos, teorías, naturaleza, función; así como su objeto, cualidades, vicios y efectos en base al Código Civil local; igualmente se habla de la figura del poseedor y su clasificación.

En el Capítulo Tercero se estudia la razón de la existencia de la protección a la posesión, en consecuencia se habla de las principales teorías al respecto, las garantías constitucionales que dan lugar a dicha protección y de la acción plenaria de la posesión.

En el Capítulo Cuarto se dan las nociones generales de los interdictos; es decir, se habla sobre su naturaleza, objeto y reglas generales; pero, primeramente, se consideró necesario hacer mención a sus antecedentes históricos, en forma cronológica; con la intención, más que otra cosa, de tratar de determinar si se ha mejorado la regulación de los interdictos.

El Capítulo Quinto se dedicó al estudio profundo de cada uno de los interdictos reconocidos actualmente en la legislación procesal civil del Distrito Federal, es decir, el interdicto de retener la posesión, el interdicto de recuperar la posición, el interdicto de obra nueva y el interdicto de obra peligrosa; así como la naturaleza, finalidad, objeto, procedencia y procedimiento de cada uno de estos interdictos.

En el Sexto y último Capítulo se consintió redactar una propuesta de reforma al Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato; con el propósito de regular en él a los interdictos, no si antes esbozar ligeramente las razones que dan base a dicha propuesta.

Se invita pues, a la lectura la presente tesis.

CAPÍTULO I LOS DERECHOS REALES

1.1 UBICACIÓN DE LA MATERIA EN EL CAMPO DEL DERECHO.

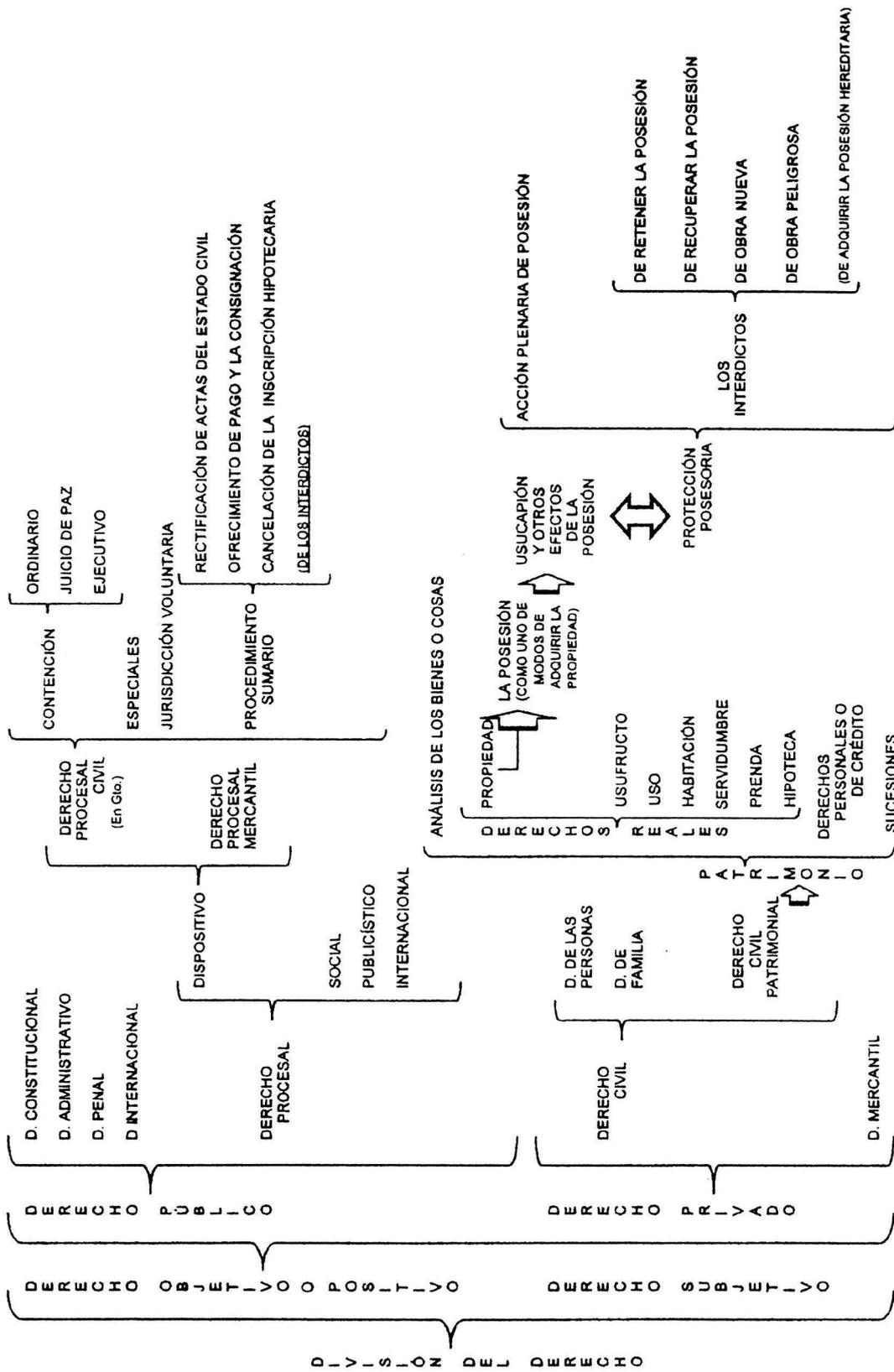
La presente tesis pretende sustentarse en razonamientos tomados con una metodología, central y preponderantemente, teórica-legislativa o, mejor dicho, dogmática-legalista; pero con el claro fin de obtener un producto práctico, una posición tangible y pragmática; fundada en todo momento para evitar que se tache de una investigación anárquica y quepa en la mente de todo conocedor del área jurídica, que esta tesis es el resultado de una investigación científica, la cual supone una coherencia armónica entre la profundidad y el producto final.

Lo mencionado en el párrafo anterior es con el fin de indicar que el propósito de este capítulo (y del siguiente) es sólo el de ubicar al tema principal (los interdictos) de la tesis dentro del campo del Derecho; y, a propio juicio, no se han discriminado aspectos substanciales o principales.

Queda aclarar que la conveniencia de insertar el presente capítulo responde a la necesidad de producir efectos didácticos y, también, como consecuencia de un estudio lógico deductivo: Planteando inicialmente los temas más generales hasta llegar a los aspectos concretos y específicos.

Expuesto lo anterior es como se tiene que, para hablar de los interdictos, es necesario; primero, hablar del Derecho Civil; y así hasta llegar a dichos juicios sumarios que protegen la posesión. Y que mejor, para tener una visión general al respecto, que el cuadro sinóptico insertado en la siguiente página.

Claro que la siguiente descripción de cómo se va estudiar la materia es por muchos conceptos criticable, pero para tener una visión general (de lo que se estudiará en esta tesis) es que se elabora el cuadro sinóptico que se inserta. Así también, se destaca en dicho cuadro el desglose del Derecho Procesal Civil debido a que los interdictos son procedimientos sumarios civiles.



En su sentido fundamental "Derecho" designa una facultad reconocida a una persona por la Ley, y que le permite realizar determinados actos.¹

En general, se entiende por Derecho todo conjunto de normas jurídicas que regulan la convivencia humana. "Norma jurídica" es aquella regla de conducta con las características de ser: 1. Bilateral (que al propio tiempo impone deberes, a uno o varios sujetos, y concede facultades a otro u otros), 2. Heterónoma (que es creada por una instancia o un sujeto distinto del destinatario, al que le es impuesta, aún en contra de su voluntad), 3. Externa (que sólo regula las conductas externas) y 4. Coercible (que cuenta con la posibilidad de ejecutarse por la fuerza). La "voluntad" es la elección hecha por el propio dictamen o gusto, de una persona, sin atención a otro aspecto. "Persona" (o, a veces se mencionará: sujeto), ya sea física o jurídica colectiva (o moral); es todo ente capaz de derechos y obligaciones. Obligación es el vínculo legal, voluntario o de hecho, por el cual una persona (sujeto pasivo o deudor) es constreñida hacia otra (sujeto activo o acreedor) a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa.²

El Derecho Objetivo es la norma misma. La mayoría de los autores de la escuela positivista aceptan, como sinónimos, los conceptos de derecho objetivo, derecho válido, derecho vigente y derecho positivo; ya que todos ellos los entienden como el derecho realmente obligatorio. En contraposición a lo anterior se suele utilizar el concepto de Derecho Eficaz para denotar aquél que es verdaderamente aplicado. Sin embargo, debemos aclarar que la terminología no es unívoca, pues, por ejemplo, García Maynez emplea la expresión Derecho Positivo en el sentido de derecho eficaz; por otra parte, Ross concibe al Derecho Vigente como una interacción entre lo prescrito por la norma y la realidad de su aplicación por los tribunales.³ El tribunal es el lugar donde se administra justicia. El Derecho Positivo se entiende como el conjunto de normas jurídicas con vigencia, aplicación y validez en un lugar y tiempo determinados.

El Derecho Subjetivo es una función del derecho objetivo; éste es la norma que permite o prohíbe, aquél el permiso derivado de la norma.⁴ El derecho subjetivo es la facultad, inherente a una persona, que da la norma de poder exigir la satisfacción de un interés jurídicamente protegido.

¹ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Tr. José M. Cajica Jr.. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. p. 19.

² GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Concordado. Ed. Orlando Cárdenas Editor, México, 1995. p. 589.

³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III. Ed. Porrúa, México, 1985. p. 192.

⁴ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 18ª ed., Ed. Porrúa. México, 1971. p 36.

El Derecho Privado es la rama del derecho positivo destinado a la regulación de los intereses que merecen ser calificados de relativos a los particulares.

El Derecho Civil, como rama del derecho privado, es el que tiene por objeto regular los atributos de las personas físicas y morales y organizar jurídicamente a la familia y al patrimonio. Podemos distinguir dos ramas en el derecho civil: Primero, Derecho de las personas (que regula los atributos como la capacidad, el nombre, etc.) y el régimen jurídico de la familia (patria potestad, filiación, etc.); y, Segundo, Derecho Civil Patrimonial. El derecho civil patrimonial comprende los siguientes regímenes: 1. Régimen jurídico de los Derechos Reales, incluyendo la organización jurídica del patrimonio en general y la clasificación de los bienes; y 2. Régimen de las obligaciones o derechos personales.⁵

1.2 EL PATRIMONIO.

Como se deja expuesto, el derecho civil se ocupa de la organización jurídica del patrimonio en general; y, desde luego, que para abordar este tema, resulta ineludible e indispensable saber o tener una noción de qué es el patrimonio. Lo primero es conocer el significado gramatical de la palabra patrimonio, y entonces es conveniente recurrir al diccionario; así se encuentra que la palabra deriva del término latino *patrimonium* y significa: bienes que se heredan de los ascendientes, o de los bienes propios que se adquieren por cualquier título. El "título" es la causa jurídica de la existencia de una obligación o de un derecho.

Los autores que se ocupan de temas jurídicos no se han puesto de acuerdo, sobre el concepto y el contenido del patrimonio, porque ese concepto y ese contenido no responden a una situación jurídica; sino que responden a una postura política.⁶

En base al comentario anterior y por razones prácticas, se limitará a lo que al respecto de la definición del patrimonio y sus elementos; expone Rafael Rojina Villegas: El patrimonio se ha definido como un conjunto de obligaciones y derechos susceptibles de una valoración pecuniaria, que constituyen una universalidad de derecho (*universitas juris*). Según lo expuesto, el patrimonio de una persona estará siempre integrado por un conjunto de bienes, de derechos y, además, por obligaciones y cargas; pero es requisito indispensable que estos derechos y obligaciones que constituyen el patrimonio sean siempre apreciables en dinero, es decir, que puedan ser objeto de valoración pecuniaria. Dos son los elementos del patrimonio: el activo y el pasivo. El activo se integra por el

⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. 32ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002. pp. 22-24.

⁶ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. Ed. José M. Cajica Jr., México, 1971. pp. 15 y 16.

conjunto de bienes y derechos apreciables en dinero, y el pasivo por el conjunto de obligaciones y cargas también susceptibles de valoración pecuniaria. Los citados bienes y derechos de carácter patrimonial se traducen siempre en derechos reales y personales; y, en tal virtud, el activo de una persona quedará constituido por derechos reales y personales. A su vez, el pasivo se constituye por obligaciones o deudas que son el aspecto pasivo de los derechos personales, es decir, contemplados desde la posición del deudor, y cargas u obligaciones reales o *propter rem*, distintas de las personales, que también son susceptibles de valoración pecuniaria.

La "carga", también llamada gravamen, es una obligación de dar o de hacer que afecta a un titular de un derecho real. El titular es la persona o sujeto determinado en una relación jurídica básica, correspondiente a la existencia de ese sujeto y un derecho subjetivo.

La "relación jurídica" es la estructura ideal que articula la norma, el objeto, el o los sujetos y las consecuencias de derecho.

El Deber jurídico en *lato sensu* es la necesidad de observar una conducta conforme a una norma de derecho.

Consecuencias de derecho son todas aquellas situaciones jurídicas concretas que sobrevienen por virtud de los distintos supuestos previstos en las normas jurídicas.

Respecto de las "obligaciones reales o *propter rem*", se dará una breve noción más adelante; concretamente en el punto 1.4.5 referido como "Efectos de los derechos reales".

1.3 LOS BIENES.

En la definición gramatical del patrimonio se aprecia que se habla de los "bienes"; por ello, antes de entrar al análisis del elemento activo del patrimonio, en específico, los derechos reales, es preciso conocer qué son los bienes o cosas o "*res*", como también se les llama.

La primera tarea tendiente a conceptuar el bien en el universo del Derecho es distinguir el bien jurídico en sentido amplio y el bien de carácter estrictamente patrimonial. El primero comprende todo objeto merecedor de protección por el sistema legal y en cuyo contenido están toda clase de valores, bienes y derechos. El segundo, en cambio, es todo aquello de carácter económico susceptible de apropiación particular.⁷ Cabe aclarar que la primera descripción del bien es en sentido amplio y absorbe a la segunda. Ahora también, en la segunda descripción se habló de un "carácter económico"; explicando esto con las

⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1990. p. 299.

palabras de Rojina Villegas: "Desde en punto de vista jurídico, la Ley entiende por bien todo aquello que puede ser objeto de apropiación. Este significado es distinto del económico pues, en este sentido, bien es todo aquello que puede ser útil al hombre. Por tanto, aquellos bienes que no pueden ser objeto de apropiación, aún cuando sean útiles al hombre, no lo serán desde el punto de vista jurídico."

Continuando la explicación, es como se tiene que, la palabra "cosa" deriva del vocablo latino *causa* y en un sentido vulgar significa "todo objeto que existe en el mundo exterior y se halla fuera de nosotros".⁸ "las cosas, enseñan Planiol y Ripert, son bienes en el sentido jurídico no cuando son útiles al hombre sino cuando son apropiadas."⁹ El aire, el Sol, etc., son cosas útiles al hombre; sin embargo, no son bienes puesto que no pueden ser objeto de apropiación.

Para dar una explicación de lo que es "apropiación" se atenderá a lo que dice el Código Civil para el Estado de Guanajuato; en su Libro Segundo "De los bienes", concretamente en su artículo 791, que habla de que "pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio"; consecuentemente, si por bien entendemos todo aquello objeto de apropiación y las cosas que no estén excluidas del comercio tienen esa cualidad; bien es todo lo que puede ser objeto de apropiación, que es lo mismo a lo que esté en el comercio.

El término "apropiación" se refiere no sólo al derecho de propiedad, sino en general a todo el aprovechamiento de la cosa. Por lo que hace a la expresión "en el comercio" empleada; no se refiere a los actos de comercio reglamentados por el Código de Comercio, sino a comercio jurídico, es decir, susceptible de relaciones jurídicas.¹⁰

En el mismo orden de ideas, cuando se alude a que una cosa no está en el comercio, no debe entenderse que no es susceptible de enajenarse, o sea, que es inalienable; ya que hay cosas que son inalienables como lo es el patrimonio de familia pero que es objeto de propiedad particular y, por consiguiente, está en el comercio. Ahora bien, el artículo 792 de nuestro Código Civil indica un nuevo concepto al decir que pueden estar fuera del comercio las cosas que "por disposición de la ley, las que ella declare irreductibles a propiedad particular".

Enajenar o enajenación es el acto legalmente autorizado por el cual una cosa o un derecho perteneciente a una persona se pasa o transfiere a otra persona que lo adquiere en virtud de ese acto.

⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 40.

⁹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* p. 301.

¹⁰ *Ibidem.* p. 304.

1.3.1 CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES.

En el Derecho se hacen distintas clasificaciones de los bienes. En realidad le importan al Derecho sólo para fijar ciertas reglas que, tomando en consideración la naturaleza de los mismos, organiza éstos con las modalidades jurídicas distintas.¹¹

En razón a lo anterior, tomaré la clasificación que maneja José Alfredo Domínguez Martínez, y también en relación a los distintos bienes que se manejan en nuestro Código Civil.

1.3.1.1 BIENES CORPÓREOS Y BIENES INCORPÓREOS.

Los bienes corpóreos tienen un cuerpo físicamente considerado; ocupan un lugar en el espacio y, consecuentemente, pueden ser vistos y palpados. Por su parte, los bienes incorpóreos, en cambio, al ser intangibles, son creación y tienen una estructura estrictamente jurídica, no física (en esta clase de bienes están los derechos, sean reales o personales).¹²

1.3.1.2 BIENES MUEBLES Y BIENES INMUEBLES.

La distinción entre muebles e inmuebles debería partir de su naturaleza, de tal suerte que serían muebles aquellos que pueden trasladarse de un lugar a otro, ya sea por sí mismos, o por efecto de una fuerza exterior. En cambio. Los inmuebles serían aquellos que no pueden trasladarse de un lugar a otro; la fijeza es lo que les da ese carácter.

En el Derecho moderno se comprueba que, además de la distinción que se deriva de la naturaleza inherente a los bienes, se admiten categorías de cosas inmuebles, así como de los muebles; por consideraciones ajenas y aún contrarias a la misma naturaleza de ellos, bien sea por disposición de ley, o tomando en cuenta el destino o afectación de las cosas.¹³

Ahora también, tenemos que los bienes muebles son fungibles o no fungibles; dice el artículo 804 del Código Civil local: "Pertenece a la primera clase los que pueden ser reemplazados por otros de la misma especie, cantidad y calidad. Los no fungibles son los que pueden ser substituidos por otros de la misma especie, calidad y cantidad".

¹¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo IJI. 11ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003. pp. 269 y 270.

¹² DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* p. 305.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. 29ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998. p. 70.

1.3.1.3 BIENES DEL DOMINIO DEL PODER PÚBLICO Y BIENES PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES.

Conforme al Capítulo III del Libro Segundo del Código Civil para el Estado de Guanajuato, son bienes de dominio del poder público los que pertenecen a la Federación, a los Estados o a los Municipios. Estos bienes se dividen en bienes de uso común, bienes destinados a un servicio público y bienes propios. Son bienes propiedad de los particulares todas las cosas cuyo dominio les pertenece legalmente, y de los que no puede aprovecharse ninguno sin consentimiento del dueño o autorización de la ley.

1.3.1.4 BIENES MOSTRENCOS Y BIENES VACANTES.

Los bienes mostrencos son los muebles abandonados y los perdidos cuyo dueño se ignore.¹⁴

Son bienes vacantes los inmuebles ubicados en el territorio del Estado que no tengan dueño cierto y conocido. No se considera vacante el inmueble que tenga poseedor en las condiciones marcadas por la Ley para adquirir por prescripción.¹⁵

Aquí, nuestro Código Civil se refiere a la Prescripción Positiva o Adquisitiva, como él mismo la refiere, o Usucapión, como histórica y doctrinariamente, también se le puede llamar; ésta prescripción es la que el Código, en su artículo 1232, define al decir: "La adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva; la liberación de obligaciones, por no exigirse su cumplimiento, se llama prescripción negativa".

El poseedor es la persona que ejerce un poder sobre una cosa o derecho. Este concepto se estudiará con amplitud en el capítulo siguiente.

1.4 LOS DERECHOS REALES.

Hay derecho real cuando una cosa se encuentra sometida, completa o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, que se puede oponer a cualquier otra persona. Esta definición implica como carácter esencial del derecho real, la creación de una relación entre una persona y una cosa.¹⁶

1.4.1 COMPARACIÓN DE LOS DERECHOS REALES CON LOS DERECHOS PERSONALES.

¹⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* p. 320.

¹⁵ Código Civil para el Estado de Guanajuato, Artículo 823.

¹⁶ PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo III. Tr. José M. Cajica Jr., Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. p. 20.

El breve análisis anterior del derecho real da una idea perfecta de apariencias; da una idea de él. En otras palabras, hay autores que exponen teorías o tesis donde estiman que todo el patrimonio se integra con derechos reales, toda vez que los derechos personales no son sino una forma de los derechos reales; otros autores, asumiendo una postura totalmente contraria, afirman que todo el patrimonio se reduce a la existencia de derechos personales, llamados también derechos de crédito, ya que los derechos reales, no son sino una forma de aquéllos; así también hay otros autores que adoptan una postura ecléctica.

Preciso es, antes de citar a dichas teorías, dar una noción de derecho personal, citando la definición que da García Maynez de derecho real y de derecho personal: "El primero, es la facultad correlativa de un deber general de respeto que una persona tiene de obtener directamente de una cosa toda o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir; el segundo, es la facultad que una persona llamada acreedor tiene de exigir a otra, llamada deudor un hecho, una abstención o la entrega de una cosa.

En base a los anteriores párrafos, me permito dar una brevísima exposición sobre las citadas teorías; las cuales se pueden clasificar en tres grupos:

Primero.- La llamada Tesis Clásica o Dualista, que afirma que son dos cosas totalmente diferentes y opuestas los derechos reales y los derechos personales. Comprende dos variantes: a) La escuela de la exégesis de Francia y b) La teoría económica de Bonnetcase.

Segundo.- Las llamadas Tesis Monistas que afirman la identidad de los derechos reales y personales. A su vez tiene dos variantes: a) La tesis personalista, que identifica los derechos reales con los personales; y b) La tesis objetivista, que asimila los derechos personales con los reales.

Tercero.- Doctrinas Eclécticas que reconocen una identidad en el aspecto externo de ambos derechos y una separación o diferencia en el aspecto interno.

Ahora bien, los autores mexicanos como el mencionado García Maynez, Ernesto Gutiérrez y González y, en especial, Rafael Rojina Villegas; indican que la tesis aceptable es la clásica, ya que todas las demás teorías confunden el aspecto económico de los derechos y su naturaleza jurídica.

Es así como Julián Bonnetcase expone que el derecho real traduce la noción económica de riqueza y su única razón de ser es asegurar, mediante coacción exterior, la función del derecho: La apropiación de las riquezas (bienes).

Comparando ambos derechos patrimoniales en lo esencial, es decir, en razón a su diversa naturaleza, que nadie podrá desconocerla o discutirla, se expone:

A) La obligación en el derecho personal no existe más que contra una sola persona. Si hay varios deudores, están limitativamente determinados. El derecho personal es pues "relativo". En el derecho real, en cambio, la obligación es oponible a todo el mundo, es "absoluto", se da *erga omnes*.

B) El derecho real sólo impone, a todos, una simple "abstención"; su estructura es "sencilla". El derecho personal faculta para exigir una "prestación"; su estructura es mucho más compleja.¹⁷

C) La abstención que exige el derecho real en nada disminuye las facultades de las personas, ya que sólo deben respetar, por ejemplo, la propiedad. Los grava con una carga normal. En cambio, cuando el derecho personal exige una abstención, ésta disminuye facultades legales del deudor. Se impone al obligado una carga excepcional.

D) El derecho real no puede existir más que en relación con una cosa determinada individualmente, *in specie*; el derecho personal puede recaer sobre una cosa expresada por su número y su cantidad; *in genero*.

E) Las acciones procesales tutelan nuestros derechos. *Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debetur judicia perseguendi*, no es otra cosa la acción que el derecho de demandar en justicia lo que se nos debe. Pues bien, las acciones que tutelan un derecho real no se sabe nunca de antemano contra quién van a tener que ejercitarse, ya que se desconoce al posible trasgresor de ese derecho. En cambio, en el derecho personal, de antemano se sabe que en caso de incumplimiento, la acción será dirigida contra el deudor o sus fiadores, *actio in personam*. De los reales sólo se sabe que tendrán como objeto lo cosa misma, *actio in rem*.¹⁸

F) Otro punto interesante del derecho real que, aunque no forman en sí elementos de distinción, sí se refieren a aspectos del mismo; ya que al recaer el derecho real sobre una cosa determinada, confiere a su titular una doble prerrogativa o facultad: Un derecho de Persecución, y un derecho de Preferencia. El primero le asiste al titular del derecho real para poder ejercitarlo contra cualquier detentador de la cosa, cuando éste la detente en contra de la autorización de aquél, y así perseguir su cosa para el efecto de recuperarla y ejercitar el aprovechamiento que puede hacer de ella. El segundo, consiste en que el derecho real es oponible a todos los que posteriormente hayan adquirido sobre

¹⁷ DE IBARROLA, Antonio. *Cosas y Sucesiones*. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1964. p. 45.

¹⁸ *Ibidem*. p. 45.

la cosa un derecho real sobre la misma o de diferente naturaleza. Esto se entiende con la máxima "quien es primero en tiempo, es primero en derecho", y así, una persona que haya adquirido un derecho sobre la cosa, está obligado a respetar el derecho real que ya existía al momento de su adquisición.

Puede decirse, aclarando las ideas de la escuela clásica, que el objeto en el derecho personal es una conducta del deudor; y, en el derecho real un bien, una cosa, para respaldar de esta manera la distinción absoluta entre la simple conducta que debe prestar el deudor en el derecho personal y el aprovechamiento económico que tiene el titular en el derecho real para usar, gozar o disponer de una cosa. Por último, el derecho real es oponible a terceros, confiere un derecho de preferencia; se caracteriza como un derecho absoluto, valedero contra todo el mundo. Nadie puede perturbar al titular en el aprovechamiento de la cosa; si es perturbado, el titular tiene una acción llamada persecutoria para recuperar la cosa cuando es desposeído.¹⁹

Cabe siempre diferenciar el derecho de su ejercicio. Se recuerda que derecho subjetivo es la facultad jurídica, derivada de una norma de derecho objetivo, por virtud de la cual un sujeto está autorizado para interferir lícitamente en la esfera de derecho de otro sujeto o para impedir que un tercero interfiera en su esfera de derecho o en su conducta. Los derechos reales son subjetivos.²⁰

1.4.2 CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

Los derechos reales pueden ser clasificados desde distintos puntos de vista, pero la siguiente clasificación es la que tiene real importancia pues en base a ésta es como se desglosa el estudio de los derechos reales en particular.

1.4.2.1 DERECHOS REALES DE APROVECHAMIENTO Y DERECHOS REALES DE GARANTÍA.

Esta clasificación descansa en la naturaleza del poder jurídico directo e inmediato que ejerce el titular sobre los bienes, pues en tanto que en los derechos de aprovechamiento ese poder se manifiesta en la facultad de uso, de goce, de disposición o consumo material; en los derechos de garantía, la facultad tiene únicamente como objeto exigir la venta de la cosa en caso de incumplimiento de la obligación principal, para

¹⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 13. p. 22.

²⁰ DE IBARROLA, Antonio. *op. cit.* p. 56.

obtener un pago preferente con el producto de los bienes²¹ que son rematados previamente.

1.4.3 FUENTES DE LOS DERECHOS REALES.

Tiene interés aplicar el llamado “supuesto jurídico”, que García Maynez define como la hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias establecidas en la norma, para indicar las fuentes de los derechos reales, pues éstos se presentan como consecuencias que, para nacer o constituirse, requieren determinados supuestos jurídicos. Estos supuestos se clasifican en Hechos, Estados y Actos jurídicos.

1.4.3.1 HECHOS JURÍDICOS.

Los hechos jurídicos son aquellos acontecimientos naturales o ejecutados por el hombre que producen consecuencias de derecho, sin que intervenga el propósito o intención humana para originar esas consecuencias, distinguiéndose así la categoría de hechos jurídicos Voluntarios lícitos o ilícitos, los Involuntarios y Contra la voluntad.

1.4.3.2 ESTADOS JURÍDICOS.

Los estados jurídicos pueden clasificarse desde dos puntos de vista: a) Estados jurídicos naturales y estados jurídicos del hombre; y, b) Estados de hecho y estados de derecho.

Tanto los estados jurídicos naturales, como los del hombre, producen consecuencias jurídicas; y por lo que se refiere a la presente materia, se presentan en ocasiones como fuentes de derechos reales. Entre los estados naturales que son fuente de derechos reales puede citarse, como ejemplo, la existencia de minerales en el subsuelo. Se puede mencionar, como estado jurídico del hombre susceptible de generar derechos reales, la ocupación permanente de las cosas sin dueño que, principalmente, tiene interés como forma histórica en la adquisición de tierras.

1.4.3.3 ACTOS JURÍDICOS.

El acto jurídico puede definirse como la declaración o manifestación de la voluntad hecha con el objeto de producir determinadas consecuencias, las cuales son reguladas por el Derecho para la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones.

²¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p.146.

En consecuencia son elementos de existencia del acto jurídico, los siguientes:

A) Que la declaración o manifestación de la voluntad sea hecha con el objeto de producir determinadas consecuencias previstas y reguladas por el Derecho.

B) Que el o los objetos de la declaración o manifestaciones de la voluntad, o de las consecuencias que con ellas se pretenden, así como su motivo, fin o condición, sean posibles física y jurídicamente.

Para que el acto jurídico sea válido, supuesta su existencia, se requieren:

A) La capacidad, que es la aptitud de adquirir un derecho, o para ejercerlo o disfrutarlo,²² en el autor o autores del acto.

B) La ausencia de vicios en la voluntad; es decir la ausencia de error, mala fe, violencia o dolo, o sea la maquinación o artificio usado para engañar a otro; los cuales son causas que provocan que el declarante no tenga conciencia de la realidad o no manifieste libremente su decisión.

C) La forma, que es la figura, manera, estilo o apariencia exterior de los actos jurídicos, cuando la ley así lo exige.

D) La licitud, que es la calidad de ser justo, permitido, según justicia y razón, ajustado o derecho; la licitud debe ser en el objeto, motivo, fin o condición del acto.

Por lo que se refiere a la presente materia, para determinar cuándo un acto jurídico es fuente de derechos reales, constantemente se encuentra la aplicación en el derecho legislado al reglamentar a los derechos reales.

En rigor, no hay fundamento para excluir el acto jurídico unilateral, que es el acto jurídico donde la voluntad proviene de una sola persona; como el legado o el testamento; sin embargo, no hay que confundir el ejercicio de un derecho con la existencia del mismo; equivaldría a confundir la libertad jurídica con los derechos subjetivos. Esto se explica en razón de que para la constitución del derecho real, es necesario se cumplan un conjunto de supuestos y el más importante es que, por ejemplo, el legatario tenga capacidad y acepte dicho derecho real. Efectivamente, el ejercicio de un derecho supone la aceptación y conformidad de su titular; y nadie podrá obligarlo a hacerlo valer, salvo los casos de excepción establecidas en la ley.²³

De todo lo anterior se concibe una idea de acto jurídico en general y sólo un poco en el sentido particular de los que son fuente de derechos reales: así que, para aumentar

²² DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986. p. 138.

²³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 190 y ss.

este aspecto, se hará mención de algunos actos jurídicos que, a propio parecer, son los más importantes para el objetivo de dicho aspecto:

El Contrato. El contrato es un convenio que produce o transfiere obligaciones y derechos.²⁴ El convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Lo anterior indica que el contrato no sólo se define como fuente de obligaciones, sino también como forma constitutiva de derechos. El Código Civil local lo aclara, al referirse a los derechos reales en particular, reconoce que el contrato es forma constitutiva de los mismos; ahora bien, en su Capítulo que trata sobre los contratos, no fija el contenido de los derechos reales que pueden ser creados por el contrato; y ya que, el objeto de éste solo es limitado en ciertos requisitos, en estos términos, no existe ninguna imposibilidad para que, por contrato, se puedan crear derechos reales.

La ley. La ley es un acto jurídico de carácter público, en virtud de que consiste en una manifestación de la voluntad del órgano legislativo para producir consecuencias de derecho. Esta manifestación de la voluntad tiene por objeto crear normas jurídicas. Puede decirse que la ley es la fuente primordial causa constitutiva de derechos reales. Sin embargo, la ley representa una situación jurídica abstracta que sólo puede transformarse en concreta, si ocurre un supuesto jurídico previsto por la misma. Tomando en cuenta estas consideraciones, procede distinguir dos maneras de constitución de derechos reales cuya fuente es la ley: a) Derechos reales que nacen ante la disposición de la ley por circunstancias ya realizadas o por realizarse, y; b) Derechos reales que la ley crea, pero que necesita una determinación judicial, en virtud de que no pueden tener vigencia efectiva sino hasta que se determine su ejercicio por el Juez.²⁵

El Juez es la autoridad en el proceso que aplica la norma general al caso concreto.

Proceso es el conjunto de actos jurídicos ordenados y concatenados entre sí, que tiene por finalidad aplicar la norma general al caso concreto.

La Sentencia. La sentencia es la determinación o decisión que dicta un Juez; el cual aplica la norma jurídica general a un caso concreto y resuelve el conflicto de intereses llevado a su conocimiento. El objeto de la sentencia es el que tiene mayor interés para precisar su función creadora como fuente de derechos reales. La sentencia como todo acto jurídico puede crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y

²⁴ Código Civil para el Estado de Guanajuato. Artículo 1280.

²⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 190 y ss.

obligaciones. Por lo tanto, toda sentencia puede cumplir alguna o varias de las funciones mencionadas.

El Embargo. El embargo, propiamente dicho, es un acto procesal es decir, que produce efectos en el proceso, por virtud del cual se aseguran bienes, según la naturaleza de los mismos, para que estén a las resultas de la sentencia.

Para reconocer el carácter real de los derechos que se originan con el embargo, se cita la tesis localizada en el Tomo LXI, Pág. 751, que dice: “EMBARGO, EFECTOS DE INSCRIPCIÓN DEL.— Por virtud de la anotación o inscripción de un embargo, el embargante adquiere derechos de los cuales no puede privársele por medio de una inscripción posterior a la propiedad...”. Con el embargo nace un poder jurídico directo del embargante sobre los bienes determinados asegurados, pero en funciones de garantía, o sea, para hacerse pago de su crédito, previo el remate correspondiente. Consecuentemente, se destaca que la finalidad del embargo no se opone a la de los derechos reales de garantía.²⁶

1.4.4 TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

Por transmisión se debe entender lo mismo que enajenación.

En el Código Civil local no se ha reglamentado la transmisión de los derechos reales; en cambio, si encontramos capítulos dedicados a la transmisión de obligaciones.

Según lo expuesto, en principio, se pueden aplicar las reglas que establece el citado Código para la transmisión de obligaciones, considerando que tales normas propiamente pueden interpretarse con un alcance general para la transmisión de derechos patrimoniales. Sin embargo, se destaca que, en ocasiones, la ley alude exclusivamente al acreedor (sujeto activo) y al deudor (sujeto pasivo), tomando en cuenta la especial estructura de la relación jurídica de obligación, por lo que en tales casos no será posible proceder por analogía.

Puede decirse que el sujeto activo de un derecho real o de un derecho personal es libre, en principio, siendo persona capaz, para transferir un derecho y que esta transferencia se opera por contrato. El contrato es el principal acto jurídico que no sólo sirve para constituir derechos reales; sino también para transferirlos. “Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.”,²⁷ en este precepto no se distinguen respecto de la transferencia de derechos personales y

²⁶ *Idem.*

²⁷ Código Civil para el Estado de Guanajuato, Artículo 1280.

derechos reales, por lo que se entiende que abarca ambos casos. La transferencia que se lleva a cabo por contrato se denomina transmisión a título particular debido a que el sujeto activo cede un derecho determinado. Existe, además, la transmisión a título universal por causa de muerte, es decir, por herencia. Sólo se exceptúan causas especiales en donde prevalece el interés público, de tal manera que el principio de autonomía de la voluntad, facultad de realizar o no determinados actos jurídicos y de realizarlos en la forma en que las partes lo consideren conveniente, cede su puesto a intereses o valores de mayor rango. Existen poderes jurídicos concedidos exclusivamente al titular, transformándose tales derechos en facultades personalísimas o inherentes a un sujeto determinado. Tal es el caso del derecho de uso que no puede transmitirse por herencia o contrato; los derechos reales de servidumbre sólo son transmisibles en unión con el predio dominante, dada la imposibilidad jurídica de separar tales gravámenes del fundo en cuyo favor se encuentren constituidos.²⁸ Del uso y la servidumbre se hablará más adelante.

Realizándose la cesión de derechos reales por virtud de un contrato, es evidente que deberán cumplirse los elementos esenciales, o de existencia, y validez que enumeran los artículos 1281 y 1282 de nuestro Código Civil; es decir, para la existencia del contrato debe haber consentimiento y objeto posible: en cuanto a la validez, este mismo, deberá ser otorgado por personas capaces, sin vicios en cuanto al consentimiento, con las formalidades legales y proponiéndose un objeto, motivo o fin lícitos.

En la materia de formalidades deberá determinarse, en cada caso, la naturaleza del acto jurídico que se realice, pues la transferencia de derechos reales puede implicar una compraventa, una donación, etc.; es decir, la cesión de derechos reales puede ser a título oneroso o gratuito. En ambos casos se trata de enajenación de bienes. Por consiguiente, deberán aplicarse, en principio, las formalidades relativas a los diversos tipos de enajenación.²⁹

1.4.5 EFECTOS DE LOS DERECHOS REALES.

Los efectos de los derechos reales deben estudiarse desde dos puntos de vista: a) Efectos relativos al ejercicio pacífico de un determinado derecho real; y, b) Efectos referentes a la violación de derechos reales.

Conviene comparar el principio general que existe en materia de obligaciones y contratos por lo que se refiere a los efectos y consecuencias de la relación jurídica con la

²⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 242 y 243.

²⁹ *Ibidem*. p. 244.

materia propia de los derechos reales; dicho principio establece que las obligaciones y contratos sólo surten efectos entre las partes, *res Inter alios acta*. Dado el carácter oponible de los derechos reales, sus efectos son valederos *erga omnes*, no obstante que deriven de un contrato que, por su naturaleza, sólo surta efectos entre las partes. Puede decirse que la oponibilidad de derechos reales que nacen de un contrato, no se establece en función de éste, sino en virtud de la naturaleza real de tales derechos. Esta conclusión se robustece al reflexionar que los derechos reales pueden constituirse por testamento, acto jurídico unilateral, ley o sentencia; de tal manera que su naturaleza jurídica no depende de su fuente, pues cualquiera que sea ésta, se mantiene la oponibilidad derivada de su carácter absoluto y, por lo tanto, existirán siempre las acciones reales persecutorias y de preferencia, como garantías de ese carácter valedero *erga omnes*.³⁰

Después de haber indicado los efectos entre las partes y con relación a terceros, conviene ahora clasificar los derechos reales, tomando en cuenta tres categorías, para establecer las distintas relaciones jurídicas que en cada una de ellas se presenten. Estas categorías son:

Primera.- La de los derechos reales absolutos en forma exclusiva. Derecho de propiedad.

Segunda.- La de los derechos reales absoluto-relativos de primer grado. El usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre y la copropiedad.

Tercera.- La de los derechos absoluto-relativos de segundo grado. Los derechos reales de garantía, la prenda y la hipoteca.

En la primera categoría, sólo se encuentra un sujeto pasivo universal y un sujeto determinado con un poder jurídico total de aprovechamiento respecto de un bien, claro que sin afectar la esfera de derecho de otra persona; por ejemplo un vecino colindante. La segunda categoría comprende relaciones jurídicas concretas entre el titular y el nudo propietario³¹; este último es el propietario de una cosa, desprovisto de la facultad de goce o disfrute de la misma, quien reporta obligaciones de carácter patrimonial positivas o negativas, cuya naturaleza varía según el derecho real de que se trate. Las mencionadas obligaciones, son *propter rem*, es decir que se refieran a la cosa, que siguen al propietario o poseedor de ésta; que se extinguen por el abandono o por la destrucción del bien; que establecen una responsabilidad limitada al monto o valor de la cosa, para el caso de

³⁰ *Ibidem*. pp. 253-259.

³¹ *Idem*.

incumplimiento, en el sentido de que no podrá exceder al importe de ese valor, pero, como es natural, si podría ser de menor cuantía.

Por último, en la tercera categoría se establecen relaciones muy especiales entre el titular y un sujeto pasivo determinado, que es el dueño de la cosa gravada; a este dueño no se le denomina nudo propietario, sino simplemente constituyente del gravamen; la característica especial de estos derechos se deriva de su naturaleza accesorio; por servir de garantía a un derecho personal que se constituye como principal.³²

Respecto al cumplimiento de los derechos reales, se seguirá tomando en cuenta las categorías indicadas; debido a los distintos aspectos que se presentan.

En la primera categoría, el sujeto pasivo indeterminado cumple su obligación absteniéndose de ejecutar actos que impliquen la violación de los derechos reales. En la segunda categoría, se encuentra que el cumplimiento afecta a dos sujetos, el universal indeterminado y el pasivo determinado; este último tiene en cada derecho obligaciones especiales y, por tanto, el cumplimiento de estos podrá presentarse a través de simples abstenciones, si se trata de obligaciones de no hacer; o por la ejecución de ciertos actos, si se trata de obligaciones de hacer. Los derechos reales, en la tercera categoría, además de ser oponibles al sujeto pasivo universal, lo son también el dueño de la cosa gravada, o sea el sujeto pasivo determinado, quien cumple sus obligaciones manteniendo la garantía en estado de responder a la obligación principal; de manera que este sujeto pasivo tiene la obligación de no ejecutar actos que disminuyan la garantía, o que la hagan insuficiente; y, a su vez, la obligación de carácter positivo de mejorar la garantía, cuando por causa de fuerza mayor, caso fortuito o su culpa, se ha demeritado, esta mejora puede manifestarse aumentando el valor de la cosa dada, o bien, otorgando nueva garantía sobre cosa distinta; en general, en estos derechos, el sujeto pasivo determinado, aún cuando tiene el derecho de disponer jurídicamente, o sea, enajenarla para que si pasa a un tercero, éste reporte el gravamen; pero no puede disponer materialmente de la cosa, ejecutando actos de transformación, modificación o de consumo.³³ El "caso fortuito" es el acontecimiento que no ha podido ser previsto, pero aunque lo hubiera sido, no habría podido evitarse. La "fuerza mayor" es un aspecto del caso fortuito reservado para los accidentes naturales y aquellos actos de tercero por el cual no se responde de manera directa.

Ahora, para poder tratar de las acciones que otorga el ordenamiento jurídico para proteger al titular de un derecho real en contra de los actos violatorios; es decir, contra los

³² *Idem.*

³³ *Idem.*

actos que transgreden o infringen un derecho como una norma que permite exigir su cumplimiento forzoso o la reparación del daño, o sea, la pérdida o menoscabo en el patrimonio por falta de cumplimiento de una obligación; es necesario también distinguir las tres categorías de derechos que se ha venido estudiando; esta diferencia es necesaria ya que las acciones que se otorgan al titular son diversas según son las categorías del derecho violado.

En la primera categoría, la violación de un derecho real implica un hecho ilícito en sentido estricto; es decir, un acto realizado con la intención de dañar o, sin intención, pero que se ejecute con culpa; en la culpa no existe la intención de causar daño, pero el resultado es igual al del hecho delictuoso. Como todo mundo tiene la obligación general de respeto para los derechos reales ajenos, la violación de éstos puede llevarse a cabo por un delito, o sea, el acto u omisión sancionada por la Ley penal; o por un cuasidelito; es decir, el acto dañoso realizado sin la intención de producir un mal, pero del que se deriva una responsabilidad civil para su autor³⁴: en uno y otro caso, el titular del derecho real tiene una acción de reparación del daño (se produce un fenómeno importante, el de que el hecho ilícito es fuente de obligaciones); además de esta primera situación, tenemos otro aspecto en que el titular ejercita una acción; esto ocurre cuando se intenta la acción persecutoria de la cosa.³⁵

Generalmente se dice que las acciones reales se intentan en contra de aquel que tiene en su poder la cosa; sin embargo es una expresión imprecisa; no se sabe en la denominación "persona que tiene en su poder la cosa", si la tiene como poseedor originario o civil, o como poseedor derivado, es decir, en nombre ajeno; ambos ejercen un poder sobre la cosa. Las acciones reales se ejercen en contra de los poseedores delictuosos. Si alguien es privado de su propiedad por un robo, y el ladrón da en arrendamiento el bien, la acción real no va a ejercitarse en contra del arrendatario, sino del poseedor delictuoso. Los conceptos mencionados en este párrafo relativos a la posesión se explicarán en el capítulo respectivo.

En la segunda categoría de derechos reales supone dos casos de violación, toda vez que hay dos sujetos pasivos: 1.- La violación que ejecuta un tercero, en cuyo caso se aplican las consideraciones anteriores, y 2.- La violación que lleva a cabo un sujeto pasivo determinado por el incumplimiento de sus obligaciones de hacer o de no hacer, establecidos para cada derecho real. La acción que se concede en estos casos al titular

³⁴ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* pp. 194 y 207.

³⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 253-259.

del derecho, tiene por objeto exigir simplemente el cumplimiento de la prestación o de la abstención. En este caso, cuando los derechos reales nacen de un contrato, ocurre lo mismo que para las obligaciones personales, en que el titular del derecho puede exigir la rescisión del contrato. Existe la posibilidad, también, de que el sujeto pasivo se libera abandonando la cosa. En la tercera y última categoría de derechos reales, es decir, los llamados accesorios o de garantía; hay que distinguir dos situaciones: 1. Violación propiamente del derecho real durante la época en que la garantía está en reserva, es decir, antes de que se sepa si se cumplirá la obligación principal. Durante este período se puede violar el derecho real mediante actos que hagan insuficiente la garantía; o bien, por la negativa a mejorarla. En el primer caso, cuando el dueño de la cosa gravada disminuye la garantía, hay una violación directa del derecho real; la acción que se concede es la de mejora de la garantía, y si no es posible, porque no pueda el deudor dar otra, se resuelve el problema concediendo al acreedor la acción de exigir el cumplimiento anticipado de la obligación principal. Lo mismo sucede cuando la garantía se hace insuficiente por caso fortuito y el deudor no la mejora. 2. El segundo caso de incumplimiento que se presenta en los derechos reales de garantía, está en relación con el derecho principal. Supone que el deudor no cumple la obligación; este acto en rigor es una violación del derecho personal; ahora bien, la violación de éste faculta al titular del derecho real de garantía, para ejecutar sus acciones, consistentes en embargar o asegurar la cosa en el juicio correspondiente, proceder al remate o venta judicial de la misma y obtener una preferencia en el pago.³⁶

1.4.6 EXTINCIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

En el estudio relativo a la extinción de los derechos reales se tratarán, primero, las causas generales de extinción en todos los derechos reales; y, segundo, las causas especiales de extinción para ciertos derechos reales especialmente para los de garantía.³⁷

1.4.6.1 LAS CAUSAS GENERALES DE EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES.

Estas causas, como su nombre lo indica, son formas que se presentan en la mayoría de los derechos reales; ya que en la propiedad no se dan los casos de extinción por prescripción negativa, renuncia y vencimiento del término. A continuación se verán las diversas formas generales de extinción de derechos reales:

³⁶ *Idem.*

³⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 261-266.

Prescripción Negativa. La prescripción negativa, o sea la pérdida del derecho por su no ejercicio en cierto plazo (o término), es una forma común de extinción en los derechos reales y en los personales. Sin embargo, existen ciertos derechos imprescriptibles.

Nuestro Código Civil, al regular la prescripción negativa, alude únicamente al caso de liberación de obligaciones. Esta limitación es indebida y debe complementarse el concepto refiriéndolo tanto a los derechos reales como a los personales. Al efecto, puede definirse a la prescripción negativa diciendo que es una forma de extinción de derechos reales o personales, por el no ejercicio de los mismos dentro de los plazos generales o especiales que señala la ley, con las excepciones que la misma consagra.

Renuncia. Otra causa común de extinción para los derechos reales o personales, es la remisión o renuncia del derecho. Esta renuncia implica un acto jurídico unilateral; y al operar de esta manera se convierte en irrevocable desde el momento que se hace sin que el sujeto pasivo tenga que aceptarla. Por consiguiente, el sujeto activo, una vez declarada la renuncia no podrá ya revocar el acto jurídico.

En nuestra Ley sustantiva, aún cuando la renuncia se estudia a propósito de las formas de extinción de los derechos personales, por su naturaleza es evidente que también se aplica a los derechos reales.

Rescisión. La rescisión se presenta como otra de las formas de extinción de derechos reales y personales; sólo que se concreta exclusivamente a las causas en que estos derechos tienen su fuente en un contrato.

El efecto jurídico de la rescisión es el mismo que el de la nulidad, o sea, extinguir los derechos creados por virtud del contrato y volver las cosas a su estado anterior, cuando ello es posible.

Nulidad. El derecho real, o el personal, que nace de un acto afectado de nulidad absoluta, no queda convalidado por el transcurso del tiempo, como acontece con la nulidad relativa, será menester entonces que el derecho real venga de un título distinto de adquisición. En la nulidad, es conveniente distinguir causas que pueden llamarse de extinción directa y causas de extinción indirecta o por vía de consecuencia. Las causas de extinción directa, afectan a los actos jurídicos que generan determinado derecho real; de tal manera que si el acto jurídico adolece de algún vicio, no produce efectos, o bien, los efectos provisionales que existen, se destruirán retroactivamente, cuando se pronuncie la sentencia de nulidad; y, consecuentemente, el derecho real que pretende crearse por virtud del acto nulo, se extinguirá.

El acto jurídico que origine un derecho real puede ser válido, pero el acto jurídico anterior, o bien el primitivo, pueden ser nulos y, entonces, a través de nulidades sucesivas, se llega a la extinción de un derecho real, lo cual opera por vía de consecuencia; referente a este aspecto, el Código Civil local determina en su artículo 1733 que: "Todos los derechos reales y personales transmitidos a terceros sobre un inmueble, por una persona que ha llegado a ser propietario de él en virtud de un acto anulado, quedan sin valor alguno y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual mientras que no se cumpla la prescripción, observándose lo dispuesto para los terceros adquirentes de buena fe". Del artículo citado se deduce una regla que termina por consagrarse como general con lo que determina el artículo 2501 que dice: "Los actos o contratos que se otorguen o celebren por personas que en el Registro aparezcan con derecho para ello, no se invalidarán, en cuanto a tercero registral de buena fe; una vez inscritos, aunque después se anule...". Para que el sistema de protección al tercero adquirente sea observado, el tercero debe ignorar los vicios de origen, de lo contrario será de mala fe; y, además, en base al segundo párrafo de este último artículo, debe ser adquirente a título oneroso, y que el acto no viole una ley prohibitiva o de interés público. Al referirse al "Registro" se está aludiendo a la Oficina del Registro Público de la que habla nuestro Código Civil en su respectivo Título.

Pérdida o perecimiento de la cosa. Evidentemente que siendo el derecho real un poder jurídico que se ejerce sobre bienes determinados, cuando el bien se pierde o perece, faltará el objeto indirecto sobre el cual puede recaer el derecho y, consecuentemente, éste se extingue.

Consolidación. Se entiende por consolidación la reunión en una misma persona de las cualidades de propietario y titular de un derecho real distinto del dominio que lo estaba afectando. Se parte de la base de que existen dos derechos reales diferentes: primero, el de propiedad, llamado en este caso nuda propiedad, y segundo, un derecho real distinto. Claro, se extingue el segundo.

Vencimiento del término. Es evidente que si se ha señalado un plazo para el ejercicio de un derecho real, al llegar al término, el derecho concluirá. La llegada del término origina la extinción del derecho. Pero en aquellos casos en que el derecho es vitalicio, la muerte del titular, antes de que se cumpla el término, origina la extinción del derecho. Respecto de los derechos reales de garantía, como se tratan de derechos accesorios, que siguen la suerte del principal, no existe la posibilidad de fijar un plazo

mayor a los primeros sobre el segundo, pero sí la de que tengan un término menor de duración.

Revocación. La revocación se presenta cuando, tratándose de un dominio revocable, llega el momento de la revocación. Puede formularse como regla general al respecto, la siguiente: nadie puede constituir derechos reales sobre bienes de su propiedad, sino bajo las condiciones y limitaciones a que está sujeto su derecho. Por tanto, cuando el propietario tiene un derecho limitado, condicional o revocable; los derechos que constituya tendrán esa naturaleza. Nadie puede dar más de lo que tiene.³⁸

Condición resolutoria. Es el cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto, con lo que se resuelve la obligación, volviendo las cosas al estado que tenían como si la obligación no hubiere existido.³⁹

1.4.6.2 LAS CAUSAS ESPECIALES DE EXTINCIÓN DE DERECHOS REALES.

Ya se ha explicado que en los derechos reales que son vitalicios como lo pueden ser el usufructo, el uso y la habitación; se extinguen por la muerte de su titular. En los demás derechos reales la muerte no origina la extinción del derecho, por consiguiente, son facultades que se transmiten hereditariamente. Ahora, en los derechos reales mencionados, que se crean en forma gratuita; constituye una forma de extinción el no otorgamiento de la fianza, o sea la garantía personal prestada para el cumplimiento de una obligación, correspondiente.

Respecto de los derechos reales de garantía, además de la extinción por vía directa, se tiene la extinción por vía indirecta, es decir, por vía de consecuencia; pues si se extingue la obligación principal necesariamente sigue igual suerte lo accesorio.

1.4.7 LOS DERECHOS REALES EN PARTICULAR.

Corresponde ahora iniciar el estudio de cada uno de los derechos reales que establece la ley y que pueden figurar como elementos integrantes del elemento activo del patrimonio.

El primero de esos derechos, y el más importante, es la propiedad, el cual es el derecho real más amplio y, en ese sentido, se puede estimar que todos los demás son como secciones o desmembraciones de éste; ya que el aprovechamiento total se presenta en la propiedad; el parcial, por su parte, se da en los demás derechos reales.

³⁸ *Idem.*

³⁹ Código Civil para el Estado de Guanajuato. Artículo 1428.

1.4.7.1 LA PROPIEDAD.

Aplicando la definición de derecho real a la propiedad, se dirá que ésta se manifiesta en el poder jurídico que una persona ejerce en forma directa e inmediata sobre una cosa para aprovecharla totalmente en sentido jurídico, siendo oponible este poder a un sujeto pasivo universal, por virtud de una relación que se origina entre el titular y dicho sujeto.⁴⁰

No obstante, esta definición es más literaria que real ya que la propiedad siempre ha reconocido limitaciones y modalidades para “aprovecharla totalmente”.

El poder jurídico total significa que el aprovechamiento se ejerce bajo la forma de uso, disfrute y disposición de la cosa, o que se tiene simplemente la posibilidad normativa de ejecutar los actos de dominio y administración, aún cuando no se ejecuten. Se trata de un aprovechamiento jurídico no económico.⁴¹

El uso, *ius utendi* o *usus*, implica la facultad de servirse de la cosa, es decir, aprovecharse constantemente de la cosa, sin alterarla. El uso no implica aprovecharse de los frutos.

El disfrute, *ius fruendi* o *fructus*, implica el uso y la apropiación de los frutos de la cosa. los frutos no alteran la sustancia de la cosa, por ejemplo, las crías de animales, los réditos de los capitales, etc., en cambio, los productos implican una desintegración del bien como lo son los metales extraídos de una mina.

La disposición, *ius abutendi* o *abusus*, implica la facultad material de consumir, transformar o, incluso, destruir la cosa; y, jurídicamente, la facultad de enajenarla. En los demás derechos reales, distintos de la propiedad, no se encuentra esta característica de disposición total.

Ahora, respecto a las limitaciones, en primer lugar hay que tener una noción de limitación y ésta es la carga positiva, o bien la abstención, que el legislador impone a los titulares de derechos, a efecto de que no los ejerciten contra el interés de otros particulares o bien el interés general.⁴²

En el Código Civil local se establecen varias limitaciones al derecho de propiedad; unas en beneficio de particulares, otras en beneficio de la colectividad en general. De esta manera se hacen factibles todas las restricciones posibles y, de hecho, no se ha dejado de rodear la propiedad sobre todo a la inmueble.

⁴⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 13. pp. 78 y 79.

⁴¹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 293.

⁴² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 203.

Así se tiene, primero, limitaciones en beneficio de los particulares que el propietario de un inmueble debe observar como lo son las limitaciones al derecho de construir (o excavar), artículos 835, 837 y 845 del citado Código; limitaciones al derecho de recibir luces, artículo 841; limitación al derecho de vistas, artículo 843; y limitación al derecho de plantar, artículo 838. Así también se pueden considerar las limitaciones que tratan los Capítulos II al V, del Título Séptimo en el Libro Segundo del mencionado Código, llamadas servidumbres legales; y, segundo, las limitaciones en beneficio de la colectividad en general; como lo son las limitaciones al derecho de construir, artículo 836, y la limitación por uso abusivo del derecho real, artículo 832.

Respecto de las modalidades, en sentido estricto, se comprenden exclusivamente a la condición y al término. Ya se ha hecho mención a la condición que transmite la propiedad como derecho real; la cual es la condición resolutoria. Respecto del término, como modalidad, éste debe ser entendido como un acontecimiento futuro de realización cierta, es decir, que necesariamente habrá de ocurrir; del cual depende la eficacia, suspensión o extinción de efectos de un acto jurídico, de un derecho o de una obligación.⁴³ Ahora bien, cuando el plazo se aplica al derecho real de propiedad, resulta una "propiedad temporal", es decir, la propiedad que tiene una persona sólo durante cierto tiempo, en virtud de haberse estipulado así en el título de adquisición y permitirlo la ley.⁴⁴ Este tipo de propiedad es excepcional, y sólo es posible su existencia cuando lo autoriza la ley, ya que los particulares no la pueden establecer al amparo del principio de la autonomía de la voluntad; así el legislador consideró a este tipo de propiedad como una institución que entorpecía la circulación de la riqueza, prohibiendo así la venta con pacto de retroventa, en el artículo 1800 de nuestro Código Civil. Sin embargo, en el Derecho Mercantil, es decir, el conjunto de normas relativas a los comerciantes y a los actos de comercio; si se presenta este tipo de propiedad excepcional autorizada por la ley; por ejemplo, en el llamado "contrato de reporto" donde por virtud de éste "el reportador adquiere por una suma de dinero la propiedad de títulos de crédito, y se obliga a transferir al reportado la propiedad de otros tantos títulos de la misma especie en el plazo convenido"⁴⁵; es cierto que en este contrato se trata de cosas fungibles: por lo que nada impide que se devuelvan, al final de la operación, los mismos títulos recibidos. Otro contrato semejante es "el fideicomiso" contemplado también en el derecho mercantil.

⁴³ ROJINA VILLEGAS. Rafael. *op. cit. supra* nota 5. p. 150.

⁴⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ. Ernesto. *op. cit.* p. 241.

⁴⁵ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Artículo 259.

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, en su artículo quinto dice que son títulos de crédito: “Los documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna.”

1.4.7.1.1 MEDIOS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

Los medios de adquirir la propiedad pueden clasificarse en tres distintos puntos de vista:

Primero. Adquisición a título universal y a título particular. Se entiende por adquisición a título universal aquella por la cual se transfiere el patrimonio como universalidad jurídica, o sea, como conjunto de derechos y obligaciones, constituyendo un activo y un pasivo. La forma de adquisición a título universal reconocida en nuestro Derecho es la herencia, ya sea legítima o testamentaria cuando en esta última se instituyen herederos, cuando se instituyen legatarios, hay transmisión a título particular. En toda herencia legítima, llamada sucesión *ab-intestato*, hay una transmisión a título universal, porque únicamente se instituyen herederos. La ley llama a heredar a determinadas personas, a falta de testamento. Cada heredero adquiere una parte alícuota del patrimonio heredado; se trata de una adquisición universal, porque comprende al activo y el pasivo.⁴⁶ La herencia según el artículo 2537 de nuestro Código Civil es la sucesión, es decir, la sustitución de una persona (el difunto o *de cuius*, autor de la herencia) por otra (el heredero) “en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.”. Legado, es una disposición testamentaria, en virtud de la cual el autor de la herencia establece qué persona o personas determinadas recibirán una cosa, una porción de bienes a título particular, o algún hecho o servicio determinado, para después de su muerte.⁴⁷

La transmisión a título particular es aquella en que se transmite el dominio de bienes determinados. No existe posibilidad de transmitir por contrato una universalidad jurídica. La forma habitual de transmisión a título particular es el contrato.

Segundo. Adquisiciones primitivas y derivadas. Por forma primitiva de adquisición se entiende aquella en la cual la cosa no ha estado en el patrimonio de determinada persona, de suerte que el adquirente de la cosa no la recibe de un titular anterior, sino que ha permanecido sin dueño, siendo el primer ocupante de la misma. Las formas

⁴⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 308-325.

⁴⁷ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 581.

primitivas de adquisición se presentan en la ocupación, que constituye históricamente el medio principal de adquirir la propiedad, y en la accesión, en algunas de sus formas.

La ocupación supone que el adquirente entra en posesión de bienes que no tienen dueño, y que ejercita su posesión con el ánimo de adquirir el dominio, por lo cual no hay transmisión de un patrimonio a otro. La ocupación se observa, actualmente, como una forma de adquirir bienes muebles determinados.⁴⁸ Dificilmente puede darse respecto de inmuebles pues el dominio de tierras y aguas pertenece originariamente a la Nación.⁴⁹

La accesión es un medio de adquirir la propiedad mediante una extensión del dominio. Todo lo que se una o incorpore natural o artificialmente a una cosa, pertenece al dueño de ésta por virtud del derecho de accesión; es, por tanto, un medio de adquirir la propiedad mediante la unión o incorporación de una cosa accesoria o secundaria a una principal. El dueño de la principal adquiere la accesoria. Hay dos principios fundamentales en esta materia: 1. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal; y 2. Nadie puede enriquecerse sin causa, a costa de otro. La accesión siempre supone dos cosas que llegan a unirse, mezclarse o confundirse.

Las formas derivadas de transmisión del dominio, en cambio, suponen la transmisión de un patrimonio a otro. La cosa ha tenido dueño y ha estado en el patrimonio de una persona, que la transmite a otra, por lo cual se llama adquisición derivada. Estas formas de transmitir el dominio son las que tienen mayor trascendencia jurídica. El contrato, la herencia, la prescripción, la adjudicación; son formas que implican siempre que pasa un bien de un particular a otro.

La adjudicación, en rigor, no es una forma atributiva del dominio, sino simplemente declarativa. Por virtud de la adjudicación el juez simplemente declara que con anterioridad una persona ha adquirido el dominio de una cosa. Por esto la adjudicación no tiene efecto atributivo, sino sólo declarativo.

Tercero. Adquisición a título oneroso y a título gratuito. En la primera, el adquirente paga un valor en dinero, bienes (en especie) o servicios, a cambio del bien que recibe, y como ejemplo se tiene a los contrato onerosos; compraventa, permuta, etc.; en los cuales se transmite el dominio de una cosa a cambio de una contraprestación.

⁴⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 308-325.

⁴⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 27.

Hay contratos a título gratuito translativos de dominio, como la donación, en los cuales el adquirente recibe un bien sin tener que cubrir una contraprestación; también las transmisiones a título gratuito pueden ser de carácter universal, la herencia.⁵⁰

1.4.7.1.2 DEFENSA DE LA PROPIEDAD.

Después del panorama propuesto acerca de la propiedad, corresponde ahora conocer la defensa con que cuenta el propietario en el sistema jurídico mexicano, revestida, principalmente, por la acción reivindicatoria.

Se debe anotar que esta materia es eminentemente procesal por lo que se refiere a la manera de ejercitar la defensa, pero el derecho en sí, la defensa en sí, es de índole sustantiva.

La reivindicatoria es la acción real que ejercita el propietario de un bien mueble o inmueble, que ha perdido su posesión, en contra de aquél que lo posee, para que se declare que es propietario de ese bien y le sea restituido con sus frutos y acciones.⁵¹

La referida acción es de naturaleza real; se trata también de una acción declarativa, por una parte, y de condena, por otra, ello se debe a que, quien la ejercita pretende obtener del órgano jurisdiccional: 1. La declaración de que es propietario del bien que pretende reivindicar y, además, busca que se condene al demandado; 2. A la restitución de la cosa, 3. Con sus frutos y acciones.

El primer elemento que ha de acreditarse por el reivindicante, para la procedencia de la acción, es la propiedad del bien. Para ello, quien ejercite la acción, debe contar con título material que acredite su derecho de propiedad, sin que sea suficiente el título jurídico. La diferencia entre estos títulos estriba en que el primero se refiere al documento, es decir, el instrumento, que enseña, que contiene el acto jurídico por el cual se adquirió la propiedad; el segundo es, precisamente, el acto jurídico mismo.⁵²

Se entra a un punto sumamente grave: En estricta teoría, el que exhibe el título de propiedad debe probar también que el autor del mismo tuvo derecho de otorgarlo; en virtud del principio *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet*, nadie puede transferir a otro más de los derechos que se tienen. El actor debe probar que su autor fue propietario, y así sucesivamente, y tendría que remontarse hasta encontrar la primera ocupación de la cosa. Siguiendo esta teoría, se llega a ver que es imposible,

⁵⁰ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 308-325.

⁵¹ DE LA MADRID ANDRADE, Mario. La Acción Reivindicatoria desde la Perspectiva Jurisprudencial. Ed. Porrúa, México, 2002. p. 1.

⁵² *Ibidem*. p. 20.

prácticamente, la prueba del derecho de propiedad; o sea, la famosa *probatio diabolica*, la prueba del diablo, inconciliable con los intereses de la sociedad; por lo que, con toda razón, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (BIJ, 1951, 403, 1290) expresa que “la prueba absoluta del derecho de propiedad o *probatio diabolica* no existe generalmente y no se exige, porque las necesidades de la práctica se imponen siendo bastante que el actor en la reivindicatoria muestre alguna condición que lo haga preferible a su adversario”. Con esto se ve que se ha pretendido crear una manera de probar sumamente sencilla: el que está inscrito como propietario, lo es en realidad; el Registro Público se convierte en una fuente no sólo informativa, sino constitutiva del derecho de propiedad.⁵³ El actor es el que esgrime la acción.

1.4.7.1.3 LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD.

Se inserta este punto con un claro y tendencioso fin; el de exponer una necesidad social, la cual es y debe de imponerse al propietario que no ejerza un aprovechamiento jurídico total, es decir, que sólo lo mantenga latente; sin ningún aparente beneficio para sí y, por tanto, para la sociedad en la que se desenvuelve y afecta. Por lo que, aunque en un sentido caritativo, pero con una gran posibilidad de aprovechamiento económico y, por tanto, progreso, se citan las siguientes ideas afines; para así dar una noción de la oportunidad que se le debe dar a la protección posesoria de aumentar, precisamente, en sus medios de protección; viendo la posesión como una opción de posible aprovechamiento económico distinto al que otorga el derecho de propiedad.

Adolfo Wagner estudió la cuestión y concluye: “En el actual estado de progreso de la economía no puede ni aumentarse ni formarse el capital económico sin el concurso del capital privado”. Pero a continuación aparece a los ojos de Wagner una nube de dificultades que le oscurece el problema; él comprende que el régimen de propiedad privada es necesario, pero se encuentra con que la legislación a la que ha sido sometida ha variado mucho, y no acierta en compaginar la necesidad con la invariabilidad. Wagner llega a poner al Estado como único árbitro de toda propiedad al decir: “La propiedad es la forma más elevada que la Ley puede dar a la soberanía jurídica de una persona sobre los bienes exteriores”.⁵⁴

Antonio De Ibarrola citando a Leon Duguit dice que: “Todo individuo tiene en la sociedad una función que llenar; si no la llena se produce un desorden social. Los actos

⁵³ DE IBARROLA, Antonio. *op. cit.* pp. 288 y 289.

⁵⁴ *Ibidem.* pp. 194 y 195.

contrarios a esa función serán reprimidos socialmente, y los actos que se ejecuten en orden a esa función serán garantizados”. Pero Albert de Mun dice que no puede afirmarse que el derecho de propiedad esté condicionado a su uso, que cesará de vivir el derecho en cuanto a la moral y la ciencia arguyeren al propietario haber faltado a sus deberes en el empleo de la riqueza, que la propiedad sea simplemente una función social.

La realidad es que la verdad navega entre los dos escollos. Gustavo Desbuquois indicaba que es un error decir que la propiedad es una función social; debe decirse la propiedad tiene una función social. Este apotegma jurídico se pronuncia siempre con el mayor entusiasmo. La propiedad tiene una finalidad, una tendencia dirigida al bien de la sociedad.

Y es que la propiedad, como todo derecho individual, debe someterse al derecho superior; el Estado debe sujetar los caprichos arbitrarios e irracionales del egoísta propietario.⁵⁵

1.4.7.1.4 FORMAS ESPECIALES DE PROPIEDAD.

Existen dos sistemas dentro del derecho de propiedad, del cual, puede decirse que, tradicionalmente, es el régimen de propiedad privada o individual; los otros dos sistemas serán: 1. El régimen de copropiedad, y 2. El régimen de condominio.

El régimen de copropiedad. Dice el artículo 930 de nuestra Ley sustantiva civil que “hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen por indiviso a varias personas”. Estas personas son los copropietarios o condueños. A la copropiedad, también se le denomina comunidad de propietarios y, a éstos, comuneros. La existencia de una situación de copropiedad puede tener un origen legal, convencional o incidental.

Es copropiedad de origen legal, cuando es la ley la que la crea, de forma obligatoria. La de origen convencional se da cuando la copropiedad nace de un contrato suscrito voluntariamente entre los interesados. Es copropiedad de origen incidental cuando se origina por hechos independientes de la voluntad de los interesados.⁵⁶

El régimen de propiedad en condominio existe cuando se combinan las dos formas de propiedad anteriores: la individual y la copropiedad; sin embargo es distinto y con una fisonomía propia. De esta manera se puede definir al condominio como un inmueble, construido en forma vertical, horizontal o mixta, susceptible de aprovechamiento

⁵⁵ *Ibidem*. p. 201.

⁵⁶ Equipo Jurídico DVE. Gua Legal de la Comunidad de Propietarios. Ed. De Vecchi, Barcelona, 1995. p. 14.

independiente, perteneciente a distintos propietarios y con elementos o partes comunes de carácter indivisible.⁵⁷

1.4.7.2 EL USUFRUCTO, EL USO Y LA HABITACIÓN.

1.4.7.2.1 EL USUFRUCTO.

Nuestra Ley sustantiva civil local, en su Libro Segundo, Sección Segunda, Parte Séptima, Título Segundo, Capítulo I; indica que “el usufructo es un derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos.”, artículo 1077. “Puede constituirse por la ley, por voluntad del hombre o por prescripción.”, artículo 1078. “Puede constituirse desde o hasta cierto día, puramente o bajo condición.”, artículo 1082. “Es vitalicio... si el título constitutivo no expresa lo contrario.”, artículo 1083. “Puede constituirse usufructo a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente.”, artículo 1079.

En el Capítulo II se regulan los derechos del usufructuario, y al respecto se citan los siguientes artículos:

“Art. 1086.- El usufructuario tiene derecho a ejercitar todas las acciones y excepciones reales, personales o posesorias, y de ser considerado como parte en todo litigio, aunque sea seguido por el propietario o contra éste, siempre que en él se interese el usufructo.” Se hace un paréntesis para dar una noción de los conceptos procesales mencionados en este artículo citado; así que, por “excepción” debe entenderse el medio de defensa que la ley otorga al demandado en contra de la acción.

El demandado es la persona contra la cual se endereza una demanda judicial, exigiéndole alguna cosa o prestación determinada.⁵⁸ La demanda es un acto jurídico procesal donde se plantea el problema y se ejercita la acción. Por último, por “parte” en un litigio debe entenderse a toda persona que interviene en el proceso como actor o demandado, o como representantes, apoderados o mandatarios judiciales de aquellos. El “litigio”, según Francesco Carnelutti, es el pleito, la controversia, el conflicto de intereses; llevado al conocimiento de la autoridad jurisdiccional, calificado por la pretensión de una de las partes y por la resistencia de la otra. La autoridad jurisdiccional es aquella por medio de la cual el Estado ejerce el poder, la potestad que tiene, a fin de resolver las controversias que se susciten en la colectividad aplicando la norma general al caso concreto a través de una sentencia. Y la jurisdicción es, precisamente, ese poder o

⁵⁷ GUZMÁN ARAUJO, Gerardo. El Condominio. 3ª ed., Ed. Trillas, México, 1990. p. 16.

⁵⁸ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 26ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001. p. 234.

potestad para resolver controversias. Ahora se continuará con los derechos del usufructuario.

“Art. 1092.- Si el usufructo se constituye sobre capitales impuestos a réditos, el usufructuario sólo hace suyos éstos no aquellos”.

“Art. 1099.- El usufructuario puede gozar por sí mismo de las cosas usufructuadas. Puede enajenar, arrendar y gravar su derecho de usufructo, pero todos los contratos que celebre como usufructuario terminarán con el usufructo.”.

El “arrendamiento”, es un contrato mediante el cual una persona, llamada arrendador, se obliga a transferir de modo temporal el uso o goce de una cosa a otra persona, llamada arrendatario, quien a su vez se obliga a pagar por ese uso o goce un precio cierto y determinado.⁵⁹

“Art.1101.- El propietario de bienes en que otros tengan el usufructo, puede enajenarlos, en la inteligencia de que se conservará el usufructo.”

“Art.1102.- El usufructuario goza del derecho del tanto y en su caso del de retracto salvo que el adquiriente sea algún copropietario.”.

Haciendo un tercer paréntesis, el “derecho del tanto” es un derecho de preferencia para adquirir bienes determinados u obtener la prórroga de un arrendamiento, conferido por la Ley o por convenio entre las partes. El “retracto”, es el derecho atribuido a una persona, convencional o legalmente, de recuperar la cosa vendida a otra, pagando el precio.⁶⁰

1.4.7.2.1.1 SITUACIÓN JURÍDICA DEL NUDO PROPIETARIO.

No obstante la constitución del usufructo, el propietario de la cosa conserva su derecho de propiedad sobre la misma; pero, a consecuencia, ese derecho queda desprovisto de las cualidades que permiten el usar y disfrutar de la cosa, las que precisamente pasan a la titularidad del usufructuario; así el propietario sólo conserva la cualidad de disponer de la cosa pero con las limitaciones que fija la Ley.

1.4.7.2.2 EL USO Y LA HABITACIÓN.

El uso es un usufructo restringido, limitado únicamente a la percepción por su titular, el usuario, de los frutos de una cosa ajena que aquél requiera para los alimentos

⁵⁹ TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 6ª ed., Ed. McGraw-Hill, México, 2002. p. 251.

⁶⁰ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* pp. 221 y 429.

suyos y de su familia. La habitación, por su parte, confiere al habituario el derecho de ocupar, en unión de su familia, las piezas de una casa ajena que requiera para vivir.

La regulación de los derechos ahora comentados deriva del Título, dentro de nuestro Código civil, en el que quedaron constituidos; en su defecto, por remisión, se regirán por las disposiciones establecidas en dicho ordenamiento para el usufructo, pues según el artículo 1150, "Las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo establecido..." por el propio Código para tales derechos. Así, las obligaciones del usuario y del habituario serán, en lo relativo; el otorgamiento de fianza, el cuidado del bien ajeno, la no alteración de la sustancia de éste, etcétera.

El uso puede definirse como el derecho real temporal que permite a su titular, el usuario, hacer suyos los frutos que de un bien ajeno requiera para satisfacer sus necesidades y las de su familia.

Conforme a lo dispuesto por artículo 1148 del citado Código, el usuario no puede enajenar, gravar ni arrendar su derecho, ni éste puede ser embargado por los acreedores de aquél.

Puede definirse a la habitación como el derecho real temporal que permite a su titular, el habituario, ocupar gratuitamente las piezas de una casa ajena requiera para él y para su familia. Igualmente, por lo señalado en el artículo 1148, el derecho real de habitación es inalienable e inembargable.

Entre el uso y la habitación se observan las diferencias siguientes: 1. El uso puede recaer sobre un mueble o sobre un inmueble. La habitación por el contrario, debe ser por esencia respecto de un bien inmueble, concretamente una casa habitación. 2. El uso puede ser oneroso o gratuito, en tanto que la habitación es siempre gratuita por definición legal.⁶¹

1.4.7.3 LA SERVIDUMBRE.

Para entender este derecho real se notará, a continuación, lo que marca al respecto nuestro Código Civil, atendiendo a lo considerado como los puntos más importantes:

"La servidumbre es un gravamen real impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente.", artículo 1154.

⁶¹ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* pp. 436 y 437.

En general, indica Esteva Ruiz, se puede decir que toda servidumbre no es sino un derecho de utilizar algún aspecto del predio ajeno vecino o de impedir determinados actos al poseedor de éste último.

Predio es una porción de terreno o edificio, rústico o urbano.⁶²

“La servidumbre consiste en no hacer o tolerar. Para que el dueño del predio sirviente pueda exigir la ejecución de un hecho es necesario que esté expresamente determinado por la ley, o en el acto en que se constituyó la servidumbre.”, artículo 1155.

Las servidumbres son continuas o discontinuas; aparentes o no aparentes. Son continuas aquellas cuyo uso es o puede ser incesante sin la intervención de ningún hecho del hombre. Son discontinuas aquellas cuyo uso necesita de algún hecho actual del hombre. Son aparentes las que se anuncian por obras o signos exteriores, dispuestos para su uso y aprovechamiento. Son no aparentes las que no presentan signo exterior de su existencia.⁶³

Las servidumbres pueden constituirse por voluntad del hombre o por disposición de la ley; las primeras se llaman voluntarias y las segundas legales. Servidumbre legal es la establecida por la ley, teniendo en cuenta la situación de los predios y en vista de utilidad pública y privada conjuntamente.⁶⁴ Las servidumbres legales pueden ser: servidumbre legal de desagüe, o de acueducto, o de paso. Para constituirse servidumbres voluntarias se requiere que las partes o, mejor dicho las personas, tengan derecho de enajenar; las que no puedan enajenar inmuebles sino con ciertas solemnidades o condiciones, no pueden, sin ellas, imponer servidumbres sobre los mismos.⁶⁵

Las servidumbres son inseparables del inmueble a que activa o pasivamente pertenecen. Las servidumbres son indivisibles.⁶⁶ “Al constituirse una servidumbre se entienden concedidos todos los medios necesarios para su uso; y extinguida aquella, cesan también estos derechos accesorios.”, artículo 1213.

Corresponde al dueño del predio dominante, hacer a su costa las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre; y para que el dueño del predio sirviente no se le causen, por la servidumbre, más gravámenes.⁶⁷

“Cualquier duda sobre el uso y extensión de las servidumbres se decidirá en el sentido menos gravoso para el predio sirviente”, artículo 1223.

⁶² DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* p. 391.

⁶³ Código Civil para el Estado de Guanajuato. Artículos 1156-1160.

⁶⁴ *Ibidem*. Artículos 1164 y 1165.

⁶⁵ *Ibidem*. Artículo 1206.

⁶⁶ *Ibidem*. Artículos 1162 y 1163.

⁶⁷ *Ibidem*. Artículos 1215 y 1216.

Las servidumbres voluntarias se extinguen, entre otras causas que establece el artículo 1224, por el no uso.

1.4.7.4 LA PRENDA.

Nuestra Ley sustantiva civil regula al derecho real de prenda como un contrato, y le dedica sus artículos 2351 a 2386, que forman el Título Decimocuarto de la Segunda Parte del Libro Tercero; libro que se titula "De las obligaciones en general", y la parte segunda se denomina "De las diversas especies de contratos". Pues bien, el artículo 2351 define la prenda y dice: "La prenda es un derecho real constituido sobre un mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

Las características de este derecho son las siguientes:

A) Sólo puede recaer sobre bienes muebles. No puede haber prenda de inmuebles, salvo el caso excepcional de los frutos pendientes de los bienes raíces, que deben ser recogidos en tiempo determinado, y que son inmuebles por naturaleza, pero que la ley estima muebles por anticipación. A ellos se refiere el artículo 2352 de nuestro Código Civil.

B) Para que se constituya este derecho real se debe entregar la cosa al acreedor. Mientras no se entregue real o jurídicamente, no se entiende constituido el derecho. "Se entiende entregada jurídicamente la prenda al acreedor, cuando éste y el deudor convienen en que quede en poder de un tercero, o bien cuando quede en poder del mismo deudor porque así lo haya estipulado con el acreedor o expresamente la autorice la ley. En estos dos últimos casos, para que el contrato de prenda produzca efectos contra terceros, debe inscribirse en el Registro Público.", artículo 2354.

C) Se extingue el derecho de inmediato, cuando se paga la deuda que con la prenda se garantizaba, y debe el mueble ser devuelto a su dueño.

D) Es un derecho real que no da al acreedor derecho a los frutos que la cosa pueda producir, según lo dispone el artículo 2753; salvo que al constituirse la prenda así se haya pactado.

E) La prenda da derecho al acreedor a que, en caso de llegar el plazo en que su deudor deba cumplir con la obligación garantizada y no lo haga, se saque a la venta el bien mueble y con su precio se haga pago del monto de crédito. Así lo dispone el artículo 2376.

F) Es un derecho real que permite que el acreedor, por convenio con el deudor, se quede con la cosa dada en prenda, pero sólo en el precio que se le fije a ésta al momento en que debió cumplirse la obligación, y no se cumplió, pero nunca en el precio que se le pudiera fijar por las partes al momento de constituirse la prenda, artículo 2377.

1.4.7.5 LA HIPOTECA.

El último derecho real que regula nuestro Código Civil vigente es el de hipoteca. Igualmente que el Título de la prenda, el de hipoteca se regula dentro de la parte dedicada a las diversas especies de contratos.

El artículo 2387 del citado Código define la hipoteca y dice: "La hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes inmuebles o derechos reales, para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago."

La hipoteca, de acuerdo con la Ley, puede ser de dos tipos: Voluntaria, y Necesaria. El artículo 2416 determina: "La hipoteca nunca es tácita ni general; para producir efectos contra tercero necesita siempre de registro, y se contrae por voluntad, en los convenios, y por necesidad, cuando la ley sujeta a alguna persona a prestar esa garantía sobre bienes determinados. En el primer caso se llama voluntaria, en el segundo, necesaria".

El derecho real de hipoteca tiene las siguientes características principales:

A) La hipoteca sólo puede recaer sobre inmuebles ciertos o determinados, o sobre derechos reales que en ellos estén constituidos. Según lo determina el artículo 2389.

B) No confiere a su titular la tenencia de la cosa, sino que la conserva el propietario, aunque el artículo 2388 indica la posibilidad de que el bien pase a poder de un tercero

C) El derecho real de hipoteca no se reduce conforme disminuye la obligación que garantiza, sino que la hipoteca permanece integra hasta que se extingue la obligación en su totalidad. El artículo 2399 establece el llamado "principio de la indivisibilidad de la hipoteca" al decir: "La hipoteca subsistirá aunque se reduzca la obligación garantizada, y gravará cualquier parte de los bienes hipotecados que se conserven, aunque la restante hubiere desaparecido, pero sin perjuicio de lo que disponen los artículos siguientes."

D) Según el artículo 2411, el acreedor tiene el derecho de hipoteca, y puede convenir con su deudor en quedarse con el objeto hipotecado, pero sólo en el precio que se le fije a éste al momento de vencerse la obligación garantizada, y nunca con el precio que se le fije al momento de constituirse el derecho.

E) La hipoteca se extingue entre otras causas que determina el artículo 2434, por cumplir el deudor con pagar al acreedor.

F) Es un derecho real que para ser respetado por tercero, se debe inscribir en el Registro Público.

CAPÍTULO II

LA POSESIÓN

En el capítulo precedente se estudiaron los medios de adquirir la propiedad pero, por la importancia que revisten, como forma de adquirir la propiedad, conviene tratar en distinto capítulo a la posesión y a la usucapión; instituciones que unidas permiten adquirir la propiedad.

2.1 CONCEPTOS DE LA POSESIÓN.

Etimológicamente, la palabra posesión tiene cualquiera de estos orígenes:

A) Viene de “*posidere*”, vocablo formado de “*sedere*”, sentarse y “*por*”, prefijo de refuerzo; por lo mismo, posesión significa “hallarse establecido”.

B) Se origina en el vocablo “*posee*”, que significa “poder”, por lo que significa un señorío.

“Señorío”, es dominio, es el mando, o mejor dicho, es el conjunto de facultades que sobre una cosa se tienen. Sin embargo, el dominio es una situación perpetua; en cambio, la posesión (como hecho) puede cesar en cualquier momento por un hecho violento, por ejemplo.

Históricamente, en Roma, la posesión era un señorío concebido como una relación de hecho independientemente del derecho.⁶⁸

En el derecho romano clásico, la propiedad entrañaba un poder jurídico sobre las cosas; la posesión un poder meramente material. Posesión es el poder físico que se ejerce sobre una cosa con intención de manejarse como verdadero propietario de ella. Lo más frecuente es que ambas instituciones se confundan. Por eso se ha dicho que la posesión es la exteriorización de la propiedad; sin embargo, son conceptos distintos. Decía Ulpiano; *Nihil commune habit proprietas cum possessione*,⁶⁹ nada de común tiene la propiedad con la posesión. Puede existir propiedad sin posesión, y viceversa.

El derecho romano conoció diversos tipos de posesión:

A) *Possessio Naturalis*. Era la simple detentación de una cosa, sin protección jurídica alguna.⁷⁰ “Detentar” es el acto en virtud del cual se retiene por alguien una cosa.

⁶⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 437.

⁶⁹ VENTURA SILVA, Sabino. *Derecho Romano*. 9ª ed. Ed. Porrúa. México, 1988. p. 173

⁷⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 437.

B) *Possessio ad Interdicta*. Era un poder de hecho amparado por los interdictos. Se le daba este tipo de posesión al que tenía una cosa creyéndola suya.

C) *Possessio Civiles*. Era el poder de hecho de una cosa protegido por los interdictos y podía además transformarse en propiedad, a través de la usucapión.⁷¹

Doctrinariamente, la posesión es:

Poder físico que se ejerce sobre una cosa, con intención de portarse como verdadero propietario de ella (Foignet). Estado de hecho que consiste en retener una cosa en forma exclusiva, llevando a cabo sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce que si se fuera el propietario de la misma (Planiol). Conjunto de actos por los cuales se manifiesta exteriormente el ejercicio de un derecho real o supuesto (Baudry-Lacantiniere). Hecho jurídico consistente en un señorío ejercitado sobre una cosa mueble o inmueble, que se traduce en actos materiales de uso, de goce o de transformación, llevados a efecto con la intención de comportarse como propietario de ella o como titular de cualquier otro derecho real (Bonnetcase). Realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas (Saleilles). Carboni dice que la posesión es: "el señorío, el poder de hecho ejercitado sobre una cosa que puede ser objeto idóneo de ese poder". Brugi, ateniéndose a los efectos de la posesión, es el ejercicio de un derecho pues éste puede o no existir, define: "un estado de hecho o de goce, digno de tutela provisional que, bajo ciertas condiciones, puede acabar en un estado de derecho".

Por los ejemplos de definición que se acaban de dar se advierte que no hay unanimidad en los autores respecto del ámbito o amplitud sobre el que recae el hecho de la posesión.

Rojina Villegas hace una exposición general del concepto de posesión y dice que: "La posesión puede definirse como una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento, *animus domini* o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno.

1º. La posesión es una relación o estado de hecho. No prejuzgamos sobre una calificación jurídica, ni determinamos si este estado de hecho se funda en un derecho, si puede llegar a ser un derecho o si engendra consecuencias jurídicas; por el momento, el punto de partida es el que nos dan los sentidos, lo que nos permite la observación directa advertir, para comprobar un simple estado de hecho, es decir, un contacto material del hombre con la cosa.

⁷¹ *Idem*.

- 2º. Por virtud de este estado de hecho retiene en su poder exclusivamente una cosa.
- 3º. Como consecuencia de ese poder, el hombre ejecuta un conjunto de actos materiales que sí se refieren, de ordinario, al aprovechamiento de la cosa.
- 4º. Por último, este poder físico puede derivar de un derecho real, de un derecho personal, o no reconocer la existencia de derecho alguno.”

2.2 ELEMENTOS DE LA POSESIÓN.

Los puntos de vista que sobre la posesión se han vertido giran en torno a sus dos elementos. Se trata del *corpus* y del *animus*.

El *corpus* comprende el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que se ejerce sobre la cosa para retenerla en forma exclusiva.⁷²

El *animus* es el segundo elemento de la posesión, de carácter psicológico; consiste en ejercer los actos materiales de conducirse como propietario, a título de dominio,⁷³ es decir, con la intención de poseer para sí.

El primer elemento engendra por sí solo un estado que se llama detentación o tenencia, que es la base de la posesión; pero no implica la posesión, ya que puede existir tenencia y si no concurre el elemento psicológico llamado *animus*, no hay posesión.

No siempre se requiere tener directamente o inmediatamente el *corpus*. Puede ejercerse en forma indirecta o mediata, por conducto de otra persona, y desde el punto de vista jurídico, para calificar la posesión, aquel que delega el *corpus* en un tercero que tiene este elemento y si concurre el *animus* es un poseedor en derecho. La posesión en nombre propio puede tener como causa un acto jurídico o un hecho jurídico; en cambio, la detentación siempre tiene como causa un acto jurídico y no presentarse detentación nacida de un hecho jurídico.⁷⁴ Según Planiol y Ripert, la detentación nunca es un hecho irregular, sino que siempre nace de un título regular, por la celebración de un contrato con el propietario o por encargo de la Ley o la Justicia para una misión especial. Y, precisamente, de ese título se reconoce el derecho ajeno.

En la definición del segundo elemento, el *animus*, hay una controversia para fijar si el *animus* debe ser siempre *dominii*, o basta que se tenga la intención de actuar en nombre propio y en provecho exclusivo, para que exista el fenómeno de la posesión, aún cuando no se tenga la intención de conducirse como propietario.

⁷² ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 591.

⁷³ *Ibidem*. p. 592.

⁷⁴ *Ibidem*. p. 623.

2.3 PRINCIPALES TEORÍAS SOBRE LA POSESIÓN.

En el punto anterior se plantearon los elementos de la posesión, sin embargo, existe una serie de cuestiones y diversidad de pareceres que de la posesión se han desatado, pues aún en lo relativo a su estructura misma ha dado lugar a un considerable número de opiniones en sentidos opuestos que provocan una mayor complejidad que dificulta la tarea de conceptualizar y estudiar dicha figura. En efecto, a continuación, se mencionan las consideraciones y puntos de vista provenientes de quienes han ganado ser calificados como expositores de las opiniones más autorizadas al respecto.

2.3.1 TEORÍA DE FEDERICO CARLOS DE SAVIGNY. TEORÍA SUBJETIVA DE LA POSESIÓN.

La posesión, en el pensar de Savigny, engloba al *corpus* y al *animus*; el primero como el elemento material o físico de la posesión y el segundo como el que contiene la intención de poseer.

El *corpus* representa el contacto directo del sujeto con la cosa; es el punto de partida de la posesión pues con él se inicia aquella, sin que haya necesidad de mantenerla físicamente durante su desplazamiento en el tiempo. Lo que mantiene al sujeto en la posesión es la posibilidad de tener ese contacto cuando se quiera, aún cuando no se tenga de manera constante.

Este elemento, el *corpus*, no se identifica por sí solo con la posesión misma; se traduce únicamente en la detentación de la cosa.

Para tener la posesión se requiere la participación del *animus*, como segundo elemento; es la voluntad, la intención del sujeto de poseer para sí, lo que en el parecer de Savigny debe ser considerado como el *animus dominii*.⁷⁵

Rojina Villegas indica que, para Savigny, la existencia del *animus* no implica una intención arbitraria de conducirse como propietario en contra de una situación legal; es decir, no es la voluntad arbitraria, sino la voluntad legal la que debe de tomarse en cuenta. Ésta deriva del título de la posesión; la arbitraria del capricho del poseedor. Si el arrendatario pretende ostentarse como poseedor, este capricho no es bastante para fundar la posesión. La voluntad en que se apoye el *animus dominii* supone un título bastante para transferir el dominio, o que se reputa suficiente para transmitirlo. Por eso, todo cambio de *animus* supone un cambio de título. Para que el arrendatario se convierta

⁷⁵ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* p. 467.

en poseedor, es necesario que haya cambiado el título, por ejemplo, porque adquiere el bien por un contrato translativo de dominio.

Más adelante se harán las menciones correspondientes a lo que la ley entiende por título en la posesión.

2.3.2 TEORÍA DE RODOLFO VON IHERING. TEORÍA OBJETIVA DE LA POSESIÓN.

Si bien la concepción de Ihering respecto de la posesión hace participar también al *corpus* y al *animus*, el contenido de éstos y, por ello, su medida, alcances y forma de participación en dicho concepto, son diversos a como Savigny los considera.

El *corpus* para Ihering es el medio por el que el *animus* se exterioriza; implica una serie de hechos demostradores de una explotación económica de la cosa; no es una relación, meramente de hecho consistente en un contacto entre el hombre y la cosa y a la que no se le reconoce juridicidad, pues puede haber esa inmediatez sin haber posesión. Para esto se requiere el interés del sujeto para alcanzar la explotación de la cosa.

El *animus* para Ihering es el propósito de explotar económicamente la cosa y está bien ligado al *corpus*.

Ambos conceptos están relacionados indisolublemente como un todo indivisible y su conjunto se traduce en la posesión.⁷⁶

Ihering considera un error divorciar ambos elementos: "Evidentemente que si se considera el *animus* como *dominii*, sí se puede desligar el *corpus*; pero si se comprende como el simple propósito de explotación económica de una cosa, y el *corpus* como el conjunto de actos que permiten esa explotación, habrá una liga constante entre el *corpus* y el *animus*. Estos dos elementos constituirán un todo indivisible de tal manera que del *corpus* se infiere el *animus*." Y por eso Ihering concluye que: "Todo fenómeno de detentación es un fenómeno de posesión; pues, en toda persona consciente, el hecho de explotación económica de una cosa implica un propósito."

En la teoría objetiva (de Ihering) el *animus* tiene una significación económica; es decir, revela un propósito de simple explotación lucrativa, y esto se presenta en los diversos casos de detentación; pero Ihering advierte que, por determinadas razones, que no se justifican jurídicamente, los romanos admitieron excepciones en ciertos casos muy bien conocidos. Con estos antecedentes, Ihering concluye que en todo caso de duda debe reputarse al detentador como poseedor.

⁷⁶ *Ibidem*. p. 468.

Hay casos, enseña Ihering, en que una fórmula algebraica puede contribuir adecuadamente a aclarar y poner de manifiesto las relaciones teóricas. Ihering dice: "Páreseme el caso, designaré la posesión con P ; la tenencia con T , el *corpus* con C ; el *animus*, que debe también tener el tenedor según la teoría objetiva; con A ; el elemento de más que según esta teoría se añade a la posesión, con D ; y la disposición de la ley, que según mi teoría se añade en la posesión en ciertas relaciones, con L , según esto la fórmula para la Teoría Subjetiva de Savigny sería:

$$P = A + D + C$$

$$T = A + C$$

Y la Teoría Objetiva será:

$$P = A + C$$

$$T = A + C - L."$$

Viendo estas fórmulas más de cerca. Las dos teorías toman como base las condiciones necesarias, según su común sentir, para toda relación posesoria; esto es: $A + C$. Lo que hay aquí, según la teoría objetiva, es que la reunión de esas condiciones engendra ya la posesión, mientras que, según la subjetiva, no engendra más que la tenencia. Según ambas, la descomposición de la relación posesoria, en posesión y tenencia, resulta de la unión de otro elemento. Según la objetiva, es éste un factor negativo: $-L$; y según la otra, es positivo: $+D$. La primera tiene por punto de partida la posesión, la segunda la tenencia; para la objetiva la adición del elemento diferencial cambia la posesión en tenencia, la relación posesoria desciende del grado en que se encontraba en un principio; para la subjetiva, la detentación es la que se convierte en posesión, la relación posesoria sube del grado inferior, la tenencia se eleva así a posesión.

La consecuencia para la construcción sistemática de la doctrina de la posesión es que la teoría subjetiva deberá comenzar la doctrina de la posesión con la noción de la tenencia; mientras que la objetiva, en consecuencia, con su concepción de la relación posesoria, encuentra como punto de partida ya la posesión. Realmente aquél método didáctico es impracticable, pues, en definitiva, la exposición de la doctrina de la posesión, para ser clara, no puede comenzar sino por la posesión.

Ihering continua explicando: "Los elementos capitales deben ser demostrados por quien necesita hacerlos valer. Según la teoría subjetiva, aplicase esto al demandante (actor) que sostiene tener la posesión en lo tocante al elemento D ; la simple prueba de $A + C$ sólo basta para T , para la tenencia; para P es preciso además D , esto es, el

demandante debe probar al *animus sibi habendi*, es decir, la intención de tener la cosa como propia. Según la teoría objetiva, para *P* basta *A + C*, esto es, el demandante cumple con probar la existencia exterior de la relación posesoria; corresponde al demandado probar la negación *-L*; esto es, demostrar que una *causae detentionis* legal priva, en tal caso, de su derecho ordinario a las condiciones aparentes de la posesión.”

Según la teoría objetiva de Ihering, en cada caso concreto se debe admitir *P*, mientras no se procure la prueba *L*; ahora bien, si es exacto, es preciso admitir esto de un modo absoluto; esto es que donde quiera que la ley no ha decidido referir una solución dada a la posesión o a la tenencia; debemos inclinarnos a la primera.

2.3.3 TEORÍA DE RAYMUNDO DE SALEILLES. TEORÍA ECLÉCTICA DE LA POSESIÓN.

Este eminente profesor francés estructura propiamente una teoría ecléctica de la posesión, por cuanto se coloca en una posición intermedia, pero muy inteligente y fundada entre las doctrinas opuestas de Savigny y de Ihering.

Con la presencia y participación también del *corpus* y del *animus*, Saleilles considera la posesión como la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas y por ello, el poseedor será aquel que en el mundo externo aparezca como dueño de hecho y con el propósito de serlo de la cosa.

Para ofrecer estos conceptos, Saleilles se funda en lo que el *corpus* y el *animus* significan para él. Respecto del primero, manifiesta que está constituido por un conjunto de hechos susceptibles de descubrir una relación permanente de apropiación económica en vínculo de explotación de la cosa puesta al servicio del individuo, entre aquél a quien dichos actos se refieren y la cosa que éstos tienen por objeto; el *animus*, en tanto, es el propósito de realizar una apropiación simplemente económica de la cosa, obrando como si se fuera el dueño material de la misma.

Saleilles concluye: “Puedo, por lo tanto, definir la posesión como efectividad constante y querida de apropiación económica de las cosas. Estará constituida por el simple hecho de aparecer el detentador como dueño de la cosa desde el punto de vista económico; el título de toma de posesión habrá que tomarlo en consideración sólo en tanto que contraiga las apariencias que revela el acto de la detentación, y también en tanto imprima a la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica.”⁷⁷

⁷⁷ *Ibidem*. p. 470.

Saleilles hace una comparación entre su definición, la de Savigny y la de Ihering, dice: "Podemos hacer una especie de clasificación de las teorías posesorias reunidas en tres grupos a saber:

1º. La de Ihering, que funda la posesión en el vínculo de explotación económica; en ésta es poseedor todo el que detenta, salvo el hallarse exceptuado expresamente por la ley.

2º. En el extremo opuesto, tenemos la teoría de Savigny, la cual funda la posesión en la relación de apropiación jurídica, y por él no hay más poseedores que los pretenden la propiedad, y

3º. Entre estas dos teorías puede colocarse, a modo de grado intermedio, mi teoría, que funda la posesión en la relación de apropiación económica, y que declara poseedor a todo aquel que en el orden de los hechos aparezca gozando independientemente, y quien, entre todos aquellos, mantiene relaciones de hecho con la cosa, debe considerársele, con justo título, como dueño de la misma."⁷⁸

Del "justo título" se dará su justa noción dentro de poco.

2.4 NATURALEZA JURÍDICA DE LA POSESIÓN.

El problema de la naturaleza jurídica de la posesión parte de tratar de definir si es un hecho o un derecho, las opiniones se dividen en dos bandos extremos: El primero, encabezado por Windscheid, que indica que la posesión es un mero hecho; el segundo, dirigido por Ihering, atribuye a la posesión una cualidad indeclinable de derecho en virtud de que es un evidente interés amparado jurídicamente. Savigny decía que la posesión es originariamente un hecho que con posterioridad se convierte en derecho en virtud de las consecuencias jurídicas que lleva consigo y entre las cuales la más importante es el derecho del poseedor de invocar la tutela de los interdictos cuando se molestaba su posesión. La posesión es un hecho jurídico complejo en grado sumo y que tiene por una parte calidad de simple hecho y por otra calidad de derecho. Según sea más o menos intensa dicha calificación así será hecho o derecho, y de ahí la disparidad de los autores. Sin embargo, incluso en la posesión menos calificada se puede ver claramente que está revestida con el ropaje del derecho, que tiene apariencias de derecho. Atacando al fondo de la cuestión se observa que la posesión es un hecho jurídicamente protegido y en consecuencia toda la dogmática de la misma gira acerca del fundamento de su protección por parte del Derecho o de la Ley. Como hecho jurídicamente protegido es un derecho, un

⁷⁸ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 617.

derecho real por razón de recaer sobre una “res” en el sentido de la relación jurídica entre el hombre y la cosa.⁷⁹

Óscar Morineau considera que en realidad la posesión no es un poder de hecho, sino más bien un derecho respecto de la cosa. Morineau concluye que la posesión no es un mero hecho sino todo un derecho que atribuya a su titular la posibilidad de ejercer un poder de hecho sobre una cosa. Morineau advierte; “Hemos rechazado, por ser inaplicable a México, la doctrina que sostiene que la posesión no es un derecho sino un hecho con consecuencias jurídicas. Hemos establecido en forma plena que la posesión es un derecho subjetivo, supuesto que es el otorgamiento de una facultad a una persona determinada y la obligación correlativa de respeto impuesta al resto de las personas. Es, además, un derecho subjetivo absoluto dotado de sanción jurídica: los interdictos. Aún no sabemos exactamente cuál es su esencia, pero sabemos que no es un simple hecho con consecuencias jurídicas, sino un derecho.”

Expuesto lo anterior es permisible citar, en lo conducente, una ponencia que Rafael Rojina Villegas hizo, en 1953, acerca de la naturaleza de la posesión donde dice que la mencionada naturaleza de la posesión “debe traducirse ostensiblemente, de manera indiscutible y objetiva, susceptible de apreciarse por los sentidos, mediante la ejecución de actos que revela que el poseedor es el dominador de la cosa, el señor de la misma, el que manda en ella, como dueño en sentido económico, frente a todo el mundo, que ejerce un poder indiscutible, de orden económico, para hacer suya la cosa desde el punto de vista estrictamente jurídico.”

2.5 FUNCIONES JURÍDICAS DE LA POSESIÓN.

La posesión, jurídicamente, tiene diversas funciones, y así se puede afirmar que ella es:

Primero. La posesión, contenido de un derecho. Sin duda que la posesión constituye el contenido de cualquier derecho real, toda vez que ella es el medio necesario para realizar todos los fines que permite el derecho mismo.⁸⁰

Segundo. La posesión, requisito para el nacimiento de un derecho. Cuando se adquiere una cosa, el requisito previo para que en verdad se tenga el derecho real que sobre ella se ejercerá, es el tener la posesión de la cosa misma.

⁷⁹ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. Comentarios al Código Civil. Tomo I. 2ª ed., Ed. Cárdenas, editor y distribuidor. México, 1983. pp. 511 y 512.

⁸⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 436.

Tercero. La posesión, fundamento de un derecho. La 'Faille dice a este respecto que: "La posesión, en sí misma, con independencia del dominio o de otro factor extraño, merece el amparo de la Ley. Cualquiera que sea su naturaleza, nadie puede perturbarla arbitrariamente... Contra el que así procede, o frente al que priva de ella a quien la ejerce, existen remedios ante los tribunales. Es pues, un derecho autónomo; o si se prefiere, sirve de fundamento para un derecho."

Los actos de perturbación a la posesión pueden considerarse como aquellos que impiden el ejercicio pacífico de la posesión.

2.6 LA FIGURA DEL POSEEDOR.

Conviene, antes de continuar el desarrollo del tema, tener una idea más profunda de a quién se considera poseedor.

En relación con una cosa, es la persona que ejerce sobre ella un poder de hecho; en relación con un derecho, es el que goza de él.⁸¹

A diferencia de lo establecido en el Código Civil para el Distrito Federal vigente, el Código Civil para el Estado de Guanajuato no precisa a quien se considera poseedor en forma genérica; el primer Código, en su artículo 790, indica: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él." Sin embargo, el Código local sólo da una noción de los que, para él, serán poseedores de la cosa; como se infiere de su artículo 1039, que dice: "Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho a retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos serán poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión civil; el otro, una posesión precaria." Distinción bipartita de la posesión tomada del Código Civil para el Distrito Federal, con la diferencia de que este Código divide a la posesión en "originaria" y "derivada", respectivamente; estos conceptos, que se tomarán como simples sinónimos, ya que la distinción entre éstas y aquéllas expresiones es meramente histórica, no tanto jurídica. Otro asunto también es que nuestro Código acepta la excepción considerada por los romanos, de que quien posea a nombre de otro no es un poseedor en derecho, tomada también del artículo 793, ya mencionado del Código Civil para el Distrito Federal; y que en el Código local queda reproducida literalmente en su artículo 1041, al decir que: "Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una

⁸¹ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* p. 388.

cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto al propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes o instrucciones que de él haya recibido, no se le considerará poseedor.” Ahora que, en este caso, y en propia opinión, al decir “...una persona que tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto al propietario...”; el artículo se refiere y acepta, por tanto, que en realidad se trata de un poseedor precario como lo indicó el artículo 1039, ya citado; y sólo hasta el momento en que se demuestre esa situación de dependencia para con el propietario y, además, que la retención sea en provecho de éste por razón del cumplimiento de sus órdenes o instrucciones; entonces no se le considerará poseedor en derecho. Otra opinión propia es que, de las descripciones que hacen los dos últimos artículos citados, hay una diferencia en la Teoría que se les aplica; ya que, considerando que en ambos artículos refieren verdaderamente a un poseedor reconocido aunque sea como precario; en el artículo 1039 se ensaya la teoría objetiva, en tanto que en el 1041 se ensaya la subjetiva por que, en este último caso, el “poseedor” puede que retenga la cosa sin la intención de poseer para sí, aunque claro habría que demostrarlo.

Son ejemplos de poseedores precarios:

1. Los arrendatarios o inquilinos, que detentan la cosa en virtud de un contrato de arrendamiento.

2. Los acreedores prendarios, que detentan una cosa mueble a título de pignoración, en virtud de un contrato de prenda.

3. Los depositarios o secuestradores, que detentan la cosa de otro en depósito; es decir, que por un contrato se obligan a recibir la cosa que se les confía, y restituirla cuando la pida el depositante. Artículo 2025 de nuestro Código Civil.

4. Los comodatarios, que detentan la cosa a título de préstamo de uso.

5. Los administradores de bienes ajenos (mandatarios, tutores, etc.), que tienen la guardia y la gestión.⁸²

La precariedad resulta de la existencia de una obligación de restitución contraída por el detentador con respecto a la cosa que detenta. Sin embargo, la precariedad que “impide” al detentador ser poseedor, no es inmutable. El detentador puede transformarse en poseedor verdadero y detentar la cosa de una manera útil, ya sea para las acciones posesorias o para la usucapión. Esta transformación no resulta de un simple cambio de la voluntad del detentador; ya que el título que lo constituye como poseedor precario, clama

⁸² PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. *op. cit. supra* nota 16. p. 122.

por decirlo así en su contra, así que además de la voluntad se necesita el cambio de ese título, para que opere el reemplazo de la detentación por una posesión verdadera. Este cambio se realiza de dos maneras: Primera, por causa proveniente de un tercero; suponiendo, que el poseedor precario, hasta aquí arrendatario, compra el inmueble a un tercero a quien cree ser el verdadero propietario; desde ese momento posee en virtud de un título que le habría transmitido la propiedad si hubiere emanado del propietario de la cosa. El título de la posesión ha cambiado, ahora tiene un título de propietario; tendrá los efectos de una verdadera posesión, pero con una condición consistente en que el cambio del título corresponde a un cambio en su conducta. Segunda manera, por contradicción a los derechos del propietario; es decir, que exista un conflicto directamente entre el detentador y el propietario sobre la cuestión de la propiedad. Quizás el propietario reclame la restitución de su cosa, que el detentador le niega pretendiéndose propietario. Otro ejemplo es si el poseedor ejecuta pública y previamente actos inspirados por el *animus domini*, que sean conocidos por el propietario sin que éste proteste.⁸³

La segunda causa difiere de la primera en que el poseedor detenta la cosa, en lo futuro, sin haber obtenido sobre ella ningún nuevo título; por lo tanto es un poseedor sin título.

El artículo 1075, de nuestro Código Civil, dice: "Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión."

Expuesta la calificación del poseedor precario como institución, y su "equivalencia" con la detentación, así como expuestas también las posibilidades de convertirse la detentación en una verdadera posesión, queda por decir que estas menciones son simplemente por considerar al artículo 1041, del citado Código. Ahora, se siente permisible dar una conclusión tajante: Si al poseedor precario se le considera detentador, esto en consideración al mencionado artículo 1041; y, por tanto, no es poseedor en derecho, según lo expuesto; esta expresión sería una opinión subjetiva; que puede ser reconsiderada, ya que, objetivamente la ley indica que el poseedor precario o detentador, son verdaderos poseedores en derecho, esto en base al artículo 1039 que determina que los dos, el propietario y el poseedor precario, son poseedores de la cosa; afirmación que puede consolidarse con lo que se establece en el artículo 1939 que, como complemento, indica: "El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del propietario, en él más breve término posible, toda usurpación o novedad dañosa que otro haya hecho o

⁸³ *Ibidem*. pp. 124-128.

arbitrariamente prepare en la cosa arrendada, so pena de pagar los daños y perjuicios que cause con su omisión. Lo dispuesto en este artículo no priva al arrendatario del derecho de defender, como poseedor, la cosa dada en arrendamiento.” En este precepto, ya no se hace la distinción de si el arrendatario es poseedor precario o no. Nuestra legislación no exige el *animus domini* para conceptuar poseedora a una persona; pues, optando por la teoría objetiva de la posesión, declara que la posesión es el poder ejercido sobre una cosa; motivo por el cual atribuye el carácter de poseedores al arrendatario, usufructuario o cualquier otro con título análogo. Esta conclusión se hace con el fin de indicar que estos poseedores pueden ser susceptibles de toda pretensión que los efectos de la posesión atribuyen a la posesión útil y la posesión civil para su protección; o por lo menos se debe presumir que la detentación es posesión con “animo de dominio”; en tanto no se pruebe la existencia de una obligación para con un propietario; y, aunque se demuestre tal situación, esto no impide, al poseedor precario, que pueda intentar hacer valer su derecho, la acción, contra los hechos u actos que lo afecten en su posesión.

Usurpar, según Rojina Villegas, quiere decir quitar a otro lo suyo, y puede verificarse cambiando el título de la posesión de la cosa.

Perjuicio, según De Pina, es aquella ganancia o beneficio que, racionalmente esperado, ha dejado de obtenerse.

Al respecto del “título de la posesión”, nuestro Código Civil lo define en su artículo 1055 diciendo que: “Se entiende por título la causa generadora de la posesión.” Para que se entienda mejor este precepto, se cita la siguiente jurisprudencia registrada con el número 203,918 que indica:

POSESIÓN, LO QUE DEBE ENTENDERSE POR TÍTULO DE LA. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE COAHUILA).

Por título de posesión se entiende: a) Acto o hecho jurídico, que hace adquirir un derecho y que entronca con la causa; b) Documento en que consta ese acto o hecho adquisitivo; c) El derecho mismo que asiste a una persona y que la legitima activa y pasivamente. Entendiéndose por título la causa generadora de la posesión...

Amparo directo 372/95. Ejido Lázaro Cárdenas. Municipio de la capital del Estado de Durango. 21 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Pablo Camacho Reyes. Secretario: Alberto Caldera Macías. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito. Tomo II, noviembre de 1995. Tesis VIII.2º. J/3. Pág. 401.

2.6.1 CLASIFICACIÓN DE LOS POSEEDORES.

Del punto anterior se destaca la distinción bipartita de los poseedores: A uno, el que posee a título de propietario, se puede llamar poseedor civil; y a otro, que por virtud de un acto jurídico el propietario le entrega su cosa; concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, depositario o de otro título análogo; puede llamarse poseedor precario.

Ahora es conveniente conocer otra clasificación que de los poseedores hace nuestro Código Civil; donde, expresamente, se distinguen a dos clases de poseedores; éstos son: 1. El de buena fe, definido por el artículo 1053. La "buena fe" es la convicción personal de obrar correcta, leal y sinceramente en las relaciones con el prójimo. 2. El de mala fe, definido por el 1054. La "mala fe" es una disposición de ánimo de realizar actos con el propósito de obtener una ventaja injusta en perjuicio de alguien. Ahora que, en relación al estudio de dichos preceptos, pueden hacerse otras subclasificaciones de ambos poseedores en base a distintas cualidades o supuestos. Así se tiene que:

1. Los poseedores de buena fe son, a su vez, de dos clases:

A) Los que tienen título bastante para darle ese derecho. Sin embargo, puede darse el caso de que dicho título, por el cual se trasladó el derecho de poseer, esté viciado y su tenedor lo ignore.

B) Los que fundadamente creen tener título bastante para darles derecho a poseer; es decir, no tienen el título pero fundadamente creen tenerlo

"La buena fe se presume siempre. Al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla"; así lo indica el artículo 1056 del citado Código; además el 1057 agrega que: "La posesión adquirida de buena fe no pierde ese carácter sino en el caso y desde el momento en que existan actos que acrediten que el poseedor no ignora que posee la cosa indebidamente."

2. Son poseedores de mala fe los que entran a la posesión y poseen:

A) Sabiendo que no tienen título alguno para poseer.

B) Creyendo, sin fundamento, que tienen título para poseer.

C) Sabiendo que el título que tienen es insuficiente o vicioso.

El título, en la posesión, no es un documento donde se haga constar que ésta se entrega; sino que el título es la causa generadora o creadora de la posesión.

Los poseedores de mala fe pueden ser también los que poseen en forma delictuosa; éstos son los que toman posesión de la cosa por medio de la violencia física o moral.⁸⁴

2.7 LA POSESIÓN EN NUESTRA LEY POSITIVA.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1037, define a la posesión como: “el poder que se ejerce sobre una cosa mediante actos que corresponden al ejercicio de la propiedad. La posesión de un derecho consiste en gozar de él.”

Nótese, en primer término, que el Código no usa la frase “poder de hecho que se ejerce”; sino sólo “poder que se ejerce...”, la primera frase es la que hasta ahora se ha utilizado en la mayoría de las definiciones mencionadas, lo que puede provocar que se deduzca, de la definición de posesión que da el Código citado, es que éste ve a la posesión como un derecho y no tanto como un hecho.

2.7.1 OBJETO DE LA POSESIÓN.

El segundo término que se aprecia de la definición precedente, el Código Civil local lo mismo aplica la idea de posesión a las cosas corporales que a los derechos. Tal posesión es la genérica y constituye el ejercicio de un poder sobre una cosa o el goce de un derecho. La posesión de las cosas corporales es fácil de reconocer; pero no así la de los derechos. Nace así la cuestión de si el Código se refiere a todos los derechos o solamente a los llamados reales; sin embargo, el artículo 1042 determina que: “Sólo pueden ser objeto de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación.”; con lo que se vuelve a indicar que los derechos tanto reales como los personales, que son bienes susceptibles de apropiación, y por lo tanto pueden ser poseídos.

En la posesión de los derechos es necesario distinguir dos casos completamente distintos: 1. Poseer una cosa por virtud de un derecho, o bien, 2. Poseer un derecho en sí. Las dos formas se presentan a propósito de los derechos reales y de los personales.

En los derechos reales, la primera forma consiste en poseer una cosa por virtud de un derecho real. Es la posesión que tiene el dueño como consecuencia de la propiedad. La segunda manera se presenta cuando se posee un derecho real en sí mismo; consiste en gozar de ese derecho ejercitando todos los actos que implican su ejercicio efectivo, téngase título o no. Posee, por ejemplo, el derecho de usufructo el que se ostente como

⁸⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 461.

usufructuario, el que aprovecha los frutos de la cosa y ejercita las acciones reales derivadas del usufructo, cosa muy distinta de poseer un bien en virtud de un derecho real.⁸⁵

Puede decirse que la “acción” es un derecho que puede ser ejercitado por cualquier persona aún cuando ésta carezca del derecho materia que hace valer.⁸⁶

Así, por ejemplo, no se dice que alguien es usufructuario, sino que posee el derecho de usufructo, justamente para eludir el problema legal de si tiene título o no. Sólo se advierte un hecho, el de que alguien se ostenta como usufructuario por que ejecuta actos que implican el ejercicio de ese derecho.

En la posesión de derechos personales también se presentan las dos formas dichas. En la primera forma se tiene a todos aquellos derechos en que se confiere el uso, el goce, la custodia o administración de una cosa ajena, por virtud de un derecho real; de esta suerte, en los contratos translativos de uso, como el arrendamiento, el arrendatario posee una cosa por virtud de un derecho personal. Se está refiriendo a la posesión en nombre de otro, que es una verdadera posesión y que nuestro Código Civil la llama precaria. La segunda forma se presenta cuando se posee en sí un derecho de crédito, cuando se ejecutan todos los actos que constituyen el ejercicio de ese derecho, ya se trate de obligaciones de dar, de hacer o de no hacer. Estos actos que implican el ejercicio del derecho personal suponen que alguien se conduzca como acreedor; que posea el título de crédito cuando conforme a ese derecho es necesario.⁸⁷

Cuando el Código habla de la posesión de derechos, se refiere a la segunda forma mencionada, tanto en los derechos reales como en los personales; es decir, a ejercer un derecho ostentándose como titular, aún cuando objetivamente no se tenga título, y a llevar a cabo todos los actos que impliquen el ejercicio de ese derecho.

La posesión de los derechos reales siempre trae en forma indirecta la posesión de cosas; en cambio, la posesión de derechos personales puede referirse indirectamente a las cosas o no tener ninguna referencia a ellas.

2.7.1.1 BIENES QUE NO SON SUSCEPTIBLES DE POSESIÓN.

Se puede afirmar, visto lo que se expuso en el punto anterior, que en principio todos los bienes, corpóreos o incorpóreos, son susceptibles de posesión; sin embargo, los

⁸⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 641.

⁸⁶ REYES RETANA PÉREZ GIL, José Ignacio. El Procedimiento Civil en Guanajuato. Ed. Librería Yussim. León, Guanajuato, 2002. p. 119.

⁸⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 642 y 643.

bienes de dominio público que se declaren inalienables, es decir, los bienes de uso común y bienes destinados a un servicio público, no pueden ser objeto de posesión porque están fuera del comercio por determinación de la ley. Pero los bienes propios de la Federación, de los Estados o de los Municipios sí pueden ser enajenados, y por tanto pueden ser objeto de posesión.

2.7.2 CUALIDADES DE LA POSESIÓN.

En nuestro Código Civil se puede apreciar que existen diferentes cualidades de la posesión y que, además, pueden producir distintos efectos; y así, si la persona que posee, en un momento dado, reúne en su posesión ciertos requisitos, atributos o cualidades que el mismo Código determina, puede gozar de las protecciones que se confieren a la posesión y de que, inclusive, se convierta en verdadero propietario por declaración judicial.

Posesión Genérica. Se puede decir que es la que se definió con el artículo 1037, ya citado.

Posesión Civil. Es la que se posee a título de propietario, como así lo establece la última parte del artículo 1039. La expresión “a título de propietario” no tiene la connotación de que el poseedor debe ser legalmente el propietario y que deba tener el documento que lo acredite como tal, es decir, que tenga el título por el cual se le transmitió el dominio; el poseedor debe tener la intención de convertirse en propietario y que esa intención se demuestre con la realización de una serie de hechos que lleven a la idea de todos, que su comportamiento es el de un propietario a título personal.

Debe también ser considerada, con mayor motivo, como posesión civil, la que ocurre cuando el propietario es quien tiene bajo su poder la cosa objeto de la relación de dominio.⁸⁸

Poseer una cosa “en concepto de propietario” o de dueño, equivale a poseerla “a título de dueño” o de propietario. Se hace esta aclaración, debido a que tanto el Código Civil local como los autores hacen referencia a ambas frases que son equivalentes, esta afirmación se sustenta con la tesis aislada registrada con el número 807,569, la cual, en resumidas cuentas, dice:

POSESIÓN EN CONCEPTO Y A TÍTULO DE PROPIETARIO, EQUIVALENCIA ENTRE ESTAS EXPRESIONES.

⁸⁸ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. *op. cit.* p. 829.

No se incurre en error ni en infracción del texto legal, cuando se relaciona el concepto en el cual se posee la cosa, con el concepto por el cual se ha entrado en la posesión de ella... El ánimo de poseer para sí y, por consecuencia, "en concepto de propietario"... A este respecto puede citarse a Planas y Casals... los artículos... expresan "concepto"... en cambio el artículo... dice "a título de", y en consecuencia, se atribuye a la primera expresión y a la última, el mismo significado. Poseer una cosa en concepto de dueño equivale a poseerla a título de tal...

Amparo civil directo 8150/41. Belmont Javier. 13 de marzo de 1944. Unanimidad de cinco votos. No se menciona al ponente. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo LXXIX. Pág. 5316.

Consecuentemente con lo anterior, se cita como ejemplo el texto del artículo 1074 de nuestro Código Civil que dice: "Solo la posesión que se adquiere a título de dueño de la cosa o derecho poseídos, y se disfruta con ese fundamento, puede producir la prescripción adquisitiva."

El artículo 1251 del citado Código Civil indica qué se entiende por "justo título", y éste es "el acto jurídico adquisitivo de la posesión en concepto de dueño." A este respecto, Rojina Villegas habla del justo título como equivalente al *animus domini*; y dice: "Es un elemento esencial de la posesión para producir la prescripción, que sea en concepto de dueño o posesión originaria." Aquí, Rojina, claro que se refiere a la prescripción positiva. El artículo 1248 dice que: "La posesión necesaria para prescribir debe ser: I.- Civil, en los términos de la parte final del artículo 1039;...". Vale la pena indicar, de nueva cuenta, lo que establece la referida "parte final del artículo 1039" la cual señala: "El que la posee" – la cosa – "a título de propietario tiene una posesión civil..."; esto es, como ya se indicó, la posesión civil es la que se tiene a título de propietario de la cosa; es decir, la posesión civil es la que se tiene con la intención de apropiarse de la cosa. Si, por alguna razón, se tomara en cuenta la posesión civil apta para prescribir, como aquella que únicamente le corresponde al propietario, que sería la que se indica en la primera parte del artículo 1039, se contravendría la regla que dice que "nadie prescribe contra su título". Rojina Villegas, al respecto, manifiesta dos hipótesis interesantes; una, donde la "posesión civil perfecta" ya no necesita de la prescripción para adquirir el dominio; y otra, donde la posesión "a título de propietario" puede ser subjetivamente válida en concepto de un Juez que así la declare. Dichas hipótesis son tomadas de comparaciones hechas entre el "Código vigente", refiriéndose Rojina al Código Civil de 1932; y el "Código anterior", o sea el de 1884; ambos para el Distrito Federal. Rojina

Villegas explica: "El Código anterior" exigía que el justo título fuera objetivamente válido para transferir el dominio, o bien subjetivamente válido por originar una creencia fundada respecto a la transmisión del dominio. Sólo admitía por consiguiente, dos formas de título justo: el objetivo y el subjetivo. El objetivo es aquél que reúne todos los requisitos que el derecho exige para la adquisición del dominio y para la transmisión del mismo, requisitos independientes de la creencia de la persona que posee, requeridos en la norma jurídica para darle plena validez al título, éste es, naturalmente, el título perfecto para que la posesión sea apta para prescribir; pero al mismo tiempo no tiene aplicación práctica, porque si el título es objetivamente válido, no habrá necesidad de recurrir a la prescripción para consolidar el dominio; se parte de la hipótesis de que se ha adquirido validamente, conforme al Derecho y, en consecuencia, ya no se necesita poseer durante cierto tiempo para adquirir el dominio que por virtud del título se ha transmitido legalmente. En cuanto al título subjetivamente válido, tiene gran interés para la prescripción, en virtud de que la ley considera bastante el título que se cree fundadamente suficiente para adquirir el dominio, aunque en realidad no sea bastante para la adquisición. Esta creencia del poseedor debe ser seria y debe descansar en un error, una falsa creencia de la realidad, que en concepto del Juez, sea fundada; que sea un error que en cualquier persona pueda haber provocado una creencia respecto a la validez del título. En todo caso que el "Código vigente" emplea la frase "poseer en concepto de propietario" abarca al título subjetivamente válido y, además, comprende una hipótesis no incluida en el "Código anterior"; que se refiere al *animus domini*, donde la persona que posee no tiene título y lo sabe, pero si tiene la intención de apropiarse de la cosa.⁸⁹

Posesión Precaria. Es la que se adquiere por razón de un acto jurídico donde se entrega una cosa por voluntad del dueño de ésta.

"La posesión precaria se regirá por las disposiciones generales relativas y por las especiales de los actos jurídicos en que se funde."; así lo indica el artículo 1040 del citado Código. Esto es evidente por cuanto la posesión precaria es tan variada como varios sean los negocios jurídicos de los cuales dimana; y se ha de atener a las reglas establecidas en el contrato respectivo; o a las que subsidiariamente señale la Ley al reglamentar dichos contratos.

Otra cuestión, referente a la defensa de la posesión precaria, es la que se indica en el artículo 1049, el cual establece que: "En caso de despojo el poseedor civil tiene

⁸⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 13. pp. 221-223.

derecho a pedir la restitución de la cosa poseída. El poseedor precario tiene el mismo derecho, aún cuando el despojo proceda del causante de la posesión.”

El “despojo” es un delito consistente en la privación ilegal y violenta de una cosa o derecho.⁹⁰ El despojo, como delito, está previsto en los artículos 206 al 209 del Capítulo V, Título Quinto, Libro Segundo del Código Penal para el Estado de Guanajuato vigente. En este Capítulo V se protege el bien jurídico tutelado llamado “derecho de posesión”; así lo comenta el autor Francisco Javier Guiza Alday.⁹¹

Posesión Indivisa. Esta posesión existe cuando varias personas poseen una cosa indivisa; donde cada una de ellas podrá ejercer actos posesorios sobre la cosa común, con tal de que no excluya los actos posesorios de los demás coposeedores.⁹²

Posesión Acreditada con Título Legítimo. Esta posesión es mejor que cualquier otra que no tenga tal fundamento; a falta de este título o siendo iguales los títulos se preferirá al más antiguo.⁹³

Ya se indicó lo que se entiende por “título de la posesión” según el Código Civil local (Art. 1055). Por propio pensamiento, el legislador, al expresar la frase “título legítimo”, quiere referirse a la causa jurídica en razón por la cual se adquiere la posesión, sea por razón de un acto jurídico, sea por un hecho proveniente de la voluntad unilateral del hombre o proveniente de las fuerzas de la naturaleza como lo sería un caso de accesión por aluvión, por ejemplo, cuando la corriente de un río deposita en nuestro predio un árbol ajeno con lo cual se nos confiere una posesión forzosa.⁹⁴ La dificultad se presenta al querer discriminar entre dos o más títulos. Si el título está inscrito en Registro Público no habrá problema, la inscripción le confiere esa bondad; pero cuando no hay inscripción habrá que atenerse al caso concreto y, por tanto, al criterio judicial mediante la ponderación de dichos títulos para determinar cuál de ellos es superior; y en caso de duda se preferirá al más antiguo.

Posesión Pacífica. Es la que se adquiere sin violencia.⁹⁵ La “violencia”, como ya se comentó, es un vicio de la voluntad. La violencia es la acción física o moral lo suficientemente eficaz para anular la capacidad de reacción de la persona contra la quien se ejerce.⁹⁶ Según Camelutti, el elemento material de la violencia está constituido por un

⁹⁰ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* p. 233.

⁹¹ GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Nuevo Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. 6ª ed. Ed. Librería Yussim. León, Guanajuato. p.93.

⁹² Código Civil para el Estado de Guanajuato. Artículo 1043.

⁹³ *Ibidem*. Artículo 1051.

⁹⁴ *Ibidem*. Artículo 909.

⁹⁵ *Ibidem*. Artículo 1071.

⁹⁶ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* p. 481.

comportamiento intimidatorio que se manifiesta en la coacción física o en la amenaza. La “amenaza” es un delito contemplado en nuestro Código Penal; la “coacción física” puede derivar en un delito previsto de una manera específica.

Lo contrario a la posesión pacífica sería la posesión violenta, es decir cuando se adquiere con violencia la posesión. La determinación de si una posesión es o no pacífica depende, según la ley, del momento de la adquisición; ello no afecta a que el poseedor lleve a cabo posteriormente actos violentos para mantenerse en posesión y defender ésta. Además, por el contrario, si la posesión se adquirió con violencia, al cesar ésta, aquella pasa a ser pacífica.⁹⁷ Esto se infiere del artículo 1253 de nuestro Código Civil que determina: “Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque esta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de..., contados desde que cese la violencia.”

Si la posesión violenta es la originada por un hecho delictuoso, esto en base a lo aportado por Camelutti, se puede decir, que “cesa” la violencia (como delito) cuando haya prescrito la pena o la acción penal según lo que se indica en el Capítulo VII del Título Quinto “De la extinción de responsabilidad”, Libro Primero de nuestro Código Penal vigente.

Posesión Continua. “Es la que no se ha interrumpido por alguno de los medios enumerados en Capítulo V, Título Octavo de este Libro.” (Libro Segundo del Código Civil local).⁹⁸ En relación al artículo 1265 ubicado en el Capítulo V mencionado, una posesión continua es la que no se ha interrumpido porque el poseedor sea privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año, por una demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor, o porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresa o tácitamente el derecho de la persona contra quien prescribe, de tal manera, y en relación con el artículo siguiente, el 1266, que a partir de cualquiera de esos hechos, nace el nuevo término para la prescripción.

“El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella.” Artículo 1273 del Código Civil local.

Posesión Pública. Es la posesión que se disfruta de manera que pueda ser conocida por todos, también lo es la que está inscrita en el Registro Público de la

⁹⁷ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* p. 486.

⁹⁸ Código Civil para el Estado de Guanajuato, Artículo 1072.

Propiedad.⁹⁹ Lo contrario de la posesión pública es la llamada posesión clandestina que consiste en no poseer públicamente.

Una posesión es pública cuando el poseedor no se esconde en el uso de la cosa, esta posesión es normal; no es requisito que se exhiba a todos, más bien que pueda ser razonablemente conocida por la generalidad al no llevarse a cabo de manera oculta.¹⁰⁰

Ya se esbozó la importancia de las inscripciones de posesión. La Ley tiende, por medio del Registro, a favorecer, en todo caso, los derechos inscritos frente a los que no lo están y facilita de este modo la adquisición de justo título.¹⁰¹

El que tenga una posesión apta para prescribir, de bienes inmuebles no inscritos en el Registro a favor de persona alguna; aún antes de que transcurra el tiempo necesario para prescribir, puede inscribir su posesión, mediante resolución judicial que dicte el Juez competente, ante quien la acredite del modo que fije el Código de Procedimientos Civiles.

2.7.3 VICIOS DE LA POSESIÓN.

Por vicio, en el campo del Derecho, se debe entender la realización incompleta o defectuosa de cualquiera de los elementos de esencia de una institución.¹⁰² Puede suceder que la posesión se vea afectada por ciertos vicios que la hagan inútil, bien sea para el ejercicio de las acciones posesorias o para la usucapión. Estos dos privilegios no se otorgan más que a una posesión exenta de vicios. Vicio en la posesión es pues cierta manera de ser que la hace inútil jurídicamente o la priva de surtir sus efectos en los plazos normales establecidos en la ley.¹⁰³ Son cuatro los vicios de la posesión: 1. Violencia, si la posesión no es pacífica; 2. Discontinuidad, si la posesión no es continua; 3. Clandestinidad, si la posesión no es pública, y 4. Equivoca, si la posesión no es cierta, y que no se sabe, por el público, que se posee a título de dueño y para sí.¹⁰⁴

2.7.4 ADQUISICIÓN DE LA POSESIÓN.

La posesión se adquiere normalmente cuando se reúnen en una misma persona el *corpus* y el *animus*. Éste es el caso perfecto de la posesión. En los contratos translativos

⁹⁹ *Ibidem*. Artículo 1073.

¹⁰⁰ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. *op. cit.* p. 487.

¹⁰¹ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALETA, Salvador. *op. cit.* p. 524.

¹⁰² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 451.

¹⁰³ DE IBARROLA, Antonio. *op. cit.* p. 124.

¹⁰⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 451.

de dominio, cuando hay entrega de la cosa, el adquirente tiene el *corpus* por la entrega, y el *animus* por virtud de la traslación de la propiedad.¹⁰⁵

Puede adquirirse la posesión por solo el *animus*. En el propio ejemplo del contrato translativo del dominio, puede el adquirente, que ya tiene el *animus*, dejar la tenencia de la cosa al enajenante o a un tercero. En el caso de transmisión de propiedad por herencia, el dominio y la posesión de los bienes se transmiten en el momento mismo de la muerte, exceptuándose el caso de bienes indeterminados que hayan sido objeto de un legado.¹⁰⁶ El artículo 2544 del Código Civil local dice que: "A la muerte del autor de la sucesión, los herederos adquieren el derecho a la masa hereditaria como un patrimonio común, mientras no se hace la división."; por su parte el artículo 2942 dice: "El derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de ley, a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia, salvo lo dispuesto en el artículo 273. Corresponde a lo herederos la posesión civil y a los ejecutores generales la precaria."

"Ejecutor universal o general" es sinónimo de ejecutor testamentario, es decir, del albacea; el cual De Pina, en su diccionario, lo define como la persona designada por el testador, los herederos, el Juez o los legatarios, según los casos, para cumplir la última voluntad del causante de la sucesión, mediante la realización de ciertos actos y operaciones necesarias al efecto.

Nuestro Código Civil, en su artículo 1038, dice que: "Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero a nombre de aquélla sin mandato alguno; pero en éste último caso no se entenderá adquirida ni ejercida la posesión hasta que la persona a cuyo nombre se hayan verificado los actos posesorios, los ratifique."

En el citado Código, puede adquirirse la posesión por el *corpus*, sin el *animus domini*, todos los casos de posesión precaria producen la posesión sin el *animus domini*. El Código reconoce que hay posesión. En principio el elemento intencional se requiere en la persona misma; sin embargo, para las personas incapaces, basta la voluntad de su legítimo representante.¹⁰⁷

2.7.5 PÉRDIDA DE LA POSESIÓN.

¹⁰⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 648.

¹⁰⁶ DE IBARROLA, Antonio. *op. cit.* p. 122.

¹⁰⁷ *Idem.*

El artículo 1076 de nuestro Código Civil enumera ocho causas de pérdida de la posesión; examinando dichas causas:

"I.- Por abandono;". En este caso los elementos constitutivos de la posesión, o sea, el *corpus* y el *animus*, desaparecen.

"II.- Por cesión a título oneroso o gratuito;". En este caso también desaparecen los elementos mencionados.

"III.- Por la destrucción o pérdida de la cosa por quedar ésta fuera del comercio;". Aquí también pueden desaparecer los elementos constitutivos de la posesión; de hecho, principalmente, se pierde el *corpus*.

"IV.- Por resolución judicial;". Esto sucede en todos aquellos casos en que la declaración del Juez estime que la posesión no es legítima o debe ceder a otra con mejor título.

"V.- Por despojo, si la posesión del despojante dura un año o más;". Esta fracción, como causa, concuerda con el plazo que indica el segundo párrafo del artículo 1050 que dice: "El poseedor tiene derecho de ser restituido si lo requiere dentro de un año contado desde que comenzó públicamente la nueva posesión, o desde que llegó a noticia del que antes tenía, si comenzó ocultamente." En el fondo, es un modo de adquirir la "posesión" por usucapión a favor del despojante.¹⁰⁸

"VI.- Por reivindicación del propietario;". Ésta es la forma o modo más corriente de pérdida de la posesión contra la voluntad del poseedor.

"VII.- Por expropiación por causa de utilidad pública;". Es una causa idéntica a la de la anterior fracción, donde al momento en que se falle a favor del Decreto Expropiatorio, el poseedor se tiene que atener a dicho fallo.

"VIII.- Por la imposibilidad del ejercicio del derecho o por su no ejercicio durante el tiempo que baste para que quede prescrito." Aquí son dos las causas: 1. Que el poseedor no pueda ejercitar los derechos poseídos, siendo la imposibilidad toda incapacidad física o jurídica; y 2. Que haya inacción en su ejercicio por el tiempo necesario para que dichos derechos estén prescritos, siendo esta prescripción la extintiva¹⁰⁹ o, mejor dicho, negativa, como también se le llama en nuestro Código Civil.

2.7.6 DIRECTRICES DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL PROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO EN CUANTO A LA POSESIÓN.

¹⁰⁸ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. *op. cit.* p. 529.

¹⁰⁹ *Idem.*

En la Exposición de Motivos del Proyecto de nuestro Código Civil, se menciona que la Comisión encargada de las reformas no ha pretendido crear un nuevo ordenamiento; ya que consideró como pauta a seguir, en lo general, el Código Civil de 1928 vigente en el Distrito y Territorios Federales desde 1932, pero conservando el individualismo de nuestras instituciones que no chocaran con la "concepción de la vida moderna".

Así que, de los motivos expuestos por nuestro Código Civil respecto a los puntos que se refieren a la posesión, por propia consideración, se señalan ciertas directrices que se pueden desprender de dicha exposición; incluyendo, además, en base a lo dicho en el párrafo anterior, algunos de los motivos más interesantes expuestos en el otro Código mencionado, el del Distrito Federal; esto con el fin de seguir exponiendo la necesidad práctica de incluir, en las leyes civiles locales, una mejor defensa de la posesión. Las directrices a destacar son:

Primera. La posesión se analiza independientemente del derecho de propiedad y de cualquier otro acto jurídico que le sirviera de título.

Con esto, se puede decir que se ve a la posesión con vida propia; que no hay disposición legal que subordine la existencia de la posesión a la de un legítimo dominio; que dentro de las realidades de nuestra legislación civil se define a la posesión como el poder que se ejerce sobre una cosa, y que basta esa situación jurídica para que se constituya la posesión, e indudablemente que dicha situación puede realizarse sin la existencia de título alguno de dominio.

Segunda. Se definió la posesión, sin anteponer ninguna excepción para no estimarla así. Artículo 1037.

Tercera. Se estableció la existencia de dos clases de poseedores. Artículo 1039.

Cuarta. Se estableció que cuando exista demostración de que una persona tiene en su poder una cosa por virtud de la dependencia que guarda para con el propietario de ella; y aquella la retiene por las órdenes o instrucciones que de él mismo ha recibido, no se le considera poseedor.

Quinta. La Comisión entendió por título la causa generadora de la posesión; y, al ocuparse de la prescripción, el artículo 1251 definió el justo título como el acto jurídico adquisitivo de la posesión en concepto de dueño.

Sexta. Se aceptó la existencia de la posesión de buena y de mala fe; y, en ciertas condiciones (como se verá en el punto siguiente), cuando la cosa poseída produzca frutos, se concede al detentador una remuneración o participación en los productos que

se han obtenido como consecuencia de su trabajo, lo que implica una sanción para el propietario negligente o indolente.

Ahora, en la exposición de motivos del Código Civil para el Distrito Federal, tratándose de la posesión, se lee lo siguiente:

“Se ensayó implantar la teoría objetiva de la posesión... No se exige para conceptuar poseedora a una persona el “*animus domini*”... sino que basta para adquirir la posesión que se ejerza un verdadero poder de hecho sobre la cosa, en provecho del que la tiene, sin perjudicar a la colectividad... Los llamados detentadores serán poseedores, porque hay que proteger un estado de hecho que tiene valor social y económico por sí mismo. La posesión es la consagración que el derecho hace de una situación de hecho y no se necesita averiguar, desde el punto de vista puramente individualista, lo que quiere o piensa el beneficiario de esa situación de hecho, sino cómo afecta a la colectividad a la que aquél pertenece como miembro. Mas, según que el poseedor reconozca o no en otro el derecho de propiedad de lo poseído, producirá la posesión diferentes efectos...”

“Se concedió a la posesión el procedimiento de defensa... privada; sólo... las acciones tradicionales de retener y recobrar la posesión.”

“...Se reglamentó la posesión sin título, es decir, el poder de hecho que se adquiere sobre una cosa independientemente de toda autorización de su dueño. Esta posesión fue garantizada, cuando el poseedor hace producir la cosa poseída, pues el beneficio que con esto recibe la colectividad amerita que se reconozca esa posesión como capaz de producir efectos jurídicos. Consecuentemente con ese criterio, la Comisión estableció la posesión útil, es decir, la de aquel que hace producir la cosa, rodeando a esa posesión de más garantías y reconociéndole mayores efectos jurídicos. En concepto de la Comisión, merece más protección el individuo que, aunque sin ser propietario, tiene una cosa en su poder, la beneficia debidamente y la hace producir para satisfacer necesidades sociales, que el propietario indolente que mantiene ociosa su propiedad, la abandona o impide que la sociedad obtenga de ella el aprovechamiento que la colectividad reclama.”

“...Juzga la Comisión que la creencia, aunque fundada pero errónea, de tener título bastante para transferir el dominio, en realidad no constituye un verdadero título y que la posesión en tal caso debe ser considerada como posesión sin título.”

“La frecuencia y rapidez con que se hacen las transacciones sobre muebles impiden que éstas se sujeten a una publicidad formalista y complicada... Por eso, tratándose de muebles, la publicidad que resulta del hecho de la posesión substituye a la

acción protectora que en materia de inmuebles realiza la inscripción en el Registro, y la Comisión aceptó el principio de que el poseedor de una cosa mueble se presume propietario de ella.”

“Una consecuencia de esta presunción, necesaria para que la circulación de los muebles fuese rápida, fácil y segura, ya que el comprador en cada caso no exige al vendedor la comprobación de la legitimidad de su derecho, fue que se garantizara al comprador de buena fe contra la pérdida del precio pagado cuando adquiriera la cosa en almoneda o de un comerciante que se dedique a la venta de objetos de la misma especie. Se estimó que los perjuicios que por este motivo llegara a sufrir el propietario de la cosa perdida o sustraída, pueden ser evitados por el mayor cuidado que tomen las autoridades para impedir que en almoneda o mercados públicos se vendan cosas robadas.”

2.7.7 EFECTOS DE LA POSESIÓN.

La posesión, considerada en sí misma, produce diversos efectos según sea la cualidad jurídica de la misma y según se produzcan dichos efectos subsistiendo la posesión o cuando ésta se extingue por ser conferida a otro poseedor con mejor derecho o al dueño reclamante.

Las presunciones referentes a la posesión, establecidas en nuestro Código Civil, y que solamente pueden desvirtuarse bajo prueba en contrario, deben considerarse efectos de la posesión.

La Ley, en su deseo de proteger la posesión, establece diversas presunciones a favor de ésta, sin que en modo alguno dichas presunciones puedan dar, por sí solas, legitimidad a la posesión y mucho menos calidad de dominio; ya que, esas presunciones son *iuris tantum* en cuanto a su naturaleza; es decir, que pueden ser impugnadas mediante pruebas en contrario;¹¹⁰ sin embargo, si no se rinde ninguna prueba para destruirlas, dichas presunciones cobran eficacia de prueba plena, como según lo indica el artículo 223 de nuestra Ley adjetiva civil, la cual dice: “Las presunciones legales que no admitan prueba en contrario tendrán pleno valor probatorio. Las demás presunciones tendrán dicho valor, mientras no sean destruidas.”

En nuestro Código sustantivo civil se aprecian las siguientes presunciones:

Artículo 1044.- La posesión civil da al que la tiene la presunción de propietario para todos los efectos legales.

¹¹⁰ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. *op. cit.* p. 529

Artículo 1047.- El poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior con el mismo título, tiene a su favor la presunción de haber poseído en el intermedio.

Artículo 1048.- La posesión de un inmueble hace presumir la de los bienes muebles que se hallen en él.

Artículo 1052.- Se reputa como nunca perturbado o despojado el que judicialmente fue mantenido o restituido en la posesión.

Artículo 1056.- La buena fe se presume siempre. Al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla.

Artículo 1075.- Se presume que la posesión se sigue disfrutando en el mismo concepto en que se adquirió, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión.

Los efectos de la posesión civil, es decir, la que se tiene a título de propietario, son:

1. El efecto fundamental de la posesión en concepto de dueño es que se convierte en dominio al transcurrir el tiempo exigido por la ley para la usucapión; como lo dice el artículo 1074: "Solo la posesión que se adquiere a título de dueño de la cosa o derecho poseídos, y se disfruta con ese fundamento, puede producir la prescripción adquisitiva."

La "prescripción adquisitiva" o positiva o usucapión, como efecto de la posesión, se verá, con un poco más de amplitud, más adelante.

2. Ejercitar las acciones pertinentes para defender su posesión.

Este efecto, como ya antes se hizo ciertas menciones, abarca también a los poseedores precarios o, inclusive, cualquier poseedor que se crea con ese derecho. "En caso de despojo el poseedor civil tiene derecho a pedir la restitución de la cosa poseída. El poseedor precario tiene el mismo derecho, aún cuando el despojo proceda del causante de la posesión.", así lo indica el artículo 1049.

3. Pedir la inscripción de su posesión en el Registro Público de la Propiedad.

4. Producir a su favor la devolución de los frutos, a que se le abonen los gastos y a retirar las mejoras, si dicha posesión la pierde por reivindicación al propietario; incluso, si perdió la posesión por causa de despojo u otro hecho a favor de otro poseedor con "menor" derecho, puede producir que se le devuelva la cosa.

La primera parte de este cuarto efecto se fundamenta con lo que establece el artículo 1061 al indicar que: "El que posee en concepto de dueño por un año o más, pacífica, continua y públicamente, aunque su posesión sea de mala fe, con tal de que no sea delictuosa, tiene derecho: I.- A las dos terceras partes de los frutos industriales que haga producir la cosa poseída, perteneciendo la otra tercera parte al propietario, si

reivindica la cosa antes de que prescriba; II.- A que se le abonen los gastos necesarios y a retirar las mejoras útiles, si es dable separarlas sin detrimento de la cosa mejorada. No tiene derecho a los frutos naturales o civiles que produzca la cosa que posee, y responde de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenida por su culpa.”

Acerca de los “frutos” mencionados, nuestro Código Civil los define como: “Son frutos naturales las producciones espontáneas de la tierra, las crías y demás productos de los animales.”, artículo 886. “Son frutos industriales los que producen las heredades o fincas de cualquier especie obtenidos mediante el cultivo o trabajo.”, artículo 888. “Son frutos civiles, los alquileres de los bienes muebles, rentas de los inmuebles, los réditos de los capitales y todos aquellos que no siendo producidos por la misma cosa directamente, viene a ella por contrato, por última voluntad o por ley.”, artículo 891.

Los “gastos necesarios” son, según el citado Código, en su artículo 1065: “los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora.”

La segunda parte de este cuarto y último efecto citado se entiende de lo que establecen el artículo 1049, ya citado, y en el tercer párrafo del artículo 1050 que indica: “Si la posesión es de menos de un año, nadie puede ser mantenido ni restituido judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor.” Esto también se aplica a todos los demás poseedores ya que en este artículo no se hace ninguna distinción.

Ya se sabe que la posesión cede siempre a favor de quién tenga mejor derecho a ella, sea por razón de buena fe, de título, de inscripción o de antigüedad en la posesión. Cuando surge quién tiene mejor derecho que nosotros a poseer la cosa que se encuentra a nuestra disponibilidad o el derecho que gozamos, la cuestión puede resolverse de común acuerdo o por la vía judicial. En este último caso entran en juego las reglas establecidas por nuestro Código Civil para fijar los efectos de dicho evento si la posesión es de buena o mala fe, y si tiene su origen en un acto delictuoso. Se tratarán por separado esos efectos de la posesión.

Los efectos de la posesión de buena fe son:

1. Los que establece el artículo 1058 al decir: “El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título translativo de dominio, tiene los derechos siguientes: I.- El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no es interrumpida; II.- El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago; III.- El de retirar las mejoras voluntarias, si no se causa daño a la cosa mejorada o reparado el que se cause al retirarlas; IV.- El de que se le abonen los gastos hechos por él para la producción de los

frutos naturales e industriales que no hace suyos por estar pendientes al tiempo de interrumpirse la posesión, teniendo derecho al interés legal sobre el importe de esos gastos desde el día en que los haya hecho.”

Al respecto de los “gastos” aquí referidos, nuestro Código Civil señala que: “Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa.”, artículo 1066. “Son gastos voluntarios los que sirven sólo de ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor.”; artículo 1067.

2. El que establece el artículo 1059 al decir: “El poseedor de buena fe al que se refiere el artículo anterior no responde del deterioro o pérdida de la cosa poseída, aunque haya ocurrido por hecho propio; pero sí responde de la utilidad que él mismo haya obtenido de la pérdida o deterioro.”

Los efectos de la posesión de mala fe son:

1. Los que establece el artículo 1060; el cual indica: “El que posee por menos de un año, a título translativo de dominio y con mala fe, siempre que no haya obtenido la posesión por medio delictuoso, está obligado: I.- A restituir los frutos percibidos; II.- A responder de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa o por caso fortuito o fuerza mayor, a no ser que pruebe que éstos se habrían causado aunque la cosa hubiese estado poseída por su dueño. No responde de la pérdida sobrevenida natural o inevitablemente por el sólo transcurso del tiempo. Tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios.”

2. Los señalados en el artículo 1061 ya citado como explicación de la primera parte del cuarto efecto de la posesión a título de dueño.

Los efectos de la posesión delictuosa son:

Los que establece el artículo 1062, el cual indica que: “El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso, está obligado a restituir todos los frutos que haya producido la cosa y que los que haya dejado de producir por omisión culpable. Tiene también la obligación impuesta por la fracción II del artículo 1060.”

Efectos Generales. Existen también ciertos efectos generales; ya que ley habla de gastos y mejoras; así como de los frutos, así nuestro Código Civil establece: “Art. 1063.- Las mejoras voluntarias no son abonables a ningún poseedor, pero el de buena fe puede retirarlas conforme a lo dispuesto en el artículo 1058, fracción III.”, “Art. 1064.- Se entienden percibidos los frutos naturales o industriales desde que se alzan o separan. Los frutos civiles se producen día a día, y pertenecen al poseedor en esta proporción, luego que son debidos, aunque no los haya recibido.”, “Art. 1068.- El poseedor debe justificar el

importe de los gastos a que tenga derecho. En caso de duda se tasarán por peritos.”, “Art. 1069.- Cuando el poseedor hubiere de ser indemnizado por gastos y haya percibido algunos frutos a que no tenía derecho, habrá lugar a la compensación”, y “Art. 1070.- Las mejoras provenientes de la naturaleza o del tiempo, benefician al que haya vencido en la posesión.”

Efecto de la posesión de muebles. El Derecho mexicano se inclina respecto a la posesión de los muebles por el criterio de que su posesión equivale al título, como ya se indico en los motivos expuestos para el Código Civil del Distrito Federal; y, por tanto, que dicho título de los muebles es considerado, cuando el poseedor es de buena fe y en concepto de dueño, como si fuese origen del propio dominio. Pero esta regla no puede ser absoluta por cuanto al propietario tiene a su favor la acción reivindicatoria.¹¹¹ De ahí que el Código Civil local establezca ciertos temperamentos a esa regla:

“Art. 1045.- El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fe que la haya adquirido en almoneda de un comerciante establecido, que se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin rembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor.”

“Art. 1046.- La moneda y los títulos al portador no pueden ser reivindicados del adquirente de buena fe, aunque el poseedor haya sido desposeído de ellos contra su voluntad.”

La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, refiriéndose a los títulos al portador, en su artículo 73, indica: “Los títulos al portador sólo pueden ser reivindicados cuando su posesión se pierda por robo o extravío y únicamente están obligados a restituirlos o devolver las sumas percibidas por su cobro, o transmisión, quienes los hubieren hallado o substraído y las personas que los adquieran, conociendo o debiendo conocer las causas viciosas de la posesión de quien se los transfirió. La pérdida del título por otras causas, sólo da derecho a las acciones personales que puedan desvirtuarse del negocio jurídico o del hecho ilícito que la hayan ocasionado o producido.”

2.8 LA USUCAPIÓN.

¹¹¹ *Ibidem.* p. 533.

Usucapión es la manera de adquirir el derecho real de propiedad, mediante la posesión de la cosa en que recae, en una forma pacífica, continua, pública y a título de dueño, por todo el tiempo que determine la ley.¹¹²

La palabra usucapión, el verbo usucapir, en vano se buscaría en el Código Civil local. Viene del vocablo *capere* y *usu*; coger, adquirir por el uso. A esta figura jurídica dicho Código la designa con el nombre de Prescripción Positiva o adquisitiva; como así lo indica en sus artículos 1231 y 1232, donde el primero dice: "Prescripción es un medio de adquirir bienes... mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley."; el segundo artículo indica: "La adquisición de bienes en virtud de la posesión se llama prescripción positiva..."

Se hace notar que la ley se abstiene de hacer alguna definición de usucapión, y en este caso merece alabanzas.¹¹³

2.8.1 REQUISITOS PARA LA USUCAPIÓN.

No basta la mera posesión para adquirir el dominio mediante el transcurso del tiempo, sino que es necesario que concurren los requisitos o condiciones establecidos por el Código Civil local; dichas condiciones están establecidas en el artículo 1246 que dice: "La posesión necesaria para prescribir debe ser: I.- Civil, en los términos de la parte final del artículo 1039; II.- Pacífica; III.- Continua; IV.- Pública.". Así también, una cosa, para que sea materia de usucapión, debe cumplir con el requisito que establece el artículo 1233 que indica: "Sólo pueden prescribirse los bienes y obligaciones que están en el comercio, salvo las excepciones establecidas por la ley.". Ahora bien, respecto de la persona que adquiere la cosa por usucapión, denominada prescribiente, se debe tener en consideración su capacidad; su capacidad adquisitiva, como lo indica el artículo 1234 que dice: "Pueden adquirir por prescripción positiva todos los que son capaces de adquirir por cualquier otro título; los menores y demás incapacitados pueden hacerlo por medio de sus legítimos representantes."

2.8.1.1 TÉRMINO REQUERIDO PARA LA USUCAPIÓN.

Los plazos que establece nuestro Código Civil para que, a través de la posesión de una cosa y con la usucapión, el poseedor se convierta en propietario, se indican en los artículos 1247 al 1249 y 1253.

¹¹² GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 465.

¹¹³ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. *op. cit.* p. 767.

El artículo 1247 dice: "Con los requisitos a que se refiere el artículo anterior" – o sea, el 1246, ya expuesto – "...los inmuebles se prescriben: I.- En cinco años cuando se posee con justo título y con buena fe; II.- En diez años cuando se poseen con justo título y de mala fe."

El artículo 1248 establece: "Los bienes inmuebles prescribirán también en veinte años aún cuando la posesión sea sin justo título y de mala fe, siempre que sea civil, pacífica, continua y pública. No operará esta causa si el hecho que dio origen a la posesión, hubiere sido declarado delito por sentencia ejecutoria."

La "sentencia ejecutoria" es la que produce efectos de cosa juzgada y causa estado; es la verdad legal.

El artículo 1249 indica: "Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando sean poseídos de buena fe, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe se prescriben en cinco años."

Como se puede apreciar, el artículo precedente no exige la posesión con cualidad de ser pública, y con esta base se puede afirmar lo que se ha venido diciendo de los muebles respecto a su publicidad; la cual se puede deducir del hecho de la posesión, substituyendo así a la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, pero provocando el mismo efecto.

Por último, el artículo 1253 enuncia: "Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de veinte años para los inmuebles y de diez para los muebles, contados desde que cese la violencia."

2.8.2 SUSPENSIÓN DE LA USUCAPIÓN.

Hay ocasiones en que se toma posesión de una cosa y sin embargo la usucapión, por mandato de ley, no puede iniciarse ni correr en contra del propietario que se encuentre en un estado o situación que no le permita hacer defensa de sus derechos. Los artículos del Código Civil local siguientes indican esta circunstancia:

"Art. 1262.- La prescripción puede comenzar y correr contra cualquier persona, salvo las siguientes restricciones.", "Art. 1263.- La prescripción no puede comenzar ni correr contra los incapacitados, sino cuando se haya discernido su tutela conforme a las leyes. Los incapacitados tendrán derecho de exigir responsabilidad a sus tutores cuando por culpa de éstos no se hubiere interrumpido la prescripción.", y "Art. 1264.- La prescripción no puede comenzar ni correr: I.- Entre ascendientes y descendientes,

durante la patria potestad, respecto de los bienes a que los segundos tengan derecho conforme a la ley; II.- Entre los consortes; III.- Entre los incapacitados y sus tutores o curadores, mientras dura la tutela; IV.- Entre copropietarios y coposeedores respecto del bien común; V.- Contra quienes se encuentren fuera del país prestando un servicio público al Estado o la Federación; VI.- Contra los militares que se encuentren en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Estado.”

2.8.3 INTERRUPCIÓN DE LA USUCAPIÓN.

La consumación de la usucapión requiere: 1. Que el poseedor haya poseído la cosa con las condiciones que establece la ley; y 2. Que quien sea titular de la propiedad de la cosa que tiene el poseedor permanezca en inactividad por lo que hace al ejercicio de recuperar la cosa.

Faltando alguno de dichos requisitos la usucapión se interrumpe. Así, la interrupción de la usucapión puede revestir las formas que indica el artículo 1265 de nuestro Código Civil que establece: “La prescripción se interrumpe: I.- Si el poseedor es privado de la posesión de la cosa o del goce del derecho por más de un año; II.- Por demanda o cualquier otro género de interpelación judicial notificada al poseedor o al deudor en su caso. Se considerará la prescripción como no interrumpida por la interpelación judicial, si el actor desistiese de ella, o fuese desestimada su demanda; III.- Porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito o tácitamente por hechos indudables, el derecho de la persona contra quién prescribe.”

2.8.4 ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD EN VIRTUD DE LA USUCAPIÓN.

Consumado el término fijado por la ley, el poseedor se convierte en propietario. Tiene derecho inclusive a que se le extienda el correspondiente título de propiedad. Así lo indican los artículos 1250, 1252 y 1254 del Código Civil local.

El primero de dichos artículos dice: “El que alega la prescripción debe probar la existencia del título en que se funda su derecho, salvo lo dispuesto en el artículo 1248.” El contenido de este artículo puede justificarse en razón de la necesidad de acreditar, ante el Juez, que la posesión del prescribiente reúne las condiciones establecidas por la ley incluyendo la causa que la originó, para que el juzgador pueda calificar la posesión y tenga un punto de referencia del cual partir para hacer el computo del respectivo plazo y, así como para no dejar en estado de indefensión al que pueda aparecer como propietario

de la cosa materia de la usucapión. Sin embargo, no puede descartarse el hecho de que un poseedor intente la acción de prescripción positiva contra el que aparezca como titular de la propiedad disputada; y, en dicho caso no puede exigirse al prescribiente un título, como acto translativo de dominio (sea lícito o no, pero que sea bastante para que fundadamente se crea que posee en concepto de dueño; pero, en propia consideración, sí debe exigírsele indicar el hecho o circunstancia que se señale como causa generadora de la posesión); ya que todos los requisitos de su adquisición, se tratan de demostrar y satisfacer en el juicio. Se puede tomar como ligero apoyo lo que se establece en el párrafo siguiente.

El segundo artículo indica: "El que hubiese poseído bienes por el tiempo y con las condiciones exigidas por este Código para adquirirlos por prescripción, puede promover juicio contra el que aparezca como propietario de esos bienes en el Registro Público de la Propiedad a fin de que se declare que la prescripción se ha consumado y que ha adquirido, por ende, la propiedad.

Comprobada debidamente la posesión, el Juez declarará que el poseedor se ha convertido en propietario en virtud de la prescripción y tal declaración se tendrá como título de propiedad y será inscrito en el Registro Público previa su protocolización."

El tercero y último artículo establece: "La sentencia ejecutoria que declare procedente la acción de prescripción, se inscribirá en el Registro Público y servirá de título de propiedad del poseedor."

CAPÍTULO III

LA PROTECCIÓN A LA POSESIÓN

Antes de entrar al estudio de las protecciones que otorga la Ley a la posesión, conviene mostrar las razones existentes que justifican, por decirlo así, la protección a la posesión, y esto se realizará a través de exponer las teorías sobre la protección a la posesión.

3.1 TEORÍAS SOBRE LA PROTECCIÓN A LA POSESIÓN.

Según la mayoría de los jurisconsultos, la posesión es un hecho y no un derecho. Si fuera un derecho no habría necesidad de explicarse la existencia de su protección; los derechos se protegen por que son derechos.

La posesión puede presentarse como un estado de hecho que produce consecuencias jurídicas, o bien, como una consecuencia de un derecho que concede un poder jurídico sobre las cosas. En este caso la posesión es efecto del derecho de propiedad o de otros derechos reales o personales.

Cuando la posesión es efecto de un derecho, está ya protegido el derecho con sus acciones propias. Si la posesión es consecuencia de la propiedad, está protegida con acciones especiales; si del usufructo, éste tiene su protección con acciones propias de ese derecho; si es consecuencia de un derecho personal, como el arrendamiento, el arrendatario tiene sus acciones conforme al contrato de arrendamiento para proteger el uso y el goce y, por vía de consecuencia, se tutela la posesión; pero su protección es indirecta, se tutela al derecho que la origina y así se ampara necesariamente a la posesión.¹¹⁴

Para el caso en que la posesión se presenta como un estado de hecho, la razón de su protección reconocida en la Ley se encuentra en los fundamentos que pueden, desde el punto de vista doctrinal, explicar la existencia de tal protección posesoria. Las teorías al respecto pueden clasificarse en dos grupos: Uno de teorías relativas y otro de teorías absolutas. En el primero, se encontrarán las teorías que dicen que la posesión debe protegerse no en sí misma, sino por otros motivos extraños. En el segundo grupo, entran las teorías que indican que la posesión debe ser protegida en sí misma.

¹¹⁴ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 749.

3.1.1 TEORÍAS RELATIVAS.

Estas teorías pueden dividirse en los siguientes grupos:

Primero. Teorías que protegen la posesión para evitar el acto ilícito. Admiten dos variantes: a) Según Savigny, se protege la posesión para evitar el acto delictuoso contra el poseedor, en la perturbación o en el despojo: "Cuando no hay violencia, no hay razón para proteger la posesión, porque es un simple hecho.". b) La segunda variante prohíbe al acto ilícito tomando en cuenta no el interés particular del poseedor, sino el interés general de la sociedad, el orden jurídico. Esta teoría es la de Rudorff, él dice que debe prohibirse que alguien se haga justicia por sí mismo: "El acto de propia autoridad que en forma violenta e ilícita, ejecute un individuo, es un delito que lesiona el interés de la comunidad."

Segundo. Teorías que consideran que la posesión debe protegerse según un principio de lógica procesal, conforme al cual nadie puede ser vencido jurídicamente, sino cuando se le opone un mejor derecho. Esta es la teoría de Thibaut, según él, es un principio necesario a la razón el que nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no invoca un mejor fundamento para apoyar su pretensión: "La razón por la cual se protege al que está en posesión de la cosa contra un tercero, es por el simple hecho de estar en posesión, circunstancia que le da un motivo preponderante sobre el que no lo está. Para que otro venza al poseedor, debe invocar un mejor derecho, y entre tanto no invoque y justifique ese mejor derecho, debe protegerse al poseedor.". En este mismo grupo, otro autor, Röder, dice que la posesión debe protegerse respetando el principio de probidad, de honradez y de buena fe en el hombre: "Debe considerarse como principio esencial que todo hombre que está en posesión de una cosa tiene en su favor la presunción de poseer de buena fe y de manera honrada; entre tanto no se demuestre lo contrario."; de manera que no habría razón, para despojar a un poseedor, en tanto no se acredite que esa presunción de probidad, honradez y de buena fe, es falsa.¹¹⁵

Tercero. Teorías que consideran que la posesión no debe protegerse por sí misma, sino porque es una propiedad probable o posible, conforme a la opinión antigua; o una propiedad que comienza con la usucapión, según lo piensa Gans; o bien, porque es el complemento necesario para proteger la propiedad ya que, según Ihering, el propietario al recibir un ataque protege principalmente su posesión antes de entrar a discutir el dominio: "La posesión es la avanzada de la propiedad.". La batalla se libra, según Ihering, no a propósito del dominio, sino de la posesión: "Si se pierde ésta, se tiene a retaguardia la propiedad para defender el derecho." Pero Ihering reconoce que al proteger la

¹¹⁵ *Ibidem.* pp. 752 y 753.

propiedad por el hecho de la posesión, se protegerá también a los no propietarios, por cuanto no siempre la posesión trae a retaguardia la propiedad.

3.1.2 TEORÍAS ABSOLUTAS.

De estas teorías, a su vez, se pueden formular los siguientes grupos:

Primero. Doctrinas del interés. Según estas teorías, la posesión se protege porque implica, o un interés jurídico, o un interés económico esencial. Buchel considera que debe protegerse a la posesión en sí misma; porque lleva necesariamente el acto de la posesión un interés jurídico, ya que las consecuencias que ésta produce son de derecho, son efectos jurídicos que tienen ya un contenido jurídico y, por tanto, debe protegerse. Zachariae arguye que la posesión sirve para la satisfacción de las necesidades del hombre y por eso debe protegerse, por un interés económico.

Olvidan estas teorías que el poseedor desposeído también tiene un interés económico en verse restituido en la posesión.¹¹⁶

El "interés jurídico" consiste en la disposición de ánimo de quien, con la finalidad de prevenir un daño o un perjuicio o para corregir o hacer cesar los efectos que se están produciendo o se hayan producido, se vea transgredido en su derecho, el cual, para ser protegido, aquél demanda la reparación o la protección de dicho derecho; por lo tanto, tal interés debe entenderse como aquél que tienen las partes con relación a los derechos o a las cosas materia del juicio en el que intervienen, es decir, es la facultad que le asiste para solicitar que el proceso del que forman parte, se siga en los términos de ley.

Segundo. Teorías subjetivas. Estas teorías se inspiran, en parte, en la ocupación de bienes sin dueño y, por consiguiente, en la situación preponderante del que ocupa por primera vez una cosa de nadie. Dice Bruns que en el acto volitivo de apropiación se protege la voluntad individual realizada en la cosa contra todo acto de autoridad privada; de manera que Bruns encuentra un doble fundamento: 1. Proteger la voluntad humana, que es tutelar la personalidad del hombre, o sea, la idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones; y 2. Prohibir un acto antijurídico, que sería el hacerse justicia por sí mismo para reivindicar la cosa, incluso cuando se tiene un mejor derecho. Puchta considera que debe ampararse el acto volitivo de apropiación en defensa de la personalidad humana, que hay una presunción de capacidad y de derecho cuando alguien pudo ejecutar una apropiación sin encontrar resistencia de tercero; que, por esta presunción y con la eficacia de obtener la cosa, debe haber una tutela jurídica por lo menos de carácter provisional.

¹¹⁶ DE IBARROLA, Antonio. *op. cit.* p. 144.

Kant, por último, piensa que en el fenómeno de la ocupación de las cosas sin dueño, indiscutiblemente debe protegerse al primer ocupante, porque tiene un mejor derecho sobre todos los demás.

Tercero. Teorías que afirman que el poseedor tiene un mejor derecho. En estas doctrinas se considera que el poseedor tiene un mejor derecho sobre los no poseedores; es decir, el poder físico que nace del *corpus* se convierte en un poder jurídico; y se estima mejor en tanto no se demuestre lo contrario. Se dice que el poseedor tiene un *plus iuris*, sobre el no poseedor que no tiene ningún elemento del derecho de propiedad. El poseedor tiene un *plus iuris* porque es el derecho más limitado sobre la cosa; ya que el poseedor goza de la adquisición presente de la cosa que es su jurídica necesidad. La situación presente debe protegerse porque es ya un derecho adquirido, y como tal, salvo prueba en contrario, se considera mejor contra tercero.¹¹⁷

Cuarto. Doctrinas que consideran de plano que la posesión es un derecho verdadero. Se insiste en que si la posesión es un derecho sobraría toda explicación; los derechos se protegen por sí mismos. Estas teorías ensayan diferentes explicaciones: a) Porque la posesión es el único derecho *in re*; la propiedad es sólo *actio in rem*. Esta es la teoría de Lenz. b) Porque nace de la ley química de la conservación de la materia y de la mecánica de la fuerza; es la cristalización del derecho; según dice la tesis de Mental, es la forma más eficaz de conservar la riqueza por el contacto directo que el hombre ejerce sobre la cosa; por el instinto de conservación que extiende el hombre a las cosas que le sirven para satisfacer sus necesidades y que las convierte en una verdadera prolongación de su misma personalidad. c) Es un derecho en tesis, dice Liebe, y no requiere prueba; la propiedad es un derecho en hipótesis y sí la requiere, porque el dominio nunca puede probarse por sí mismo; el que quiera probar su propiedad actual, tiene que justificar la de su causante. d) Es un verdadero derecho porque es la base fundamental, condición, principio y fin de todo derecho patrimonial; y debe ser protegida contra la voluntad no legitimada judicialmente; ésta es la tesis de Kindel, este autor, aunque hable de derechos patrimoniales, se quiere referir a los derechos reales que son los que confieren un poder jurídico sobre las cosas y, por tanto, suponen una posesión originaria o derivada; y así el poder jurídico se desarrolla con plenitud por medio del contacto directo del hombre con la cosa para aprovecharla económicamente.¹¹⁸ e) La posesión es un derecho real porque es

¹¹⁷ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 779 y 780.

¹¹⁸ *Ibidem*. p. 781.

la exteriorización del dominio, el derecho debe ser protegido en su ejercicio porque es la voluntad humana naturalmente jurídica, dice el Marqués de Olivart.

3.1.3 CONCLUSIÓN DE ANTONIO DE IBARROLA.

Al respecto de las teorías relativas, De Ibarrola indica que varias de ellas no explican en sí la protección a la posesión derivada; a diferencia de lo que sí hace Morineau, quien habla de los motivos por los que ha de protegerse la posesión: "Si obligamos al titular del *ius possidendi*, es decir, al que tiene derecho de actuar sobre la cosa; a probar en cada caso de despojo que tiene tal derecho, lo estaríamos obligando a seguir engorrosos trámites, cuando lo que urge es protegerlo. En realidad le estaríamos negando su derecho, en vez de protegerlo de manera más rápida y enérgica posible. Por regla general, el que posee de hecho es por que tiene derecho de hacerlo; es conveniente y práctico protegerlo contra el despojo, sin obligarlo a probar previamente que tiene derecho, por el sólo hecho de estar él poseyendo. He aquí en su plenitud el *ius possessionis*, el derecho de posesión, que es la facultad de pedir ser mantenido o restituido en la posesión, sin necesidad de probar que se tiene derecho a ella, por el sólo hecho de poseer o haber poseído. Luego, no es el derecho a la posesión, sino el derecho a ser mantenido o restituido en la posesión.". En este caso, el hecho de poseer desempeña el papel de supuesto para el nacimiento del derecho de posesión, ya que la protección jurídica se otorga al que realiza ese hecho.

De Ibarrola, esta vez refiriéndose a ambos grupos de teorías, a las relativas y a las absolutas, concluye: "Seguramente habremos notado que cada teoría contiene un fondo de verdad. La mayor parte de ellas son ciertas, pero incompletas.". a continuación se analizará lo que hay de cierto en cada teoría reduciéndolo a proposiciones cortas y concretas:

A) En los casos de posesión derivada, la posesión se protege (como también así lo indica Rojina Villegas) para no dañar a otro. No es uso entre hombres honrados beneficiarse con daño del patrimonio ajeno.

B) En los casos de posesión originaria se acepta la tesis de Thibaut: Nadie puede vencer a otro si no demuestra un mejor derecho. "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho." (Artículo 17 constitucional).

C) No olvidar, inspirándose en Barassi, que siempre ha interesado más a la sociedad la posesión fecunda y productora, que la estéril titularidad impecable de un derecho que no se ejercita.

Al respecto de lo que indica Rojina Villegas refiriéndose al principio de derecho: “No dañar a otro”; este autor comenta: “Este principio fundamental del derecho tiene su aplicación directa en los interdictos. No es prohibir la violencia, como pensaron Savigny o Röder, sino el daño, y éste puede existir con violencia o sin ella, con acto lícito o ilícito; incluso causado por caso fortuito o fuerza mayor, es decir, el daño originado por un hecho lícito en sí mismo o ilícito; luego, entonces, el fundamento de la protección provisional en los interdictos es simplemente evitar un daño a otro. En cambio, el fundamento de la protección posesoria en la acción plenaria de posesión es el principio de Thibaut de que nadie puede vencer jurídicamente a otro, si no demuestra un mejor derecho en qué apoyar su pretensión.”

3.2 PROTECCIÓN POSESORIA.

La posesión está protegida por la Ley, por lo tanto, el poseedor, en el sistema jurídico mexicano, goza de tres diversas protecciones:

- A) Garantías constitucionales que protegen la posesión;
- B) La acción plenaria de posesión o publiciana, y
- C) Los interdictos; que por ser el tema principal de esta tesis, dichos interdictos se estudiarán separadamente del presente capítulo.

3.2.1 GARANTÍAS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN LA POSESIÓN.

Existen garantías constitucionales que protegen a la posesión.

El concepto de garantías constitucionales tiene dos aspectos: Examinadas desde el lado del poder público, las garantías implican auto limitaciones del ejercicio de la soberanía, establecidas expresa y detalladamente por la voluntad popular, que es la suprema ley; y son forzosamente obligatorias para todas las autoridades; y del lado del individuo o de las personas (garantías individuales), las garantías son los títulos jurídicos constitucionales de los derechos humanos con que cuentan para el libre desarrollo de sus actividades. Los derechos humanos son las facultades que los hombres tienen, por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en que viven, para conservar, aprovechar y utilizar libre pero lícitamente, sus propias aptitudes, su actividad, y los elementos de que honestamente puedan disponer, a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social.¹¹⁹

¹¹⁹ BAZDRESH, Luis. Garantías Constitucionales. 5ª ed. Ed. Trillas. México, 2000. pp. 29 y 34.

En el segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dispone que: “Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.”; y en el artículo 16 del mismo texto constitucional, en su primer párrafo se determina que: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.”

Se hace un breve paréntesis para dar una noción de lo que es el procedimiento.

El “procedimiento” es el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que está sujeto, la manera de substanciarlo; que puede ser ordinario o sumario, con una o varias instancias y así sucesivamente.¹²⁰

El “procedimiento ordinario” es el que se sigue para la tramitación de un juicio ordinario, de acuerdo con las normas del código procesal aplicable al caso. El juicio ordinario es el que está destinado a la decisión de controversias judiciales que no tengan señalado una tramitación especial.¹²¹ Es el proceso contencioso típico.

El “procedimiento sumario” es el conjunto de las formalidades preestablecidas para la tramitación del juicio o proceso sumario. El juicio sumario es el juicio que tiene como característica fundamental la sencillez de los trámites.¹²² Por su forma o estructura, manifiesta abreviación de los trámites y plazos que pueden considerarse más breves y acelerados.

Respecto de la “instancia”, puede designarse con tal nombre a cada grado, o conjunto de actuaciones practicadas, las cuales comprenden desde el inicio hasta el fin del procedimiento.

Continuado con lo relativo a los artículos constitucionales citados, los cuales contienen unas de las que en la doctrina constitucional se denominan “garantías individuales”; y, en consecuencia de dichas normas, el poseedor no podrá ser privado de su posesión sino mediante un juicio, y conforme a un mandamiento de autoridad competente que funde y motive su decisión. Si al poseedor se le pretende privar de su posesión sin cumplir con lo mandado por la Constitución, tiene el derecho de pedir la

¹²⁰ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 46. p. 639.

¹²¹ DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. *op. cit.* pp. 317 y 398.

¹²² *Idem.*

protección y amparo de la Justicia Federal, a través de lo que la Ley de Amparo designa como Juicio de Amparo.

El “juicio de amparo” constituye en la actualidad la última instancia impugnativa de la mayor parte de los procedimientos judiciales, administrativos e incluso legislativos, por lo que tutela todo el orden jurídico nacional contra las violaciones realizadas por cualquier autoridad, siempre que esas infracciones se traduzcan en una afectación actual, personal y directa a los derechos de una persona jurídica, sea individual o colectiva.¹²³

Por lo expuesto en el párrafo anterior, es evidente que cuando se trate de una controversia sobre posesión, antes de plantear el juicio de amparo, el derecho de ésta debe ser resuelto por la autoridad judicial de la jurisdicción civil que es la competente para conocer; por ser la posesión una cuestión de orden civil, y así cumplir las formalidades del procedimiento respectivo conforme a las leyes de orden civil expedidas con anterioridad; ya que los jueces federales sólo tienen que proteger la posesión sin decidir su naturaleza, toda vez que las normas constitucionales citadas no distinguen sobre la clase de posesión que resulta amparable, lo que se tutela es la simple posesión; es decir, los jueces federales sólo tienen que concretarse a proteger y mantener en la posesión a la persona que real o positivamente la tenga, pero no decidir a quien corresponde esa posesión con arreglo a la Ley.

3.2.2 PROCEDIMIENTOS JUDICIALES CIVILES DE DEFENSA DE LA POSESIÓN.

Eduardo Pallares, en su Tratado de las Acciones Civiles, indica que la doctrina, siguiendo la letra y mente de las Siete Partidas, la Novísima Recopilación y leyes posteriores, enseña que puede litigarse, o sea ser demandante o demandado en una causa, sobre la posesión, en juicio sumario o en juicio plenario; se litiga en juicio sumario, cuando se trata sólo de la posesión actual y momentánea, esto es, de la posesión que uno tiene o debe tener en el acto o momento; y se litiga en juicio plenario, cuando se disputa la posesión permanente o perpetua que uno tiene o debe tener a razón de la Ley, aunque en el acto no la tenga. Ambos juicios se dicen juicios posesorios y las acciones que en ambos se ejercitan se llaman posesorias; con la diferencia de que la acción que se propone en el sumario es la que se denomina interdicto; y la acción que se deduce del juicio plenario de posesión, que no necesita legislación especial que la reglamente, se promueve en juicio ordinario antes de consumarse la usucapión, pues desde el momento

¹²³ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I. Ed. Porrúa, México, 1985. p. 141.

que la posesión está protegida por las leyes, el poseedor tiene derecho para defenderla por las acciones comunes a todo derecho, esto es por las acciones ordinarias.

3.2.3 LA ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN O PUBLICIANA.

En principio, el poseedor tiene todas las acciones que corresponden al dueño, salvo las que sean netamente privativas del dominio, como lo es la reivindicatoria. Así pues, el poseedor podrá ejercitar las acciones “ad exhibendum”, “aque pluviae ecrendae”, negatoria, etc. pero la acción fundamental es la acción plenaria de posesión o publiciana.¹²⁴ Esta acción, como su nombre lo indica, se otorga al poseedor, pero no es una acción exclusiva del poseedor, sino que también puede otorgarse al propietario puesto que también él es un poseedor.

La acción publiciana debe su nombre al pretor Publicio y es de origen netamente romanista. Actualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia, dice que:

ACCIÓN PLENARIA DE POSESIÓN.

La acción plenaria de posesión o publiciana, compete al adquirente de buena fe que no está en posesión de la cosa que tiene derecho a poseer con justo título aunque no lo acredite como propietario; se da contra quien posee con menor derecho y tiene la finalidad de obtener a restitución de la cosa con sus frutos y acciones. Consecuentemente, el actor debe probar los siguientes elementos: 1) Que tiene justo título para poseer. 2) Que es de buena fe. 3) Que el demandado posee el bien a que se refiere el título. 4) Que es mejor el derecho del actor para poseer que el que alega el demandado. Para este efecto, el juzgador debe examinar cuál de los títulos exhibidos por las partes es mejor para acreditar el derecho a la posesión.

Amparo directo 5025/61. Cruz Salazar Sánchez. 25 de Julio de 1963. Unanimidad de cuatro votos. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Sexta Época. Tercera Sala. Apéndice de 1995. Tomo IV. Tesis 9. Pág. 7.

3.2.3.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN PUBLICIANA.

La acción publiciana es acción de condena, dado que el demandado debe restituir la cosa con sus frutos, productos y acciones. Compete a quien no está en posesión de la cosa a la cual tiene derecho a poseer.¹²⁵

¹²⁴ MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. *op. cit.* p. 534.

¹²⁵ DE LA MADRID ANDRADE, Mario. *op. cit.* p. 17.

3.2.3.2 OBJETO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA.

La acción publiciana compete al adquirente con justo título y buena fe; por consiguiente, no puede intentarse por el poseedor *animus domini* que haya adquirido por virtud de un delito o de un acto ilícito, ya que no tiene título ni menos buena fe. Esta acción tiene por objeto que, al actor, se le restituya en la posesión definitiva de una cosa mueble o inmueble. Se da esta acción en contra del poseedor sin título, del poseedor de mala fe y del que tiene título y buena fe pero su posesión sea de menos antigüedad que la del actor. Esta acción se intenta para que se resuelva sobre la mejor posesión; la controversia se referirá siempre a la calidad de la posesión, se trata siempre de investigar quién tiene una mejor posesión originaria entre actor y demandado; el objeto de esta investigación es proteger la posesión definitiva, reconocer el mejor derecho a poseer.¹²⁶

Respecto de la "posesión definitiva", los autores hasta ahora citados no hacen una clara referencia de lo que debe entenderse de tal posesión; por lo que toca dar una breve noción; así que, la posesión definitiva es la se otorga en virtud de que la sentencia, resultante de la tramitación del juicio plenario de posesión (o reivindicatorio, en su caso), que considera, al demandante, como un poseedor con mejor derecho para poseer que el demandado y, por tal razón, vencedor en dicho juicio donde se examinó la calidad de la posesión; la cual se reconoce como definitiva.

3.2.3.3 TÉRMINO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PUBLICIANA.

La ley no ha fijado una duración a la acción publiciana porque su existencia depende de que perduren las condiciones jurídicas, presupuestos de la misma acción. Mientras subsistan dichas condiciones, la acción subsiste. Cuando desaparece cualquiera de ellas, la acción muere. Si el poseedor ha completado el tiempo necesario para usucapir, se convierte en dueño de la cosa, y entonces debe ejercitar la reivindicatoria. Si el propietario, contra quien estaba corriendo la prescripción positiva, recupera la cosa, se extingue también la acción y así sucesivamente, con relación a los demás presupuestos.¹²⁷

¹²⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 700-702.

¹²⁷ PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. 3ª ed. Ed. Botas. México, 1962. p. 199.

CAPÍTULO IV

GENERALIDADES DE LOS INTERDICTOS

La palabra interdicto se forma de los vocablos latinos "*Inter.*" mientras, y "*decire*" decir, o sea que la palabra interdicto significa "mientras se dice", o mientras se resuelve. En su acepción jurídica significa precisamente "mientras se resuelve sobre un derecho".

128

Los interdictos son acciones posesorias provisionales que tienen por objeto proteger la posesión interina (originaria o derivada), de los bienes inmuebles o de los derechos reales constituidos sobre los mismos; es decir, no se trata de juzgar sobre la posesión definitiva, ni tampoco de resolver sobre la calidad de la posesión; simplemente se toma en cuenta el hecho mismo de la posesión en un momento dado; en otras palabras, su finalidad es mantener un estado determinado de posesión, contra aquel que la perturbe, o amenace por la ejecución de obras que pueden dañarla, prescindiendo del mejor derecho para poseer que pueda existir entre el actor y el demandado que la ataque, y también sin prejuzgar a quién deba ser confirmada definitivamente la posesión, porque esta última será materia del juicio plenario de posesión.¹²⁹ Además, de la amenaza por ejecución de obras, también existe, como se verá más adelante, la posibilidad de una amenaza por la omisión de demolición o de tomar las medidas necesarias para evitar que se pueda presentar o padecer un daño por la ruina o derrumbe de alguna obra, o un árbol u otro objeto análogo en mal estado.

4.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

Es indiscutible que la legislación mexicana es de origen latino, que procede del derecho romano, del canónico y del antiguo derecho español. Por esta razón se verá que la existencia jurídica de los interdictos arranca del derecho romano, afirmándose que su conocimiento data desde los primeros tiempos del establecimiento de la Pretura; luego se pasará al derecho canónico el cual dio una protección muy eficaz a la posesión; para encontrar a los interdictos nuevamente en la legislación española, y así llegar al actual Código de Procedimientos Civiles para el distrito Federal de 1932, no sin antes ver, brevemente, la codificación procesal civil de 1884 precedente de dicho Código.

¹²⁸ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 289.

¹²⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. pp. 709-711.

4.1.1 LOS INTERDICTOS EN EL DERECHO ROMANO.

Los interdictos nacieron en el derecho romano, aunque no se conoce la fecha exacta. Bonjean en su Tratado de las Acciones, dice: "No tenemos documentos explícitos sobre la fecha en que fueron establecidos los interdictos en el derecho romano...". Parece ser que se remontan a los primeros tiempos del establecimiento de la Pretura. Su origen hay que buscarlo en las medidas de carácter administrativo y policiaco dictadas por el Pretor para mantener la seguridad pública, la tranquilidad y el buen orden.¹³⁰ Los interdictos fueron obra del pretor y consistían en las órdenes que dicho funcionario giraba a un *civis*, a instancia del interesado, encaminadas a mantener una situación o a obtener un determinado comportamiento, sin que el magistrado investigue la veracidad de las afirmaciones del interesado y sin citar al individuo contra el que se dirigía el interdicto.¹³¹

En el derecho romano, los interdictos tuvieron los siguientes caracteres:

A) Se iniciaban, tramitaban y concluían ante el magistrado en una sola instancia, sin que enviara el proceso ante un juez o un jurado para que éstos lo sentenciaran.¹³²

El "magistrado" romano era el órgano judicial dotado de *iurisdictio* o facultad para decidir si una de las partes podía llevar su demanda ante un juez o bien negar esa posibilidad.

B) La decisión del magistrado consistía, generalmente, en un mandato que exigía obediencia inmediata. Si esta orden no era cumplida, el litigante a cuyo favor se había dado, podía iniciar nuevo juicio en que un juez, ya no el magistrado, resolvía si la desobediencia estaba o no justificada.

C) Por regla general, en los interdictos no se exigía que la pretensión del demandante estuviera fundada en alguna ley ni acto equivalente a ella, como tenía lugar en las demás acciones que presuponian al violación de un derecho preexistente. Los interdictos tuvieron por objeto proteger la posesión de hecho; cuando dicha posesión o uso eran perturbados, el magistrado hacía uso, no de su jurisdicción, sino de su imperio para proteger a las personas a quienes se había despojado o perturbado de la posesión o del uso.¹³³

¹³⁰ PALLARES, Eduardo. Tratado de los Interdictos. 2ª ed. Ed. México. México, 1997. p. 13.

¹³¹ VENTURA SILVA, Sabino. *op. cit.* p. 177.

¹³² PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, 1965. p. 188

¹³³ *Ibidem*. pp. 188 y 189.

Hasta este punto, se puede pensar que los interdictos se otorgaban como si fueren acciones personales; esto es cierto, sin embargo, la fórmula con la que acabaron por ser concebidos fue real.

D) Considerados, en su naturaleza, los interdictos romanos eran medidas de policía o de carácter administrativo, y no acciones propiamente judiciales. Desde entonces tuvieron el carácter de medidas provisionales que no decidían definitivamente sobre el fondo del litigio.

E) Cuando los interdictos aparecieron era necesario acudir al pretor en cada caso; a fin de obtener de él una prohibición, pero a medida que su uso se generalizó, el pretor acabó por inscribir en su libro de las fórmulas llamado "Álbum", la fórmula relativa a cada interdicto, de tal manera que los interesados sabían de antemano que no era necesario solicitar una orden especial como en los primeros tiempos.¹³⁴ En otras palabras, inicialmente era preciso dirigirse ante el magistrado para obtener el interdicto, y posteriormente ante un juez para pedir la acción contra quien había violado el interdicto. Cuando los interdictos figuraron en el álbum como reglas generales, de plano, o sea, sin necesidad de oír a la contraparte, se otorgaba la acción contra quien había violado la prohibición.

F) Los interdictos se dividían, según la naturaleza del precepto que contenían (positivo o negativo), en tres tipos;

1. Restitutorios, los que imponían la restitución de una cosa en poder del destinatario. Como ejemplo de este tipo de interdicto se puede citar al *interdictum quorum bonorum*; este interdicto concernía a una universalidad jurídica y tenía por objeto adquirir la posesión de una sucesión hereditaria. También se puede citar al *interdictum quod legatrum*, que era un interdicto para adquirir la posesión; se daba al heredero en contra de la persona que, sin su consentimiento, había entrado en la posesión de determinados bienes de la herencia a título de legatario.¹³⁵

2. Exhibitorios, aquellos que imponían la presentación de una persona o de un documento. Se puede citar, como ejemplo, el *homo libero exhibendo*, por el cual se ordenaba exhibir a una persona libre que se retenía de mala fe.

3. Prohibitivos, los que imponían alguna abstención. Como ejemplo se tiene al *interdictum ne quid in loco publico fiat*, el cual prohibía hacer una obra en un lugar o sobre un camino público.

¹³⁴ *Ibidem*. p. 189.

¹³⁵ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. pp. 26 y 27.

En materia posesoria, los interdictos tenían como finalidad mantener la posesión y, de esa forma, la convivencia pacífica de la sociedad. Mediante ellos, se mantenía la posesión hasta que un juicio decidiera la propiedad en disputa. Estos medios provisionales, mediante los cuales se defendía la posesión, eran:

Los *interdicta retinendae possessionis: Uti possidetis*, para los predios, y los *Utrubi*, para las cosas muebles.¹³⁶ El interdicto *uti possidetis* era prohibitivo y tenía por objeto mantener en la posesión a quien lo estaba de un fundo; en este interdicto no se examinaba si la posesión era justa o injusta, bastaba estar en posesión para que procediera. El *utrubi* protegía la posesión de los bienes muebles, era prohibitorio y, aunque de acuerdo al texto de Justiniano tenía por objeto mantener en la posesión al demandante, parece cierto que realizaba una función restitutoria.¹³⁷

Los *interdicta recuperandae possessionis*, procedente contra el despojo; había dos: *Unde vi*, para los fundos, y el *Utrubi*, en función recuperatoria, para los muebles.¹³⁸

El *unde vi* era el interdicto contra la violencia simple y a mano armada. Tenía por objeto recobrar la posesión.¹³⁹

Conviene recordar otras instituciones romanas que tenían por finalidad evitar conflictos entre vecinos según el principio “es lícito hacer en lo suyo todo lo que no perjudique al predio ajeno”. Para regular este principio, en Roma, el pretor concedía un medio de autodefensa consensual, consistente en la garantía de resarcir el daño aún no acaecido, mismo que se temía, o por la eventual ruina de un edificio contiguo, o por las obras que el vecino realizaba en su propio fundo.

Así se creó la *operis novi nuntiatio* consistente en la intimación extrajudicial y solemne hecha al vecino de no realizar una obra determinada, una construcción o una demolición, que se considerada lesiva de una propiedad o servidumbre existente sobre el predio del peticionario. La intimación creaba, en el destinatario, la obligación de desistir de la obra e imponía al peticionario la obligación de promover el juicio para demostrar el derecho que tenía de oponerse a la obra. Si el destinatario no observaba su obligación se le sancionaba en un *interdictum demolitorium*, con el cual el peticionario obtenía la demolición de la obra perseguida. El fundamento jurídico de la *operis novi nuntiatio* es el interés social. Mientras no se dicte sentencia, es de interés social evitar daños difícilmente reparables, pues si el edificio no se hace ahora, se puede hacer después.

¹³⁶ BECERRA BAUTISTA, José. *El Proceso Civil en México*. 5ª ed. Ed. Porrúa. México, 1975. pp. 280 y 281.

¹³⁷ PALLARÉS, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. pp. 41-42 y 66.

¹³⁸ BECERRA BAUTISTA, José. *op. cit.* p. 281.

¹³⁹ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. p. 35.

Con el mismo fundamento se creó también la acción de *damno infecto*, es decir, la que tiende a evitar un daño aún no causado, pero que puede acontecer por una obra o un árbol contiguo.¹⁴⁰

Hablando de manera general, en Roma, los interdictos protegían tanto la posesión civil como la meramente natural o tenencia, o sea, la que se tenía mediante título jurídico y aquella en la que éste no existía. Además no era necesario poseer directa e inmediatamente la cosa para poder ejercitar la acción. Aún la posesión violenta, clandestina o precaria era protegida por los interdictos; siempre y cuando esos vicios no existieran con relación a la persona demandada. De ello da fe, entre otras, la norma: "...con tal de que no hayáis tenido el uno con respecto del otro una posesión violenta, clandestina o precaria, pero si la tenéis respecto de otra persona distinta de vuestro adversario, os sería útil (la posesión, para ejercer el interdicto). Peor si la ha tomado de su adversario, no debe triunfar sobre éste, en razón de que tiene de él la posesión..."; Digesto, lib. 43, Tit. XVII, I, 9. Sin embargo, hay que recordar al principio "*spoliatus per vim a possessione rei immobilis ante omnia restituendus est, adversus quem cumque spoliante*", el despojado por la fuerza de la posesión de la cosa inmueble debe ante todo ser restituido en contra de cualquier despojante. Dicho principio ha tenido vigencia hasta nuestros días.

Desde el punto de vista procesal, fueron los interdictos romanos más allá del derecho moderno por que comprendieron la protección de la libertad humana, la cual actualmente forma parte de las instituciones constitucionales.

4.1.2 LOS INTERDICTOS EN EL DERECHO CANÓNICO.

El derecho canónico dio a la posesión una protección muy eficaz a través de los interdictos. Fueron propiamente necesidades sociales las que motivaron esa protección decidida, ya que durante la edad media, el clima de incertidumbre que prevaleció hacía necesario, para obtener la paz y remediar los abusos, impartir garantías a las situaciones de hecho, entre las que destacan la posesión.

El derecho canónico siguió utilizando los interdictos romanos en cuanto a su procedimiento y, además, se creó el *remedium spoli*; cuyo origen se puede encontrar en el Canon Reingrada C. 3; quest. 1, citado por E. Pallares en su Tratado de los Interdictos, y cuyo tenor es: "Teniendo en cuenta los preceptos de los Pontífices, debe restituirse a los Obispos de lo que hayan sido despojados, volviendo la quitado al lugar de donde salió; y

¹⁴⁰ BECERRA BAUTISTA, José. *op. cit.* p. 282.

esto se verificará sean cuales fueren las circunstancias del tiempo, aún cuando estuvieran en cautiverio o bajo la opresión y enemistas de los males. Se hace lo mismo con las cosas que hayan sido substraídas a la iglesia, las cuales se devolverán antes de llamar a un sínodo regular, que esté de acuerdo con su convocatoria.”.

Al transcurso de los años, también los laicos pudieron ser protegidos por el *remedium spolii*, transformándose así en una acción posesoria. Y para el siglo XII pudieron valerse del interdicto, no sólo el verdadero poseedor sino el simple detentador que quedaba protegido por la generalidad con que estaba formulado el principio “*re integranda sunt omnia expoliatus*” que además, por su extensión, no exigía para considerar consumado el despojo la violencia material.¹⁴¹

4.1.3 LOS INTERDICTOS EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

En al antiguo derecho español, si bien es cierto que en los primeros ordenamientos más importantes, el Fueros Juzgo y el Fuero Real de Castilla; no concibieron a los interdictos con la estructura del derecho romano, en ambos ordenamientos se pueden encontrar normas protectoras de la posesión con una viva característica de dichos interdictos. Posteriormente, en las Siete Partidas, ya se trata al interdicto de adquirir la posesión en su Título XVI de la Partida VI; y finalmente en la Novísima Recopilación, se destaca el Título XXXIV, Libro XI, denominado “De los juicios de despojo y su restitución”.¹⁴²

En épocas más recientes, la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 así como también la de 1881, consideradas en el mundo hispano como unos de los primeros códigos de procedimientos civiles, emplean la nomenclatura romana para regular los interdictos; enunciando a los de adquirir, de retener y de recobrar la posesión y los de obra nueva y obra ruinosa; ya considerados como los interdictos tradicionales.

Sin embargo, actualmente, se ha derogado de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en su Libro II, el Título XX denominado “De los Interdictos”. Algunos autores, como Garnica Martín, critican este hacer legislativo, toda vez que, en particular los interdictos, siguen conservando en la nueva regulación las notas particulares que permitía calificarlos como procesos especiales con carácter sumario. “Con ello se consigue un mero efecto óptico, crear la ilusión de que se han suprimido dichos procesos especiales, mientras que la realidad es que se han mantenido, pero ahora mal regulados, desarrollados de forma

¹⁴¹ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. pp. 73-75.

¹⁴² BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. *Práctica Civil Forense*. 6ª ed. Ed. Cárdenas, editor y distribuidor. México, 1982. pp. 154-157.

asistemática y confusa dentro de la regulación de otro tipo de juicios.”, así concluye el mencionado autor.

4.1.4 LOS INTERDICTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

El fundamento jurídico de los interdictos en el derecho mexicano se encuentra en nuestra Constitución Política, en sus artículos 14, 16 y 17, ya citados en lo conducente. De aquí que, con esta base, el legislador ha creado una serie de instituciones encuadradas en las leyes civiles, procesales, penales, etc., que protegen tanto a la propiedad como a la posesión misma y, entre dichas instituciones, se encuentran los interdictos.

Conviene ahora, antes de ver cómo son regulados los interdictos en la Ley adjetiva civil para el Distrito Federal de 1932 vigente, observar brevemente a la Ley adjetiva anterior, es decir, al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1884; el cual, en su Libro Segundo, Capítulo IV “De los Interdictos”, trata a dichas figuras en seis secciones. El articulado que lo constituye, en cuanto a su sustancia, es una reproducción de los anteriores códigos, los de 1872 y de 1880, por lo que para mayor ilustración del tema de estudio, es permisible transcribir algunos de los preceptos que pueden ayudar a formar una idea cabal de cómo se reglaban los interdictos en dicho Código de 1884.

La primera sección trataba de las disposiciones generales:

“Art. 1131.- Se llaman interdictos los juicios sumarísimos que tienen por objeto adquirir, retener o recobrar la posesión interina de una cosa, suspender la ejecución de una obra nueva, o que se practiquen, respecto de la que amenaza ruina o de un objeto que ofrece riesgo, las medidas conducentes para precaver el daño.”

“Art. 1132.- Los interdictos sólo proceden respecto de las cosas raíces y derechos reales constituidos sobre ellos.”

“Art. 1134.- Los interdictos no preocupan las cuestiones de propiedad y de posesión definitiva.”

“Art. 1135.- Los interdictos no pueden acumularse al juicio de propiedad, y deberán decidirse previamente.”

“Art. 1136.- El que ha sido vencido en el juicio de propiedad o plenario de posesión, no puede hacer uso de los interdictos respecto de la misma cosa.”

“Art. 1137.- El vencido en cualquier interdicto puede hacer uso después del juicio plenario de posesión o del de propiedad...”

“Art. 1138.- En ningún interdicto se admitirán pruebas sobre la propiedad, sino sólo las que versen sobre el hecho de la posesión.”

“Art. 1139.- El interdicto de adquirir solamente procede tratándose de la posesión hereditaria.”

“Art. 1143.- Los interdictos deben entablarse por escrito ante los Jueces de primera instancia.”

Los preceptos precedentes son las reglas generales que actualmente rodean a los interdictos en la legislación, la jurisprudencia y la doctrina mexicana al respecto.

La sección segunda regulaba al interdicto de adquirir la posesión hereditaria, artículos 1146 al 1169:

“Art. 1146.- Para que proceda el interdicto de adquirir la posesión, son requisitos indispensables: I. La presentación de título suficiente con arreglo a derecho; II. Que nadie posea, a título de dueño o usufructuario, la misma cosa cuya posesión se pide, ni haya tenido la posesión anual...; III. Que no haya albacea ni exista cónyuge...”

La tercera sección trataba del interdicto de retener la posesión, artículos 1170 al 1183:

“Art. 1170.- Compete el interdicto de retener al que estando en posesión civil o precaria de las cosas o derechos a que se refieren los artículos 1132 y 1133, es amenazado grave e ilegalmente de despojo por parte de un tercero, o prueba que éste ha ejecutado o hecho ejecutar actos preparatorios que tiendan directamente a una usurpación violenta.”

La cuarta sección trataba del interdicto de recuperar la posesión, artículos 1184 al 1194:

“Art. 1184.- El interdicto de recuperar compete al que estando en posesión pacífica de una cosa raíz o de alguno de los derechos a que se refieren los artículos 1132 y 1133, aunque no tenga título de propiedad, ha sido despojado por otro.”

En la quinta sección se reguló al interdicto de obra nueva, artículos 1195 al 1212:

“Art. 1195.- El interdicto de obra nueva puede entablarse: I. Cuando alguno se crea perjudicado en sus propiedades con una obra nueva que se esté construyendo, y tiene por objeto entonces impedir la continuación de ella y obtener en su caso la demolición; II. Cuando se ejecuta en camino, plaza o sitio públicos, causando algún perjuicio al común o a un edificio contiguo.”

Finalmente, la sexta sección regulaba al interdicto de obra peligrosa, artículos 1213 al 1224:

“Art. 1213.- El interdicto de obra peligrosa puede tener por objeto: I. La adopción de medidas urgentes para evitar los riesgos que pueda ofrecer el mal estado de un árbol, de una construcción o de cualquier objeto; II. La demolición de la obra o la destrucción del objeto que ofrece riesgos.”

Pasando ya al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1932 vigente, lo primero a destacar es la supresión o, mejor dicho, la substitución del interdicto de adquirir la posesión hereditaria por la acción de petición de herencia; que ahora se concede en sus artículos 13 y 14, tales dispositivos textualmente dicen:

“Art. 13.- La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o *ad intestato*, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero o cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario o dolosamente dejó de poseerlo.”

“Art. 14.- La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus accesiones, sea indemnizado y le rindan cuentas.”

Conforme al Código anterior, es decir, el de 1884, en el interdicto de adquirir la posesión no se entablaba controversia entre poseedores para saber cuál era la mejor posesión; simplemente se amparaba al heredero que justificaba su título contra el que no lo tenía, primero se le ponía provisionalmente en posesión a reserva de hacer las publicaciones correspondientes y de que un tercero se opusiera a esa posesión. Si había oposición de parte de tercero, entonces se entablaba un juicio en el cual se discutía el mejor derecho a poseer entre el heredero y el opositor; pero este interdicto tenía principalmente la función de que se diera la posesión provisional de los bienes hereditarios al heredero.

Actualmente, conforme a los artículos 13 y 14 transcritos, el interdicto de adquirir la posesión se “substituye” por la acción de petición de herencia haciendo un cambio radical en cuanto a que ya no se trata solamente de discutir la posesión, sino también el carácter de heredero; a este respecto, Rojina Villegas dice que: “Conforme a los elementos de la acción de petición de herencia, el juicio se referirá al mejor derecho para poseer a título de heredero.”

La acción de petición de herencia, dice el Código procesal civil para el Distrito Federal vigente, se entabla contra el poseedor con el carácter de heredero, el albacea, el que posea sin título o el que tenga el título viciado; de manera que admite todas las

hipótesis posibles para una controversia sobre la calidad de la posesión. Además, esta acción, se distingue también en cuanto a la finalidad que persigue; que es la de que se declare al actor heredero, se le entreguen los bienes, se le rindan cuentas y se le indemnice. La sentencia entonces tendrá que resolver definitivamente no sólo sobre la posesión, sino sobre el título y el derecho de heredero para que además de entregársele las cosas de la sucesión, se le indemnice y le rindan cuentas.

En la exposición de motivos del Código procesal civil para el Distrito Federal vigente no se encuentra ninguna razón que ayude a saber la causa de la supresión del interdicto de adquirir la posesión hereditaria. Quizá la supresión obedeció a la circunstancia de que el heredero adquiere la posesión por ministerio de Ley.¹⁴³

Respecto de la anterior razón, conviene recordar el artículo 2942 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, el cual dice: "El derecho a la posesión de los bienes hereditarios se transmite, por ministerio de ley, a los herederos y a los ejecutores universales, desde el momento de la muerte del autor de la herencia...".

Volviendo al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, lo segundo a destacar es que, a diferencia del Código anterior, el de 1884, tan sólo en cinco preceptos regla a las acciones interdictales de retener y de recuperar la posesión y las de obra nueva y de obra peligrosa.

Así se tiene que, al respecto del interdicto de retener la posesión, el artículo 16 dice:

"Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha de ella, y contra el sucesor del despojante. El objeto de esta acción es poner término a la perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia.

La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos."

Concernientes al interdicto de recuperar la posesión son los artículos 17 y 18, que textualmente indican:

¹⁴³ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 132. p. 104.

“Art. 17.- El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido y le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo y contra el sucesor del despojante. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y a la vez conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia.”

“Art. 18.- La acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo. No procede a favor de aquél que, con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego, pero sí contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato.”

El interdicto de obra nueva se norma por el artículo 19, del cual se destaca su tercer párrafo en donde indica lo que se debe entender por “obra nueva”, dicho artículo dice:

“Al poseedor de predio o derecho real sobre él compete la acción para suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra se construye en bienes de uso común.

Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye.

Para los efectos de esta acción por obra nueva, se entiende por tal no sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta.

El juez que conozca del negocio, podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. La suspensión quedará sin efecto si el propietario de la obra nueva da, a su vez, contrafianza bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción, salvo que la restitución se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra o, con ésta, se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.”

El interdicto de obra peligrosa se regula por el artículo 20, que dice:

“La acción de obra peligrosa se da al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentirse o padecer por la ruina o derrumbe de la otra, caída de un árbol u otro objeto análogo; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que ofrezca el mal estado de los objetos referidos; obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho público o privado de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar desde luego y sin esperar la sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor.”

En el capítulo siguiente se analizarán, en forma específica, cada uno de estos cuatro interdictos, reconocidos en el derecho mexicano, así como su procedimiento.

Dados los antecedentes que han quedado expuestos, así como la transcripción de los preceptos que actualmente regulan las acciones interdictales en el Distrito Federal; se da cuenta de que el objeto de los interdictos consiste en salvaguardar la posesión, considerada ésta como una realidad. Fácilmente se comprenderá lo anterior si se tiene presente que el objeto de tales interdictos se agota en una función de seguridad, o sea, de garantizar situaciones con un presente histórico sin prejuzgar o exigir ningún requisito que justifique su origen legal. E. Pallares, en su Tratado de los Interdictos, con justa razón afirma: “Si para obtener la protección de los derechos y de las propiedades fuese necesario demostrar la existencia de los mismos derechos, lo que sólo es posible hacer en juicio dilatado, con pruebas numerosas y gastos crecidos, la protección sería ineficaz en la mayoría de los casos por extemporánea y costosa. La paz social y la naturaleza misma de las instituciones jurídicas exigen que se proteja la posesión como símbolo ostensible de los derechos por ella representados.”

4.2 NATURALEZA JURÍDICA.

Actualmente, en el derecho mexicano, se reconocen como interdictos el de retener la posesión, el de recuperar la posesión, el de obra nueva y el de obra peligrosa.

Respecto de los dos primeros, es unánime la doctrina que sólo los interdictos de retener o recobrar tienen carácter posesorio pues están destinados a proteger el simple hecho de la posesión o *ius possessionis*, con independencia del derecho a poseer o *ius possidendi*, contra las perturbaciones que dañan al hecho de la posesión.

Respecto de los dos últimos, los interdictos de obra nueva y de obra peligrosa, sólo se dan a los poseedores para que no se les pueda causar un daño irreparable a su posesión.¹⁴⁴

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se infiere que es difícil expresar la naturaleza jurídica que abarque a los cuatro interdictos mencionados; debido a los distintos supuestos y finalidades de cada interdicto. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido una tesis aislada donde se trata de determinar la naturaleza de los interdictos; atendiendo a las reglas que rigen las acciones posesorias, dicha tesis, registrada con el número 363,922, textualmente dice:

INTERDICTOS.

Para determinar la verdadera naturaleza de los interdictos, incluyendo el de obra nueva, y precisar la verdadera finalidad que este último persigue, más que a las disposiciones que reglamentan su tramitación debe atenderse a las reglas que rigen las acciones posesorias. Conforme a la ley civil del Distrito, el que posee un inmueble por un año o más, tiene derecho a ser mantenido en esa posesión cuando en ella sea perturbado, y restituido en la misma cuando se le haya arrebatado, con tal de que en este último caso, lo requiera antes del año siguiente a la fecha en que se haya verificado o sea conocido el despojo. Para sancionar este derecho, la ley concede la acción que se ventila en los interdictos y que tiene por objeto resolver, interinamente, las cuestiones posesorias, entre tanto se deciden las acciones posesorias que, en su caso, ejerciten las personas a quienes competan. Cuando el poseedor es perturbado o privado de su posesión, mediante la ejecución de una obra nueva, tiene el derecho para promover el interdicto y siendo manifiesto que la privación puede continuar produciendo efectos perjudiciales aún después de concluidos los trabajos de construcción, es lógico concluir, aplicando los preceptos relativos, que terminada la obra y siempre que no haya transcurrido el término que la ley señala, el poseedor está capacitado para intentar el interdicto.

Amparo civil 2827/30. Andrade de Vizoso Cristina. 14 de Marzo de 1937. Unanimidad de cinco votos. No se menciona al ponente. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo. XXXI. Página 1597.

Igualmente se cree prudente citar la siguiente tesis aislada número 360,315, que en resumidas cuentas dice: "INTERDICTO. – Los interdictos son juicios sumarísimos que tiene por objeto decidir interinamente, sobre la actual y momentánea posesión, o sea, sobre el hecho de la tenencia, sin perjuicio de los derechos de los interesados y también

¹⁴⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *op. cit.* p. 290.

suspender o evitar un hecho que perjudica o puede causar daño...como consecuencia, para la procedencia del interdicto de recuperar la posesión, es necesario que se acredite que el que reclama o su causante, han estado en posesión o han tenido la tenencia de la cosa y que han sido despojados con o sin violencia, y de allí la prevención terminante de la ley, de no ser admisible, en estos juicios, prueba sobre la propiedad, sino solamente las que versen sobre el hecho de la posesión. Es de explorado derecho que los interdictos no preocupan las cuestiones de propiedad o de posesión definitiva, pues estas cuestiones deben dejarse para definir las en el juicio ordinario que corresponda...". Amparo civil 4410/31. Zepeda José Manuel. 12 de Marzo de 1935. Unanimidad de cuatro votos. No se menciona al ponente. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. Tercera Sala. Tomo. XLII. Página 2367.

Al estudiar a cada interdicto en particular, se tratará de determinar la naturaleza de cada uno de ellos.

4.3 OBJETO.

El objeto en el interdicto es, simplemente, proteger la posesión provisional e interina de un bien inmueble, y por esto se da tanto al poseedor originario como al derivado.¹⁴⁵

Por ser ese su propio y singular objeto, en el interdicto no se puede discutir ninguna cuestión concerniente a la posesión definitiva la cual está protegida por la acción publiciana y la reivindicatoria. El juriconsulto Jacinto Pallares dice a este respecto. "Hay en la jerarquía jurídica de medios de defensa de los bienes raíces y derechos reales que están o pueden estar en nuestro patrimonio, tres grados o tres medios o tres acciones conocidas hace siglos en la ciencia y en la legislación: I.- Los interdictos; II.- Los juicios plenarios de posesión, y III.- La acción reivindicatoria o de dominio. Es decir, que el individuo que es privado de una cosa (material o derecho real) tiene en el orden jerárquico enunciado tres procedimientos judiciales de defensa, pues tiene derecho a recuperar el goce de una cosa inmueble por medio de los interdictos; tiene derecho, cuando ha dejado transcurrir el plazo para ejercitar la acción de interdicto, a promover el juicio plenario de posesión; y por último, puede en todo caso, ejercitar la acción principal y decisiva de dominio."

Haciendo un paréntesis, conviene ahora explicar la cuestión acerca de que los interdictos protegen tanto a bienes inmuebles como a derechos reales. En el capítulo

¹⁴⁵ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 710.

segundo de la presente tesis se hizo mención de que la posesión es el poder que se ejerce sobre una cosa y que la posesión de un derecho consiste en gozar de él; el derecho en mención debe ser susceptible de apropiación, respecto de los interdictos es preciso indicar que dicho derecho debe estar constituido sobre un bien inmueble, por lo tanto se ha de tratar de un derecho real, susceptible de ser objeto de apropiación. Además sirve, para aclarar la presente cuestión, citar el artículo 794, de nuestro Código Civil para el Estado, que dice: "Salvo que la ley determine otra cosa, las disposiciones de los bienes inmuebles se aplicarán también a los derechos reales que tengan por objeto bienes inmuebles y a las acciones relativas."; en consecuencia, el interdicto no sólo concierne a bienes materiales sino también a incorpóreos como son los derechos reales sobre un inmueble.

En el interdicto se toma en cuenta el hecho mismo de la posesión en un momento dado; su finalidad, en otras palabras, es mantener un estado determinado de posesión, contra aquel que la perturbe, despoje o amenace por la ejecución de obras que puedan dañarla, prescindiendo del mejor derecho para poseer que pueda existir entre el actor y el demandado que la ataque y también a quien deba ser confirmada definitivamente la posesión, porque esto último será materia del juicio plenario de posesión.¹⁴⁶

En los interdictos se persigue la finalidad general de protección de la posesión; pero con una causa que supone un ataque consumado en el despojo, o en vías de consumarse en la perturbación, o un daño que en forma lícita o ilícita se pueda causar por la ejecución de una obra nueva o bien por el estado ruinoso de una construcción, por la caída de un árbol o de cualquier otro objeto. Este daño puede tener una causa ilícita, si hay descuido en la ejecución de la obra o abandono al no tomar las medidas necesarias para evitar el estado ruinoso de una construcción; o bien puede causarse el daño en una forma lícita procediendo con toda diligencia al tomar todas las precauciones necesarias, pero no obstante ello, causando daño.¹⁴⁷

En el capítulo siguiente se verá el objeto específico de cada interdicto.

4.4 REGLAS GENERALES.

Tomando en cuenta las diversas formas de protección de la posesión, y las causas que las motivan, los interdictos se caracterizan, desde el punto de vista jurídico, en forma muy diversa a la acción plenaria de posesión. Se han reconocido en la doctrina y la

¹⁴⁶ *Ibidem.* pp. 710 y 711..

¹⁴⁷ *Ibidem.* p. 714.

legislación reglas generales en esta materia, que en realidad son una consecuencia de la finalidad que persiguen los interdictos, al proteger la posesión de bienes inmuebles contra actos ilícitos o contra daños que puedan causárseles. Estas reglas se pueden resumir en las siguientes:

Primera. Los interdictos sólo se ocupan de la posesión interina de los bienes inmuebles, en tanto la acción publiciana tiene por objeto resolver sobre la posesión definitiva de los bienes.

Segunda. En los interdictos no se discute sobre el mejor derecho para poseer; simplemente se toma en cuenta el hecho de la posesión. En la acción publiciana se discute sobre el mejor derecho para poseer y se resuelve sobre la calidad de la posesión.

Tercera. Los interdictos se otorgan al poseedor civil o precario de bienes inmuebles, en tanto que la acción publiciana se confiere sólo al poseedor con justo título y buena fe de una cosa mueble o inmueble.

Cuarta. En los interdictos tampoco se prejuzga sobre la propiedad de los bienes. El Juez no puede recibir pruebas relacionadas con la propiedad, porque el objeto en el interdicto no es proteger la posesión en atención al dominio o al justo título. El Juez puede tomar en cuenta las pruebas que se le presenten para acreditar la propiedad o la posesión definitiva, sólo para deducir de ahí que el actor que entabla el interdicto tiene la posesión.

Quinta. El juicio sumario de interdicto no puede acumularse al juicio ordinario de propiedad o al plenario de posesión, y el interdicto debe resolverse previamente. Se prohíbe la acumulación de estos juicios en que se ventilan acciones posesorias diferentes, tomando en cuenta la naturaleza jurídica distinta de ambas acciones y la diversa finalidad de la protección posesoria.¹⁴⁸

El objeto de la acumulación es resolver, en una misma sentencia, acciones que tengan conexidad, es decir, porque provienen de una misma causa, o se ejerciten en relación a una misma cosa y contra una misma persona.

Como en los interdictos el objeto de la acción posesoria provisional es distinto del de la acción publiciana o de la de dominio, no podrán resolverse en una misma sentencia cuestiones jurídicas distintas, y por esto no deben acumularse. Además, como los interdictos deben resolverse previamente, tampoco hay posibilidad de acumular, ya que el objeto de la acumulación referida es resolver al mismo tiempo acciones intentadas en diferentes juicios.

¹⁴⁸ *Ibidem*. pp. 715-717.

La razón por la cual los interdictos deben de resolverse previamente a la acción publiciana o la de dominio, según Rojina Villegas, es la siguiente: "En el interdicto simplemente se protege el hecho de la posesión, sin importar el mejor derecho para poseer; consecuentemente, cualquier ataque o daño a la posesión debe resolverse en una forma sumaria, inmediata, tanto para el poseedor originario como al derivado. No importará después que en el juicio plenario de posesión se determine que el que intentó el interdicto no tenía mejor derecho a poseer que el despojante o perturbador."

Por otra parte, Rojina Villegas continua diciendo: "Se considera que el que es vencido en el juicio de interdicto, puede entablar la acción publiciana o la reivindicatoria. En cambio, el que es vencido en el juicio plenario de posesión o de propiedad, no puede entablar el interdicto. Si se entablo éste y no obtiene sentencia favorable, esto puede obedecer a que no haya existido el despojo, la perturbación o el daño, o bien que no se hayan probado, aunque en rigor existan; pero estas circunstancias no prejuzgan sobre el mejor derecho a poseer o sobre la propiedad que tenga el actor. Por esto, aunque se pierda en el interdicto, se puede entablar todavía la acción plenaria de posesión o la reivindicatoria."

4.5 CARÁCTER DE LAS SENTENCIAS DICTADAS EN LOS INTERDICTOS.

Dicen los tratadistas que las sentencias que se pronuncian en los interdictos tienen el carácter de provisionales porque pueden quedar sin efecto, a virtud de las que sobre la misma cosa se dicten en los juicios plenario de posesión y reivindicatorio. Esto es cierto, pero debe ser bien entendido para no incurrir en un error. Como queda dicho, las sentencias que se obtienen de los interdictos, sólo conciernen a la posesión provisional, y respecto de ella son definitivas y firmes, alcanzando, por lo tanto, la autoridad de cosa juzgada en los puntos que resuelven; pero como no se discute en los interdictos ni la posesión definitiva ni menos el derecho de propiedad, es evidente que respecto de estas cuestiones no resuelve el fallo dictado en los interdictos.¹⁴⁹

Antes de continuar con el presente punto, es conveniente tener la noción de los conceptos procesales mencionados en el párrafo precedente, es decir, qué es la sentencia definitiva, la firme y la cosa juzgada.

Atendiendo a la impugnabilidad, su susceptibilidad a ser discutidas judicialmente, las sentencias pueden ser definitivas y firmes. Son definitivas aquellas que ponen fin al proceso, aunque quepa contra ellas la interposición de algún medio de impugnación por la

¹⁴⁹ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. pp. 100 y 101.

parte inconforme. Las firmes son aquellas que ya no pueden ser impugnadas por ningún medio.¹⁵⁰

La cosa juzgada puede definirse como el atributo, la calidad o la autoridad de definitividad que adquieren las sentencias. Desde el punto de vista formal, significa la imposibilidad de impugnación. Desde el punto de vista material o de fondo, consiste en la verdad legal; la verdad definitiva que ya no puede ser rebatida desde ningún punto de vista y en ninguna oportunidad.¹⁵¹

E. Pallares indica que las sentencias en los interdictos alcanzan la autoridad de cosa juzgada. pero en los interdictos hay que entender a la cosa juzgada desde el punto de vista formal o procesal, pero no de fondo o material; ya que teniendo en cuenta el hecho de la posesión actual y momentánea, esta posesión puede perderse por resolución judicial que se dicte en un juicio plenario de posesión o reivindicatorio; donde ya no se trata a la posesión interina sino a la definitiva, por esta razón, en esta última clase de juicios, la resolución interdictal de cosa juzgada no puede invocarse debido a que no se trata de la misma verdad legal y definitiva.

La posesión definitiva es materia de la acción publiciana y de la reivindicatoria, también por medio de esta última, el dueño de la cosa obtiene se le entregue la posesión de la cosa, por lo tanto, las sentencias dadas en los interdictos no son provisionales en el sentido de que puedan ser modificadas por otras.¹⁵² Cuando cambian o ya no existen las circunstancias que motivaron la decisión, las consecuencias de ésta ya no deben aplicarse y, por lo tanto, deben existir otras distintas que en verdad se adecuen a las nuevas circunstancias.

Lo anterior no sucede en los interdictos por dos razones: Una, porque éstos únicamente tienen que ver con la posesión provisional y nada con la definitiva; y dos, porque si se permite que después de resolverse el litigio sobre la posesión provisional se abra nuevo juicio sobre la definitiva, éste podrá dejar sin efecto lo juzgado en el interdicto pero sólo respecto a la posesión provisional que se le mantuvo al vencedor en el interdicto, que ahora, al ser vencido en el juicio plenario, consecuentemente tiene que devolver la posesión que ya había mantenido provisionalmente.

En los interdictos, sea la sentencia cualquiera, contendrá siempre la expresión de que se dicta reservando su derecho al que lo tenga para proponer la demanda de

¹⁵⁰ GÓMEZ LARA, Cipriano. *op. cit.* p. 187.

¹⁵¹ *Ibidem.* p. 188.

¹⁵² PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. p. 101.

propiedad o de posesión definitiva. Además, las sentencias en los interdictos deben precisar sus efectos para el mejor éxito de la protección posesoria.¹⁵³

¹⁵³ *Ibidem.* p. 283.

CAPÍTULO V

LOS INTERDICTOS EN PARTICULAR EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Expuestas, en el capítulo precedente, las razones por las cuales se considera que fue suprimido el interdicto de adquirir la posesión, en el presente capítulo sólo se estudiarán a los demás interdictos reconocidos en la legislación mexicana actual, es decir, los interdictos de retener la posesión, de recuperar la posesión, de obra nueva y de obra peligrosa.

En la República Mexicana, la mayoría de los códigos civiles y de procedimientos civiles, de los diversos Estados que la integran, derivan de los respectivos códigos vigentes para el Distrito Federal, los cuales constituyen la pauta a seguir en lo general para la formulación de aquéllos. Por esta razón, en el presente capítulo, se analizarán, casi en forma centralizada, a los interdictos tal como son regulados en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente.

5.1 EL INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN.

Retomando el artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente; ya citado y transcrito en el anterior capítulo, se puede decir que el interdicto de retener es una acción encaminada a proteger la posesión contra las perturbaciones que la dañan, consistentes en actos que no signifiquen un despojo.

El artículo en cuestión principia diciendo a quién corresponde intentar la acción del interdicto de retener; así ésta ha de corresponder al que es “perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble”, de aquí se infiere que no sólo se otorga la acción al propietario, sino también al usufructuario, al arrendatario, al acreedor pignoraticio, al depositario u a otro con título análogo que tenga la posesión de un bien inmueble o derecho real sobre el mismo. Sin embargo, en la parte final de dicho artículo se hace una restricción, para la procedencia de este interdicto, al “poseedor” que haya obtenido la posesión de su contraria, el demandado, “por fuerza, clandestinamente o a ruegos”. Hay que tener bien entendida esta situación.

No pueden promover el interdicto los simples detentadores por no ser poseedores ni originarios, ni derivados. Pero sí puede promoverlo el que es simple poseedor jurídico.¹⁵⁴ La posesión jurídica es exclusivamente aquella que señala la ley sustantiva

¹⁵⁴ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. *op. cit.* p. 177.

civil entre cuyos elementos se encuentra el justo título. Así, la posesión “a ruegos” a que refiere el artículo 16 mencionado, no se refiere a la posesión precaria, sino a la mera tenencia en que, por un acto de benevolencia, se le permite a un sujeto disfrutar de un inmueble, este acto no le da derecho a este sujeto a llamarse poseedor sino simple detentador, a diferencia de lo que sucede en una posesión precaria, la cual puede ser reconocida plenamente, por ejemplo en el caso de un arrendatario que obtuvo del perturbador la posesión contractualmente, aquél sí tiene contra éste expedida la acción interdictal para obligarlo a respetarle su posesión.

Respecto de la posesión obtenida por la fuerza o clandestinamente, es de justicia que si el poseedor a su vez despojo al demandado haciendo uso de cualquiera de esos dos medios, la ley no le consienta ejercitar la acción posesoria.

Lo segundo a indicar del texto del artículo 16 mencionado es que éste indica contra quién se da el interdicto de retener al decir: “contra el perturbador, al que mandó tal perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante”; los dos primeros casos no deben tener mayor problema de entendimiento, ya que abarca todas las hipótesis posibles no importando si el perturbador quiere la cosa para sí, o si la forma en que se mandó realizar la perturbación fue por inducción mañosa o por gestión. En el tercer caso se refiere al aprovechamiento a sabiendas y directamente de la perturbación, esto es, sacar algún provecho que puede ser económico o moral, con conocimiento de que se ha realizado una perturbación posesoria y recibir de inmediato ese provecho sin solución de continuidad. En el cuarto caso se limita el ejercicio del interdicto sólo contra el sucesor del despojante, es decir, de la persona que materialmente llevó a cabo la perturbación; el artículo no autoriza a demandar a los sucesores de las otras personas que se han mencionado. Cabe censurar la redacción del artículo porque usa la frase “sucesor del despojante”, a pesar de que el interdicto es de retener y por esta circunstancia no puede haber despojante porque no hay despojo sino simple perturbación posesoria.

Respecto a la perturbación posesoria, el legislador del Distrito Federal ha querido delimitar qué se entiende por ésta, con el objeto de delimitar el alcance del interdicto; con la redacción vigente queda claro que el interdicto de retener no procede para impedir una reclamación judicial, ni tampoco cuando se profieren amenazas que no son seguidas de actos materiales.¹⁵⁵ Consecuentemente, la perturbación que determina el artículo 16, se

¹⁵⁵ Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo V. Ed. Porrúa, México, 1985. p.163

caracteriza por consistir en actos materiales y no en meras intenciones o deseos. Las amenazas, mientras no se conviertan en vías de hecho, no producen perturbación. Los actos materiales han de tender a una usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho; esa violencia puede llevarse a cabo por medio de coacción física o moral.

Las “vías de hecho” son, según la tesis aislada número 362,930 publicada en el Semanario Judicial de la Federación, son los actos graves y positivos y de tal naturaleza que no pueden ejecutarse sin violar la protección que las leyes aseguran a todo individuo que vive en sociedad.

Por último, el artículo 16 citado indica que la acción del interdicto de retener prescribe en un año. La ley no dice desde cuándo comienza a correr este término, pero lógicamente se puede establecer que ha de contarse desde el día en que tenga lugar el último acto en que se haga la perturbación posesoria. La razón para que en este artículo se previera dicho término, se obtiene acudiendo a la doctrina, la cual indica que este término atiende a una tradición jurídica que parte del derecho romano donde desde entonces se aplica dicho plazo para intentar el interdicto.

Dicho año ha de contarse como año natural y no computarse teniendo en cuenta únicamente los días en que pueda actuarse judicialmente. Esta conclusión se atribuye a que los términos judiciales sólo se rigen cuando hay juicio, pero no antes de que se entable la contienda. Además, el año que fija la ley es de prescripción de la acción posesoria y se puede relacionar con lo que dispone el artículo 1274 del Código Civil local, que dice: “El tiempo para la prescripción se cuenta por años y no de momento a momento; excepto en los casos en que así lo determine la ley expresamente.”

5.1.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE RETENER.

El interdicto de retener es de carácter posesorio pues está destinado a proteger el simple hecho de la posesión, con independencia del derecho a poseer. Es un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho contra las perturbaciones que la dañan, correspondiendo al antiguo interdicto *uti possidetis* del derecho romano.¹⁵⁶

El anterior párrafo hay que relacionarlo con el primer párrafo del artículo 1050 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, que dice: “El poseedor tiene derecho a ser mantenido en su posesión siempre que fuere perturbado en ella.”; con el fin de observar

¹⁵⁶ http://www.comadrid.es/pres_ser_juridicos/revista_huridica/numero9/comentario1.htm .

como la Ley civil local se muestra sumamente respetuosa con respecto a la posesión dándole derecho a no ser perturbada.

5.1.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE RETENER.

La finalidad del interdicto de retener es la tutela interina de la posesión de hecho, contra cualquier acto de perturbación realizada de modo abusivo o indebido, sin título bastante que autorice al demandado a realizar dicha perturbación en daño del poseedor, pudiéndose, a través de este interdicto, restaurar y conservar el estado de la situación de posesión por parte del actor.¹⁵⁷

5.1.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE RETENER.

El interdicto de retener tiene por objeto: 1º. Evitar que se lleve a cabo el despojo de un inmueble o de derecho real sobre inmueble, susceptible de ser poseído; 2º. Poner término a los actos de perturbación de la posesión realizados por el demandado; 3º. Condenarlo a que otorgue caución, o sea cualquier forma de garantía de las obligaciones, de que no volverá a perturbar al actor; 4º. Condenarlo igualmente a pagar los daños y perjuicios que hayan causado los actos de perturbación, y 5º. Obtener que se condene al demandado con la pena de arresto en caso de que reincida.¹⁵⁸

5.1.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RETENER.

El interdicto de retener procede cuando el que se halla en la posesión de un bien inmueble o de un derecho real sobre el inmueble, como la servidumbre, usufructo, etc.; ha sido perturbado en dicha posesión por actos reales, concretos y externos desplegados por el demandado, y que deben ser una manifestación de voluntad directamente encaminada a producir una perturbación en la posesión con consecuencias jurídicas, es decir, que trasciendan al mundo material de manera efectiva, lesionándose la posesión que dice tener el actor.

La primera parte del primer párrafo del artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal indica claramente qué sujetos están legitimados para ejercitar la acción, es decir, legitimados activamente; así como también indica contra quiénes se dirige la acción, es decir, a qué sujetos les corresponderá la legitimación pasiva.

¹⁵⁷ *Idem.*

¹⁵⁸ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 46. p. 438.

La "legitimación" se ha definido como el señalamiento que hace la Ley a una persona para que pueda concurrir al proceso como actor o como demandado.

La legitimación activa es aquella que se encuentra en relación con el actor; y la legitimación pasiva es aquella que se encuentra en relación con el demandado.

La legitimación activa, según el mencionado artículo 16, en el interdicto de retener, corresponde a quien haya sido perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble; y también, como ya se ha dicho, de un derecho real constituido sobre dicho inmueble.

La legitimación pasiva, conforme al artículo 16, corresponderá al perturbador, al que mandó la perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aproveche de ella y contra el sucesor del "despojante".

Además de los requisitos expuestos en los párrafos precedentes, el artículo 16 indica ciertos requisitos objetivos para la procedencia de la acción del interdicto de retener; dichos requisitos son destacados por la tesis aislada registrada con el número 210,864, que dice:

INTERDICTO DE RETENER LA POSESIÓN. ELEMENTOS Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.

Para que proceda el interdicto de retener la posesión se requiere, conforme al artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles, la existencia de tres elementos; a). Que el actor tenga la posesión del bien inmueble de que se trata; b). Que el demandado *motu proprio*, intente despojar a quien ejercita la acción; y c). Que la acción se haga valer en el término señalado por la ley. De lo anterior se desprende que el ejercicio de la acción interdictal sólo procede entre particulares, por lo que si el acto perturbador proviene de una autoridad judicial que trata de ejecutar una sentencia, dicha acción es improcedente.

Amparo directo 952/91. Blanca Rosa Sánchez de Ponce. 9 de Julio de 1991. Unanimidad de cuatro votos. Ponente Omar Losson Ovando. Semanario Judicial de la Federación. Octava Época. Primer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito. Tomo XIV, Agosto de 1994. Tesis VIII.C 9C. Página 626.

Siendo requisito básico para el ejercicio y éxito de la acción del interdicto de retener, la demostración del hecho de la posesión por el actor del inmueble que, por determinación unilateral sea perturbada por el demandado, obligado es entender que si no se prueba dicho estado posesorio por el actor, no puede ser acogida la demanda.

En cuanto al elemento de la perturbación, ya se ha dicho que debe consistir en actos externos tendientes, de modo directo, a realizar el despojo mediante una usurpación

violenta, esto es, por la coacción moral o material, usando la fuerza física o moral, contra el poseedor.

Respecto del plazo de presentación de la demanda, la ley ha declarado el término de un año para la extinción del derecho de ejercer la acción del interdicto de retener, es decir, para que prescriba negativamente. Ya se ha dicho que el cómputo de dicho año empieza a contar desde el día en que haya lugar el último acto de perturbación posesoria. La consecuencia de la inobservancia de este plazo es la inadmisión de la demanda.

5.1.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE RETENER.

Castillo Larrañaga y De Pina afirman que la Comisión redactora del Código procesal civil vigente en el Distrito Federal había incluido dentro del artículo 432 la fracción XI del artículo 450; que alude a los interdictos, ambos artículos del Título Séptimo denominado "De los juicios especiales y de la vía de apremio"; con objeto de someterlos a los trámites que en el mismo se señalan, es decir, a la vía sumaria; pero que por circunstancia inexplicable, la mencionada fracción XI no apareció en el texto inicial del artículo 432 (actualmente ambos artículos están derogados) y, consecuentemente, los interdictos quedaron sometidos a tramitación distinta de la que estaba destinada para ellos.

El procedimiento sumario ha sido derogado del Código procesal civil para el Distrito Federal vigente, por tal razón los interdictos, en dicha entidad, sólo pueden tramitarse mediante el procedimiento ordinario, lo que sin duda es contrario a la naturaleza jurídica de los interdictos, no obstante que la jurisprudencia los ha determinado como procedimientos sumarios o sumarísimos.

Por lo expuesto en los párrafos anteriores, es conveniente hacer un breve mención de cómo se regulaba el interdicto de retener en el Código procesal civil para el Distrito Federal de 1884, que en lo sucesivo se referirá como el "Código anterior", con el propósito de observar el trámite pertinente al interdicto de retener en una forma que corresponda más a su original vía sumaria.

En dicho Código anterior, en la demanda se debía ofrecer información sobre el hecho de la posesión en que se halla el actor, así como del acto que la perturbe, en vista de esto el Juez dictaba auto, que es la resolución judicial que afecta la dinámica del proceso, en donde el Juez ordena que se avance en el proceso, en dicho auto se ordena que se reciba la información luego que se presenten los testigos. Recibida la información

y citando sólo a la parte que haya promovido, el Juez dictaba la resolución que correspondía.

Conviene hacer un paréntesis para determinar bien la situación descrita en el párrafo anterior. El "testigo" es la persona que comunica al Juez el conocimiento directo que tiene acerca de un hecho o acto. El medio de prueba testimonial, es decir, el instrumento jurídico a través del cual las partes van a probar la existencia de un hecho o derecho, en este caso, mediante el uso de testigos, es el medio de prueba que ha sido reconocido como el ideal para demostrar el hecho de la posesión; y también, a través de este medio de prueba puede acreditarse la perturbación posesoria. Pero, según el Código anterior, la prueba testimonial es recibida sin convocar al demandado, antes de emplazarlo, o sea antes de notificarle judicial y personalmente haciendo de su conocimiento que existe una demanda en su contra sujetándolo a proceso. Hay que precisar que el rendir la información testimonial, o cualquier otra en que se necesite observar el principio de audiencia, en forma previa a la admisión de la demanda, en relación a los requisitos previstos para la procedencia del interdicto, no implica que con ello se acrediten los extremos de la acción pues, con base en los datos que arroje dicha información no habrá de decidirse el fondo del negocio en su momento procesal oportuno, en la sentencia, dado que el actor, durante la secuela del procedimiento deberá acreditar fehacientemente la posesión que dice tener, así como la existencia de los actos de perturbación que provienen de la parte demandada, pero esta vez las pruebas se recibirán con citación de la parte contraria, dentro del término probatorio donde se ofrecerán los medios de prueba prudentes, se aceptarán o desecharán, se preparará su desahogo y se desahogarán. En el caso de la testimonial dentro del término probatorio, al momento de estarse desahogando, primero interrogara a los testigos el promovente de la prueba y a continuación las demás partes podrán hacerlo, con esto el demandado podrá hacer preguntas a los testigos, incluso para acreditar que el actor no es poseedor con los requisitos que se establecen para el interdicto de retener o que los actos no pueden considerarse como de perturbación, etc. Para aclarar más las consecuencias que produce el recibir la información, testimonial u otra, antes del emplazamiento, se cita la jurisprudencia registrada con el número 185,752 del Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito; que en resumidas cuentas establece que el propósito de la información testimonial es que el Juez esté en posibilidad de adoptar las medidas preventivas para que las cosas se mantengan en el estado que guardaban al momento de presentar la demanda así como de determinar la procedencia y admisión de la misma, por otro lado,

esa información testimonial no constituye un elemento probatorio que el Juez pueda considerar en la sentencia definitiva; pues los interdictos deben seguirse con las formalidades de los juicios sumarios en los que existe un periodo de ofrecimiento y recepción de pruebas; de esta suerte que la testimonial tendiente a acreditar la posesión del actor deberá ofrecerse (nuevamente) dentro del periodo probatorio del juicio, a efecto de que el demandado pueda concurrir a su desahogo y repreguntar a los testigos. Con lo que se satisface el principio de audiencia.

Siguiendo con lo que indica el Código anterior, si de la información recibida resultaren acreditados la posesión y la perturbación mencionadas, se declaraba haber lugar al interdicto y se convocaba a las partes a juicio, verificándose éste dentro de tres días. El término para rendir pruebas no podía exceder de diez días y, concluido éste, se ponían los autos, el expediente, a disposición de las partes por tres días a cada una, las cuales alegaban en una sola audiencia, audiencia final o audiencia de alegatos en donde las partes presentan sus alegatos, o sea, los razonamientos jurídicos por los cuales las partes consideran si, por las pruebas presentadas, se tiene acreditada o no la acción o la excepción; dicha audiencia se verificaba dentro de tres días y se citaba a ella con efectos de citación para oír sentencia, que se pronunciaba dentro de tres días; declarando si procedía o no el interdicto. En caso afirmativo, mantenían en la posesión al que la retenía, mandando hacer las intimaciones oportunas al que la ha perturbado y condenarle al pago de gastos e indemnización de daños y perjuicios.

Dejando de lado al Código anterior mencionado, es momento de precisar los efectos de la sentencia del interdicto de retener en base al artículo 16 del Código procesal civil vigente en el Distrito Federal. La sentencia favorable al actor del interdicto de retener tiene los siguientes efectos:

Primero. Pone término a la perturbación posesoria. Según sea la perturbación que haya motivado el interdicto, así debe ser también el contenido de la sentencia. E. Pallares hace una aportación más respecto a este efecto, al decir: "Hay que anotar que si la perturbación consiste en una obra material, deberá ordenarse su destrucción. Si sólo se trata de actos de resistencia del demandado, como por ejemplo, los consistentes en evitar levantar un muro o pasar por determinado lugar, se hará uso de los apercibimientos legales para romper la resistencia de que se trate.". Respecto del primer caso que expone Pallares, el de destrucción de una obra material, se opina que el mantener el señorío de hecho en que consiste la posesión, no debe realizarse a través del interdicto de retener; por que en tal caso esa finalidad es excesiva para este interdicto; por lo que se considera

que en este caso se debería hacer uso del interdicto de obra nueva; o intentar ambos interdictos en forma alternativa.

Segundo. Condena al demandado a pagar al poseedor una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la perturbación. Hay que anotar que no es necesario que en la sentencia se fije el monto de la indemnización; pero sí es indispensable que se declare la responsabilidad y que se establezcan las bases con arreglo a las cuales el demandado debe hacer dicho pago. Los daños y perjuicios han de ser consecuencia inmediata y directa de la perturbación.

Tercero. Obliga al demandado a otorgar fianza bastante a favor del actor de que no volverá a perturbarle en lo futuro. Como se ignora, al pronunciar el fallo, en qué pueda consistir la perturbación, E. Pallares opina que la fianza debe ser "abierta" y no por cantidad determinada. Así, como el mencionado autor, es permisible expresar que lo conveniente es que a juicio del Juez se determine una cantidad. Pallares continúa diciendo que si el demandado se niega a constituir la fianza después de ser conminado para ello, el actor puede pedir que se le embarguen bienes al demandado y se cumpla con la fianza.

Cuarto. Conmina al demandado a no reincidir en la perturbación, bajo pena de multa o arresto. En relación con esto, E. Pallares opina que, como el Juez de lo civil no tiene jurisdicción para imponer sanciones penales; la multa y el arresto son simples medios de apremio, es decir, actividades judiciales destinadas a hacer efectivo coactivamente el mandato contenido en una resolución del Juez o Tribunal desobedecida por el destinatario.

5.2 EL INTERDICTO DE RECUPERAR LA POSESIÓN.

En general, los principios relativos al interdicto de retener la posesión se aplican al de recuperarla, salvo las diferencias que tienen su origen en que no es lo mismo perturbar la posesión del actor que despojarlo de ella. El interdicto de recuperar la posesión, o interdicto de recobrar la posesión, o interdicto de despojo como también se le ha llamado; se diferencia del de retener en que en aquél el despojo ya se consumó siendo su objeto reponer al despojado en la posesión.

El despojo supone generalmente actos en que de propia autoridad, un tercero se apodera de la cosa (inmueble). No siempre hay violencia en el despojo; basta con que de

propia autoridad un tercero se apropie de la cosa para que se considere que hay despojo.¹⁵⁹

Retomando a los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal; ya citados, el artículo 17 indica, primeramente, a quien se otorga la acción posesoria del interdicto de recuperar diciendo: "El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido y le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo y contra el sucesor del despojante"; es decir, están legitimados activamente todos los poseedores ya sean civiles o precarios de un bien inmueble o de un derecho real constituido sobre éste; pero, al igual que el interdicto de retener, el de despojo no puede proceder cuando lo promueva aquel que con relación al demandado poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego, como así lo indica el artículo 18. La posesión a ruegos, ya se ha dicho que, no se refiere a la posesión precaria; sino a la tenencia meramente tolerada, ya que el artículo 18 continúa diciendo que sí procede "contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato."

Del párrafo precedente, también se puede resaltar contra quiénes se promueve el interdicto de recuperar que, como se observa, los sujetos a que hace referencia el artículo 17 son aquellos que están en situaciones similares a las estudiadas en el interdicto de retener; con la diferencia de que en el interdicto de recuperar se trata al despojo como hecho consumado.

El despojo no es un acto jurídico que para existir requiera capacidad legal en quien lo ejercita. Es un simple hecho jurídico, un acto meramente material que da lugar a la acción posesoria, y produce determinadas responsabilidades en contra de su autor. Por tener ese carácter no hay que examinar si es o no válido civilmente porque no se trata de hacerlo producir los efectos de un acto administrativo o de un contrato.¹⁶⁰

El interdicto de recobrar debe promoverse dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo, así lo indica el artículo 18 mencionado; no se distingue el caso en que el despojante tenga conocimiento del despojo, del caso de que lo ignore; por lo tanto, debe inferirse que la acción debe ejercitarse dentro del año siguiente al día en que se verificó el despojo, tenga o no conocimiento del hecho el despojado.

¹⁵⁹ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 739.

¹⁶⁰ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. p. 167.

El término de un año es de prescripción para ejercitar el interdicto de despojo, como lo estatuye el artículo 18 mencionado y el 804 del Código Civil para el Distrito Federal que dice: "Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión, se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo.", ambos artículos pueden relacionarse, respecto al plazo señalado, con el artículo 1076 del Código Civil local que indica: "La posesión se pierde: V.- Por despojo, si la posesión del despojante dura un año o más."

5.2.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR.

El interdicto de recuperar tiene carácter de acción posesoria pues se ocupa de proteger la posesión interina de los bienes inmuebles, independientemente de la existencia del derecho a poseer. El juicio del interdicto de despojo es un procedimiento sumario destinado a proteger la posesión como hecho, contra su despojo o vías de hecho que causan la privación de ella al poseedor. Procede del derecho canónico, especialmente del *remedium spoli*, deriva del antiguo *interdictum recuperandae possessionis unde vi* del derecho romano.

Es permisible citar la tesis aislada con número de registro 203,418 titulada: "INTERDICTOS PARA RECUPERAR LA POSESIÓN. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS.", Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Enero de 1996. Tesis 1.5o. C. 32 C. Página 301; que dice: "La doctrina y la jurisprudencia han establecido como regla general que los interdictos de recuperar la posesión sólo se ocupan de la posesión interina de los bienes inmuebles, dado que la posesión definitiva de los mismos debe discutirse en el juicio plenario de posesión, en el reivindicatorio, o en cualquier otro en que se discuta a cuál de los contendientes corresponde la propiedad y por ende la posesión del inmueble; que por tanto, no podrá promover el interdicto, quien con anterioridad haya sido vencido en juicio en el que se hubiese discutido el derecho de la propiedad o de posesión definitivas. Consecuentemente, si en un anterior juicio, la autoridad jurisdiccional respectiva dilucidó a cuál de las partes corresponde la titularidad del inmueble controvertido, obvio es concluir que la acción interdictal ejercida por la parte que perdió en dicho juicio de propiedad, contra el ganancioso, resulta improcedente."

5.2.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE RECUPERAR.

La finalidad de este interdicto es la protección de la posesión actual como tal hecho o el hecho de la posesión, es decir se dirige a tutelar interinamente la situación de hecho de la posesión, contra el despojo consumado en daño y perjuicio del poseedor.

Caravantes dice acertadamente que: "El interdicto de despojo se funda en el principio de eterna razón de que nadie puede hacerse justicia por sí mismo, y su fin es evitar la luchas y las vías de hecho a que recurriría el despojado para recobrar su posesión si no tuviera un medio legal y expedito para ello."

5.2.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE RECUPERAR.

El objeto principal de este interdicto es restituir en la posesión al actor, de acuerdo con el principio de justicia social que quiere que el despojado sea, ante todo, restituido en la posesión. La última parte del artículo 17, ya mencionado, dice: "Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que se afiance su abstención y a la vez conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia."

5.2.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE RECUPERAR.

Con base en el artículo 17 mencionado, están legitimados activamente, para promover el interdicto de recuperar, el poseedor civil o precario de un bien inmueble, o de un derecho real constituido sobre ese inmueble, que haya sido despojado de la posesión, es decir, por actos de justicia particular o, mejor dicho privada, que impliquen ya sea violencia o vías de hecho.

Igualmente, dicho artículo, hace referencia a quiénes están legitimados pasivamente indicando que esta legitimación les podrá corresponder al despojador material del inmueble, es decir, a aquél que personalmente realizó el despojo; el verdadero autor que haya mandado realizar el despojo por medio de cualquier otra persona; el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo y contra el sucesor del despojante.

Además, el interdicto de recuperar, requiere para su procedencia que el actor tuviera ya sea una posesión civil o precaria de un bien inmueble o derecho real que tenga por objeto ese inmueble, que haya sido despojado de ellos y que presente la demanda antes de haber transcurrido un año desde el acto que ocasiona el despojo.

El actor necesita dejar acreditado que tenía la posesión actual o momentánea del inmueble controvertido o el derecho real que le asiste sobre el inmueble. La Suprema

Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que para los fines del interdicto de recuperar en él se necesita demostrar el hecho mismo de la posesión jurídica o derivada, pero siempre efectiva y con total independencia del derecho de propiedad.

El interdicto de recuperar hace alusión a un hecho de despojo al que debe agregársele varias notas, tales como que la reposición en la posesión tiene como presupuesto un ataque a la misma que, más que querer una mutación física de la cosa poseída, parece referirse a una simple sustitución del poseedor. El despojo debe ir precedido y acompañado de un *animus spoliandii*, entendiéndose por tal la conciencia que el despojante tiene de que el acto que comete es fruto de un obrar arbitrario o indebido, sin título adecuado que lo autorice.¹⁶¹ Lo anterior se entiende encajándolo con una interesante ejecutoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 387/52. Alfonso Parra Marquina. 1953. Ponente: García Rojas; que habla de las opiniones de Martí, Miralles y de Ruífini, expuestas en sus monografías *Spoliatus ante omnia restituendus*; según las cuales, en el derecho canónico, al perfeccionarse el interdicto de despojo, se humanizó el concepto de despojo al grado de que no se exija como condición *sine qua non* para la procedencia de la acción posesoria la violencia, sino que se amplió el interdicto dándose contra los que teniendo una posesión precaria que se revuelvan contra el dueño para contender contra él invocando, con dolo o culpa, una mutación de causa en su posesión; de suerte que el acto produzca una mutación en la situación de posesión, para que pueda ser estimada como despojo.

En todo caso, por despojo ha de entenderse, doctrinal y positivamente, como la privación consumada de la posesión, mediante el aprovechamiento de la cosa que otro realiza; con violencia o sin título bastante o sin relación negocial alguna que lo autorice a realizarlo.

Es indispensable probar también que desde la fecha del despojo no hubiese transcurrido más de un año, pues de lo contrario, el despojado, pierde la posesión y no está legalmente capacitado para pedir la recuperación de una posesión que por imperativo legal ha perdido.

5.2.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE RECUPERAR.

Conviene, de nueva cuenta, mencionar brevemente al Código anterior ya mencionado, con el propósito de enmarcar cuál es el procedimiento sumario correspondiente al interdicto de recuperar. La sección en que se regulaba este interdicto

¹⁶¹ *Op. cit. supra* nota 151.

comenzaba haciendo referencia a la legitimación activa; indicando que ésta le compete al que estando poseyendo pacíficamente un inmueble o derecho real constituido sobre éste, haya sido despojado; además se requería haber poseído por más de un año o, en su defecto, que el poseedor haya sido despojado con violencia o vías de hecho.

Cabe hacer otro paréntesis para indicar que el requisito de haber poseído por más de un año ha sido retomado por nuestro Código Civil para el Estado; ya que en su artículo 1050, tercer párrafo, textualmente dice: "Si la posesión es de menos de un año, nadie puede ser mantenido ni restituido judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor.", por lo que éste requisito de tiempo es indispensable, exista o no la violencia o vías de hecho a que se han hecho mención, es decir, incluso si el despojo o la perturbación han sido realizados de alguna otra forma. En cambio, Rojina Villegas indica que en la legislación del Distrito Federal vigente, ni el Código procesal ni el Código Civil exigen el requisito de la posesión de más de un año para promover el interdicto de recuperar la posesión o de retenerla, en su caso; esto puede explicarse ya que, como se ha visto, se ha estatuido de manera general que todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión, es decir, sin distinción alguna se protege a todos los poseedores, para ser mantenidos y restituidos en su posesión, independientemente del tiempo que hayan poseído. En el mismo sentido, Manresa opina que no debe exigirse el tiempo de poseer de más de un año; porque no hay disposición alguna que exija un tiempo más o menos limitado, para considerar o elevar a la categoría de poseedor a una persona.

Continuando con lo que indicaba el Código anterior mencionado, respecto del interdicto de recuperar, se requería que el actor presentara un escrito solicitando que se le restituya la posesión de la cosa o derecho de que haya sido despojado; dicho escrito tenía que ser acompañado por los documentos que justifiquen el despojo a la posesión y, a falta de éstos, se ofrecía información supletoria de testigos y; en todo caso se ofrecía también información sobre el hecho del despojo, designando al autor de éste.

Presentando la demanda con sus requisitos, el Juez mandaba recibir la información que se ofrezca con citación del demandado, el cual tiene derecho para ofrecer y rendir información en contrario. El término par recibir las informaciones era de diez días improrrogables. Concluido este término de prueba se hacía la publicación correspondiente para poner los autos a disposición de las partes en la secretaria del juzgado por tres días a cada una de ellas, las partes podían alegar en una sola audiencia verificada dentro de tres días, y la citación a ésta producía efectos de citación para oír

sentencia que pronunciaba el Juez dentro de tres días, declarando si procedía o no el interdicto.

Si de las informaciones ofrecidas resultaban justificados la posesión y el despojo, el Juez decretaba la restitución, condenando al demandado al pago de costas, daños y perjuicios; o, en caso contrario, el Juez negaba la restitución, condenando al actor en las costas.

Las “costas” son los gastos ocasionados en el proceso, derivados directamente de él.

Dejando ya al Código anterior, es momento de hacer mención a las prestaciones a las que se condena al demandado con la sentencia, favorable al actor, que declare procedente el interdicto de recuperar, según lo indica el, ya mencionado, artículo 17. Dicha sentencia condena al demandado a las siguientes prestaciones:

Primera. A reponer al despojado en la posesión del predio o derecho real de que se trate.

Segunda. A pagarle los daños y perjuicios que haya causado el despojo al actor.

Tercera. A otorgar fianza de que en lo sucesivo se abstendrá de llevar a cabo cualquier acto de despojo.

Cuarto. A ser conminado con multa y arresto en caso de reincidencia.

5.3 EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

El interdicto de obra nueva puede definirse como el proceso sumario mediante el cual el actor obtiene que se suspenda la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, que se demuela o modifique la obra, y se restituyan las cosas al estado anterior a dicha obra.¹⁶²

Este interdicto no tiene el marcado carácter posesorio de los interdictos de retener y recuperar la posesión, pues en el de obra nueva no se ejercita propiamente una acción posesoria, ya que en este interdicto lo que se persigue es evitar los daños que cause una obra nueva. Esta consideración se toma de lo expresado en el, ya citado, artículo 19 del Código procesal civil para el Distrito Federal vigente; al decir: “Al poseedor del predio o derecho real sobre él compete la acción de suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones... Compete También al vecino del lugar cuando la obra se construye en bienes de uso común...”. En este sentido, es necesario distinguir el interdicto de obra nueva de los demás interdictos posesorios, como el de retener y el de recuperar la posesión; y, respecto a esto, Rojina Villegas dice: “...Creemos que el artículo

¹⁶² PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 46. p. 436.

19... no sólo confiere el interdicto de obra nueva al poseedor originario, sino que también se le otorga otorga al derivado, dado que su objeto es impedir el daño que la obra nueva pueda causar a la cosa inmueble en sí o a la posesión que se disfruta respecto de ella o el goce del derecho real constituido sobre un predio.” Sin embargo, de lo dicho hasta aquí, todavía no se puede considerar determinada la legitimación activa en el interdicto de obra nueva; ya que, como dice el artículo 19, este interdicto compete también al vecino del lugar cuando la obra se construye en bienes de uso común.

Como queda expuesto, la acción de este interdicto puede ser popular ya que la concede la ley al vecino del lugar donde se está realizando la obra.¹⁶³ Dicho queda con esto que no puede ejercitar el interdicto de obra nueva el que está de paso y no ha adquirido domicilio en el sentido de “residencia fija”, de acuerdo con el artículo 28 de nuestro Código Civil para el Estado, que dice: “El domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él”; el artículo 30 del mismo ordenamiento agrega: “Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él”, respecto de las personas morales, el artículo 33 indica que su domicilio se determina de acuerdo con la ley que las haya creado o reconocido, a falta de ésta, con lo dispuesto en su escritura constitutiva, estatutos o reglas de su funcionamiento, y a falta de todo lo anterior, por el lugar donde operen. Se considera que estas disposiciones son bastantes para determinar qué debe entenderse por vecino del lugar.

Ahora, para que el vecino pueda promover el interdicto de obra nueva, es necesario que la obra que se realiza sea perjudicial a sus posesiones y sobre bienes de uso común.

De los bienes de uso común se hizo mención en el primer capítulo de la presente tesis como aquellos bienes que son de dominio del poder público y que pertenecen a la Federación, a los Estados o a los Municipios. Estos bienes pueden ser aprovechados por todos los habitantes, con las restricciones establecidas en la ley; pero, para aprovechamientos especiales se necesita permiso otorgado con los requisitos que prevengan las leyes respectivas.¹⁶⁴ Con base en el artículo 18 de la Ley General de Bienes Nacionales, es permisible citar, como ejemplos de bienes de uso común, a las plazas y parques públicos cuya construcción y conservación esté a cargo del Gobierno

¹⁶³ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. p. 191.

¹⁶⁴ Código Civil para el Estado de Guanajuato, Artículo 810.

Federal; los caminos, carreteras y puentes que constituyan vías generales de comunicación y los demás bienes considerados de uso común por otras leyes.

Continuando con el artículo 19 mencionado, en su párrafo segundo indica que el legitimado pasivamente en el interdicto de obra nueva es la persona que mandó construir la obra nueva, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye. Si falta esta última circunstancia, no puede ser demandado.

El artículo 19, en su tercer párrafo, indica claramente qué es lo que debe entenderse por obra nueva para los efectos del interdicto al decir que ésta no es sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta. Para tener más entendida esta noción de obra nueva, es prudente citar las características que señala el jurisconsulto Prieto Castro que en resumidas cuentas dice: "La obra puede ser de varias clases: a) No sólo tiene que consistir en un edificio, sino en toda construcción con cuya erección se perjudica la posesión del actor. Y no sólo es obra la que resulte de materiales con adherencia fija al suelo, sino también aquellas en que se empleen elementos transportables o piezas desarmables sin detrimento del conjunto como, por ejemplo, un cobertizo de madera; b) Es obra no sólo el trabajo que se entiende por edificación, sino que hay que considerar como tal la excavación, perforación o aún demolición, o labor de instalación de cualquier clase; el caso es que se produzca un cambio en el estado presente de las cosas del que se derive perjuicio para el actor."

En razón de lo anterior, se expresan dos consideraciones respecto a lo que debe entenderse por obra nueva para efectos del interdicto en cuestión: La primera es que por obra nueva se entiende no sólo la arquitectura, sino también la ingeniería que produzca una modificación en los elementos principales o secundarios de la heredad donde se construye y que causa un real y efectivo perjuicio en la quieta y pacífica posesión del actor; por lo tanto, deben excluirse toda clase de reparaciones o mejoras que no alteran lo existente; la segunda es que el interdicto de obra nueva tiene como principal propósito el suspender la conclusión de una obra perjudicial, por lo que el carácter principal de la obra nueva, en este interdicto, es que ésta se encuentre inacabada o pendiente; ya que este interdicto será inoportuno cuando la obra esté terminada, concluida o acabada, porque entonces carecería de razón el efecto suspensivo que constituye el interdicto de obra nueva. Sin embargo, cuando el artículo 19 mencionado habla de modificación o demolición se puede entender que la obra nueva puede estar ya concluida.

Según el último párrafo del artículo 19, la suspensión de la obra nueva durará hasta que se resuelva el juicio, esta suspensión será dada por el Juez que conozca de esta acción interdictal, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado. Sin embargo, la suspensión quedará sin efecto, si el propietario de la obra nueva, a su vez, otorga contrafianza bastante para restituir las cosas al estado que guardaban y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor; pero existe una salvedad para que la suspensión no quede sin efecto, cuando la restitución de las cosas al estado anterior a la obra; se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra o que con ésta se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

Del "interés social" se puede decir que es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas por el Estado. Respecto de las "disposiciones de orden público", se pueden citar las Leyes para la Conservación de Ciudades en el Estado de Guanajuato, dirigidas básicamente a los Ayuntamientos para que no autoricen obras que alteren las fachadas de zonas históricas, por ejemplo.

Ahora, en el caso de que se declare procedente el interdicto de obra nueva, la demolición de la obra opera cuando en su totalidad perjudica a quien promueve el interdicto; la modificación de la obra procede en los casos en que únicamente el perjuicio lo cause una parte de ella.¹⁶⁵ Prieto Castro afirma que: "Restituir las cosas al estado anterior a la obra nueva, en su concepto, se refiere al hecho de que la obra haya dañado al predio contiguo; cuarteándolo, derribándolo o de alguna otra manera dañándolo. En este caso, quien ordenó la obra debe hacer las reparaciones necesarias para que el predio del actor recupere el estado que tenía antes de la obra."

Por otra parte, algunos autores aportan importantes opiniones a la doctrina del interdicto de obra nueva. E. Pallares afirma que: "Cuando la obra nueva se construye invadiendo al mismo tiempo propiedades del actor, para obtener la restitución, procede el interdicto de despojo y no el de obra nueva."; por otro lado, Prieto Castro sostiene que: "Pueden acumularse las dos acciones en una misma demanda, y no encontramos en nuestra ley positiva ningún precepto que lo prohíba.". Esto puede entenderse al convencerse de que en la acumulación referida no se reúnen dos acciones en una misma demanda sino lo que se acumula son las pretensiones.

¹⁶⁵ BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. *op. cit.* p. 182.

Rojina Villegas, por su parte, señala que la autoridad administrativa, es decir, el órgano del Poder Ejecutivo con potestad legalmente conferida y aceptada para ejercer una función pública; dedicado al cuidado y conservación de un conjunto de bienes de cualquier naturaleza -pública o privada- con objeto de mantenerlos en estado satisfactorio; esta autoridad, dice Rojina, en la actualidad interviene en forma más eficaz, imponiendo multas o bien procediendo a la reforma o adopción de medidas urgentes para evitar el daño que se puede causar por una obra nueva o peligrosa; y, en la práctica, podrán en forma más urgente que el Juez llevar a cabo las medidas necesarias para evitar el daño. Es por eso que Pallares afirma: "El interdicto de obra nueva puede ser suplido mediante medidas de carácter administrativo, que realicen el objeto de aquél."

Otra aportación de Rojina es su opinión de que el interdicto de obra nueva es de gran utilidad, especialmente, por los problemas que crean las construcciones pesadas: "Se presentan múltiples casos de daños causados a las propiedades vecinas por la ejecución de obras nuevas. En nuestro concepto la forma más eficaz y jurídica para obtener la reparación del daño, la otorga el interdicto de obra nueva; por el cual, el perjudicado no sólo puede obtener la suspensión, demolición o modificación, en su caso, de la citada obra sino también la restitución de las cosas a su estado primitivo.". Esta restitución comprende la reparación integral del daño causado y, para el efecto, resultan aplicables los artículos 1399 y 1405 de nuestro Código Civil para el Estado; donde el primero indica: "El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima."; el segundo, en su primer párrafo indica: "La reparación del daño debe consistir, a elección del afectado, en el restablecimiento de la situación anterior, cuando ella sea posible, o en el pago de daños y perjuicios."

Además, Rojina Villegas también señala las ventajas que implica el ejercicio de la acción del interdicto de obra nueva, sobre la acción personal de daños y perjuicios causados por hecho ilícito; acción personal que se apoya en el artículo 1399 citado en el párrafo precedente. Las ventajas son las siguientes: A) La acción de interdicto no requiere demostración de hecho ilícito, sino simplemente el daño causado por la obra nueva. Al efecto, el ya mencionado artículo 19 simplemente comprende, como elemento de la acción, el perjuicio causado por la obra a la posesión del actor. En consecuencia, puede incluso originarse el daño por caso fortuito o fuerza mayor, existiendo en ambos casos la obligación de repararlo. Si en lugar de intentar el interdicto, se deduce la acción personal

de daños y perjuicios, será necesario acreditar que el daño se produjo por un hecho ilícito, es decir, por la no observancia de determinados reglamentos en el ramo de construcciones, o bien, que hubo vicios de construcción, defectos en la cimentación, no ejecución de las obras de consolidación indispensables, o cualquier otro tipo de culpa, descuido o negligencia. B) La acción de interdicto tiene un efecto más enérgico que la acción personal mencionada, pues no sólo se obtiene la restitución de las cosas al estado anterior de la obra nueva, sino que también se evitan daños futuros como son los relativos a la continuación de la obra o al hecho de que ésta no sufra modificación alguna. Al efecto, por virtud del interdicto se decretará, conforme al artículo 19, la protección que resulte más eficaz, bien sea ordenando la suspensión, demolición o modificación, en su caso, de la obra nueva. Además, si la obra implica una usurpación de la posesión por el demandado, o sea, el caso de construcción extralimitada, se ordenará su demolición previa fianza que otorgue el actor. C) En la actualidad, la acción del interdicto de obra nueva, no está limitada para su ejercicio al plazo de un año; se está en una situación más firme para los casos en que ya hayan transcurrido tres años a partir del momento en que se causaren los daños, pues si se entabla la acción personal ésta ya habría prescrito. En efecto, el artículo 1424 de nuestro Código Civil para el Estado; dispone: "La acción personal de daños y perjuicios causados, en los términos del presente capítulo, prescribe en tres años, contados a partir del día en que se haya causado el daño.". D) El interdicto puede intentarse no sólo por el propietario de la construcción perjudicada, como ocurre en la mayoría de los casos en los que se intenta la acción personal, sino también por el poseedor del predio, o del derecho real constituido sobre el mismo, que sufra algún perjuicio por virtud de la obra nueva; y, en los casos en que ésta se construya en bienes de uso común, se otorga también acción al vecino del lugar, que resulte dañado. E) La acción de interdicto de obra nueva se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye; en cambio, la acción personal se intenta en contra del propietario de la obra. Por lo tanto, existe mayor amplitud en el interdicto, dado que a la vez que comprende al propietario, que es el que encarga la construcción, puede también abarcar al poseedor o detentador del terreno que mandó construir, al que materialmente la haga, si tiene tales caracteres, o al que edifica en suelo ajeno.

5.3.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

El interdicto de obra nueva se enlaza con la *operis nuntiatio novi* del derecho romano; así, según Ulpiano, *lus habet novum nuntiandum qui aut dominum aut servitatem habet*, tiene derecho para denunciar la obra nueva el que tiene dominio o servidumbre.¹⁶⁶

Según la tesis aislada número 363,922, ya citada, indica que: “Para determinar la verdadera naturaleza de los interdictos, incluyendo el de obra nueva, y precisar la verdadera finalidad y objeto que éste último persigue, más que a las disposiciones que regulan su tramitación, debe atenderse a las reglas que rigen las acciones posesorias...”; no obstante lo expuesto en esta ejecutoria, la doctrina ha coincidido en señalar que el interdicto de obra nueva no es una acción posesoria propiamente dicha, porque su finalidad es evitar los daños que cause una obra nueva. En propia opinión, el artículo 19 mencionado, al usar los términos “Al poseedor de predio o derecho real sobre él” y “perjudicial a sus posesiones”, se denota inmediatamente el carácter posesorio de este interdicto, que puede ser ejercido por el poseedor perjudicado en sus posesiones, ya sea de un predio o de un derecho real sobre él; y no está de más decir que no preocupan cuestiones de propiedad o posesión definitiva.

Alejandra Frías López, letrada de la Comunidad de Madrid, indica que la naturaleza del interdicto de obra nueva se define, entre otros, por el siguiente carácter:

“Es un proceso sumario. Los llamados juicios interdictales no son más que procedimientos sumarios con los que se protegen situaciones posesorias, incluyéndose en tal nominación el no exclusivamente posesorio de obra nueva, destinado a evitar el perjuicio que a la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho real se pueda causar al ser lastimados por efecto de una obra en vía de realización, que produzca un cambio en el estado presente de las cosas, del que derive perjuicio o daños al actor.”

La naturaleza de este interdicto se entenderá de manera más prudente si se ve al interdicto de obra nueva como aquél con carácter prohibitorio ya que su objeto es evitar un hecho que perjudica al actor; estableciendo la sanción de que se prohíba al demandado que continúe realizando, o manteniendo, su obra nueva.

5.3.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

El interdicto de obra nueva tiene un carácter precautorio tendiente a preservar o proteger, de modo provisional, la posesión de un predio o derecho real sobre él, así como su normal disfrute, contra los perjuicios producidos por una obra nueva; de lo que con claridad se deduce que con este interdicto se pretende impedir la continuación de una

¹⁶⁶ *Op. cit. supra* nota 151.

obra y, si con ella se perjudican situaciones preexistentes, obtener su demolición o modificación con la finalidad de evitar que se sigan produciendo perjuicios al actor.

5.3.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

El objeto del interdicto de obra nueva es, precisamente, la obra nueva.

No sólo consiste en suspender la obra, sino también en demolerla, cuando en su totalidad perjudica, sin derecho a ello, a quien promueve el interdicto, o a modificarla cuando únicamente el perjuicio la causa parte de la obra. "Restituir las cosas al estado anterior a la obra nueva", se refiere al hecho de que la obra haya dañado el predio contiguo cuarteándolo, derribándolo o de alguna otra forma dañándolo; y que el poseedor o detentador de la heredad en donde éstos mandaron construir la obra, en éste caso, hagan las reparaciones necesarias para que el predio del actor recupere el estado que tenía antes de la obra.¹⁶⁷

5.3.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

El interdicto de obra nueva procede siempre que el elemento perjudicial a la posesión de un predio o derecho real sobre él, provenga de una obra nueva. Este interdicto es uno de los medios que el poseedor de un predio o derecho real sobre él tiene para que le sea respetada su posesión que es perjudicada por la específica perturbación que le causa una obra nueva.¹⁶⁸

Del párrafo anterior y, en relación con lo que establece el artículo 19 mencionado, se percibe el aspecto posesorio del interdicto de obra nueva, común a los interdictos de retener y recuperar, pues para que el de obra nueva pueda prosperar basta que resulte acreditado que el actor tenga, al menos, la posesión del predio o derecho real sobre él afectado por la obra cuya suspensión se solicita, que con la obra iniciada se modifique la realidad del mundo exterior perjudicando la situación posesoria en que se encuentra el actor; y, por último, que el demandado que mandó construir la obra sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye la obra nueva.

Con lo expuesto hasta aquí, puede determinarse la legitimación activa correspondiendo ésta al poseedor civil o precario de un inmueble en sí o del derecho real constituido sobre dicho inmueble; e, inclusive, puede estar legitimado activamente el vecino del lugar donde se construye la obra siempre y cuando ésta se construya en

¹⁶⁷ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. pp. 195 y 196.

¹⁶⁸ *Op. cit. supra* nota 151.

bienes de uso común. En propia opinión, se agrega que la obra nueva construida en bienes de uso común debe ser perjudicial a las posesiones del mencionado vecino.

La legitimación pasiva la determina, en forma bastante explícita, el segundo párrafo del artículo 19, ya mencionado, según el cual el interdicto de obra nueva se da contra quien mandó construir la obra nueva, con tal de que sea poseedor o detentador de la heredad donde aquélla se lleva a cabo. En caso de no serlo, no procederá el interdicto.

Para el éxito de la demanda en que se promueve un interdicto de obra nueva, no basta con que se acredite la realización, por el demandado, de mandar construir una obra nueva, y que sea perturbador o detentador de la heredad donde se construye; sino que además es indispensable probar que la ejecución de la misma incide perjudicialmente sobre la posesión del predio o derecho real sobre él del actor, causando cualquier tipo de menoscabo real y efectivo en dicha posesión; de lo contrario, si no se demuestra que esto ocurre, faltará el interés a proteger mediante la solicitada suspensión.¹⁶⁹

5.3.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE OBRA NUEVA.

Conforma al Código anterior, ya mencionado, el procedimiento sumario correspondiente al interdicto de obra nueva consistía en que, primeramente, el actor entablara el interdicto por medio de escrito en que se pida la suspensión de la obra nueva y la demolición de lo ejecutado, así como la restitución de las cosas al estado que tenían; todo a costa del que ha ejecutado o está ejecutando la obra. A dicho escrito se acompañaban igualmente los documentos en que se funde la demanda; o a falta de ellos se ofrecía información de testigos. En vista de los resultados de la información, el Juez, si cree que había fundamento para ello, y bajo la responsabilidad del actor, ordenaba la realización de la diligencia consistente en que el escribano se traslade al lugar de la obra nueva y dé fe de la existencia de ésta y su descripción, y también realice la notificación de la suspensión provisional al dueño, encargado o ejecutores de la obra, la cual deberá suspenderse inmediatamente y, en caso de desobediencia, la obra será demolida a costa de su dueño. Ahora, en el mismo auto en que se decretaba la suspensión de la obra, el juez citaba a las partes a audiencia dentro de tres días en la que, si se promovía inspección ocular, debería el Juez proceder a ésta con citación de las partes, quienes podían concurrir a ella, lo mismo que sus abogados y los peritos que nombren.

Conviene hacer un paréntesis con el propósito de indicar que la "inspección ocular", también llamada inspección o reconocimiento judicial, es un medio de prueba

¹⁶⁹ *Idem.*

consistente en la observación directa que hace el Juez respecto de algún lugar, generalmente. Desahogada la prueba se levanta un acta en la que se expresa en sentido positivo lo que verdaderamente ve el Juez. Los “peritos” son personas con conocimientos especializados en una ciencia o arte a que pertenezca la cuestión sobre la que ha de oírse su parecer, mediante un dictamen que es la opinión técnica del perito, con la que se auxilia al Juez.

Continuando con el Código anterior, concluido el término de prueba, se hacía la publicación correspondiente para poner los autos a disposición de las partes por un término de tres días a cada una, posteriormente, en tres días, se realizaba la audiencia, donde las partes presentaban alegatos, con efectos de citación para oír sentencia que pronunciaba el Juez dentro de tres días, declarando si procedía o no el interdicto.

Por último, y ya hablando de la sentencia favorable al actor del interdicto de obra nueva, se destaca la diferencia de lo que establece el Código anterior mencionado respecto al vigente en el artículo 19 mencionado, donde en aquél sólo se refería a la demolición o suspensión de la obra nueva; en cambio, en éste además actualmente se maneja el supuesto de modificar la obra, en el caso en que únicamente el perjuicio lo cause una parte de ella.

5.4 EL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.

El interdicto de obra peligrosa, doctrinariamente, también se le ha conocido como interdicto de obra vieja o de obra ruinosa.

El interdicto de obra peligrosa no es propiamente una acción posesoria ya que, mediante este proceso sumario, se busca obtener una medida de carácter preventivo, se trata de evitar que una obra peligrosa cause daños.

Con base en el ya citado artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal vigente, por obra peligrosa se entiende cualquier cosa que amenaza ruina.¹⁷⁰

La Ley de las Siete Partidas declaraba que para los efectos de este interdicto, ha de entenderse por obra vieja no sólo los “edificios antiguos que fallecen, e quiéranse derribar por vejes” sino también los edificios o “labores nuevas que se abren, porque se fienden en los cimientos, o porque fueron fechas falsamente o por flaqueza de labor”; además equiparaba a los efectos de dicho interdicto “a las paredes flacas e árboles mal raigados... que se temen los vecinos que si cayeren, que les farán daño”. Este criterio es

¹⁷⁰ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 46. p. 437.

el mismo sostenido en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, en donde no basta la realidad de una obra ruinoso para promover este interdicto con éxito, sino que es necesario que de este estado de ruina, entendido como el estado de una cosa (árboles, paredes, vallas, columnas, etc.) que amenaza caída, tanto si se origina en el transcurso del tiempo o por los vicios de construcción; se vaya a derivar presumiblemente daño a las personas o a las cosas.

Por otra parte, E. Pallares, en su Tratado de los Interdictos, dice que: "Pocas disposiciones de la ley presentan los defectos de redacción que ésta"; refiriéndose al texto del artículo 20 mencionado; este artículo en su primer párrafo dice: "La acción de obra peligrosa se da al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentirse o padecer por la ruina o derrumbe de la otra, caída de un árbol u otro objeto análogo; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que ofrezca el mal estado de los objetos referidos; obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho público o privado de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso.". Respecto de la obra peligrosa, lo primero a destacar es la frase de "objeto análogo" que emplea la ley; E. Pallares dice: "Nos parece impropio referida (dicha frase) a un árbol. Sólo pueden considerarse como cosas análogas a los árboles los arbustos, y estirando mucho las palabras en general... Como tradición jurídica, en el derecho romano, procedía la acción cuando una viga, un techo, un saledizo, amenazaban venir a tierra, y ciertamente que estas cosas no son análogas a los árboles."

Según el Diccionario Jurídico Mexicano, este interdicto se da "para evitar un posible daño que se derive del derrumbamiento de una obra (nueva o antigua), o de la caída de un árbol, una viga, un alero o cosa semejante".¹⁷¹

En este mismo sentido, cabe indicar que, aunque el artículo 20 no es categórico en lo concerniente a determinar si el interdicto de obra nueva procede respecto de bienes muebles, cabe resolver que sí lo es porque en dicho precepto se emplea la siguiente frase "obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso."; es evidente que la palabra "objeto" se refiere más bien a un bien mueble que a un inmueble.¹⁷²

¹⁷¹ Instituto de Investigaciones Jurídicas. *op. cit. supra* nota 150. p. 164.

¹⁷² BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. *op. cit.* p. 185.

El peligro, dice E. Pallares, ha de consistir en el estado ruinoso, en la inminencia del derrumbe, en la caída del árbol u objeto análogo; o en el hecho de que la obra de que se trata puede producir cualquiera de estos casos y, posiblemente, dañar al predio vecino.

Hay que subrayar, según lo expresa Pallares, la circunstancia de que la ley admite como causa generadora del interdicto no sólo el mal estado de la propiedad vecina sino también el de la obra que en ésta exista. Según el artículo 20, con este interdicto, se obtiene la demolición total o parcial de la obra, lo que provoca una distinción de este interdicto y el de obra nueva; en ambos interdictos, la causa generadora de la acción puede ser una obra, en el interdicto de obra peligrosa la obra ha de ofrecer peligro por su mal estado, porque amenace derrumbarse o carezca de estabilidad, etc., mientras que en el interdicto de obra nueva ésta es estable y no hay temor de que se venga abajo.

En el interdicto de obra peligrosa no es necesario que exista ya el daño, basta con la amenaza del mismo, por esto el artículo 20 dice que la propiedad contigua o cercana puede resentir o padecer algún daño por la ruina o derrumbe de la obra, la caída de un árbol u otro objeto análogo.¹⁷³

Conviene insertar aquí una opinión de Rojina Villegas, que también puede verse como una ventaja que tiene el interdicto de obra peligrosa sobre la acción de daños y perjuicios originada por acto ilícito, al decir: "Generalmente existe una presunción de culpa, puesto que se trata de un edificio en ruinas o que por vicios de construcción, o falta de reparaciones, pueda causar daño; pero puede presentarse el caso fortuito, derivado, por ejemplo, de un temblor, que sin implicar culpa en el dueño de la obra, origina riesgo para las posesiones vecinas, y el interdicto se confiere no para sancionar un acto ilícito que no existe, sino para evitar el daño que pueda provenir de fuerza mayor o caso fortuito."

La acción del interdicto de obra peligrosa puede ser ejercitada, según el artículo 20 mencionado, por el poseedor jurídico o derivado de una propiedad que está cerca de otra en estado ruinoso, o en la que se esté llevando a cabo una obra peligrosa, o en la que se encuentre un árbol u otro objeto análogo que, por su caída u otra circunstancia, importe peligro para la propiedad de quien promueve.

Según Rojina Villegas, por la lectura del mencionado artículo 20, se ve que en el interdicto de obra peligrosa el legislador del Distrito Federal parece limitarlo a favor de los poseedores de aquellas propiedades contiguas o cercanas que puedan sufrir daños por la ruina de una obra, etc.; es decir, ya no se menciona, como ocurre para el interdicto de

¹⁷³ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 747.

obra nueva, a los poseedores o titulares de los derechos reales constituidos sobre esas propiedades que pudieran resultar afectadas; sin embargo parece que nada se opone, dentro de la finalidad general de los interdictos, al conferir este tipo de protección a los titulares o poseedores de esos derechos reales, pues en definitiva lo que se busca es evitar el daño que amenaza causar la obra peligrosa.

El artículo 20 mencionado habla de “propiedad contigua o cercana”, sin agregar el complemento necesario, o sea, sin decir cerca de qué. La palabra cercano siempre presupone otra cosa de la cual se está cerca; con lo que se demuestra que no es necesario que las propiedades estén colindando. Es suficiente con que una de ellas esté en las inmediaciones de la otra.¹⁷⁴

El interdicto de obra peligrosa también produce acción no sólo para proteger la posesión, sino el derecho público o privado de paso de terceros, en cuanto que el artículo 20 dice: “Compete la misma acción a quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u objeto peligroso”. En este caso, es una acción popular y que E. Pallares la explica diciendo: “La acción puede ser promovida por quien tenga servidumbre de paso, pública o privada, por las inmediaciones del lugar donde está la obra, árbol u objeto peligroso. En este caso, el riesgo que ha de existir no recae sobre ningún bien material, sino sobre la persona misma del titular de la servidumbre, que puede ser lesionado o morir aplastado por el derrumbe o caída que se trate.”

Ahora, respecto de la frase “al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentir o padecer por la ruina o derrumbe de la otra”, expresada en el artículo 20 tratado; E. Pallares dice: “La ley no exige que sea seguro que va a producirse el daño de que habla el artículo 20, basta que sea posible que se produzca. El artículo dice que pueda resentir o padecer; no que necesariamente vaya a resentirse o padecerse”. Y, haciendo referencia a estos últimos conceptos, o sea resentir o padecer; Pallares dice que: “Son poco jurídicos, y expresan mal la idea de daño. Siendo así que el verbo padecer sólo concierne a los seres que sienten y las propiedades no sienten. No obstante hay daño a la propiedad vecina. Y, por daño, debe entenderse cualquier disminución del patrimonio; por lo cual, los mencionados conceptos, deben ser substituidos por otros que expresen mejor la idea de daño.”

Por otra parte, el citado artículo 20 no establece nada respecto de contra quién se otorga el interdicto de obra peligrosa. Autores como Bañuelos y E. Pallares indican que este interdicto se da contra la persona que ordenó la obra y contra quien la ejecuta; así

¹⁷⁴ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. pp. 199 y 208.

también, por analogía puede aplicarse lo que dispone el artículo 19 ya expuesto, para el interdicto de obra nueva, que en lo conducente establece: "Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye.". Además, se puede citar también lo que establecía el Código anterior mencionado, según el cual se otorgaba la acción contra el dueño de la obra, el inquilino y el apoderado de aquél. En propia opinión, basandose ligeramente en lo que se establecía en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881; se considera que, para aclarar a qué personas se refiere lo establecido en el artículo 19 y lo dicho por Pallares y Bañuelos, acerca de quiénes pueden ser demandados en el juicio del interdicto de obra peligrosa, pueden demandarse al poseedor civil o precario e incluso al detentador de la heredad en donde se encuentra la obra que amenaza ruina o derrumbe o el árbol, pared, valla, columna, saledizo, etc., cuyo mal estado hiciese albergar racionales temores de posible daño por caída o desplome. Según la ley española a que se hace referencia sólo podía ser demandado el dueño, pero en caso de la ausencia de éste, podían ser compelidos el administrador o apoderado, y en su defecto, el arrendatario o inquilino, para ejecutar las medidas urgentes que el Juez tomase, en vista del estado del objeto peligroso. En este orden de ideas, pero esta vez haciendo base en la Ley sustantiva civil de Guanajuato; respecto de la responsabilidad del poseedor civil, el artículo 1421 dice: "El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten por la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviene por falta de reparaciones necesarias o por vicios de construcción." Para el caso del poseedor precario, se puede citar como ejemplo al artículo 1940 que dice: "El arrendatario está obligado a poner en conocimiento del arrendador, a la brevedad posible, la necesidad de las reparaciones, bajo pena de pagar los daños y perjuicios que su omisión cause."; estos artículos ayudan sólo para determinar la responsabilidad de un poseedor precario o civil; pero se considera que pueden ser aplicados al interdicto de obra peligrosa para ayudar a determinar también la legitimación activa de estos poseedores, aunque también se pueda incluso demandar al simple detentador de la heredad donde se encuentre la obra o objeto peligroso abarcando así a los directores o encargados de la realización de la obra.

Por último, el segundo párrafo del artículo 20 mencionado establece: "El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar luego y sin esperar la sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor.". Respecto a este párrafo E. Pallares dice: "Si el interdicto de obra peligrosa tiene

por objeto la demolición o destrucción del objeto peligroso, en mi humilde opinión, en ningún caso procede obligar al demandante a otorgar fianza.". Sin embargo, hay que destacar que este párrafo del artículo 20 hace mención a un supuesto de suspender una obra y, como en todos los casos de este tipo de solicitud, siempre se exigirá fianza al solicitante ya que, conforme se vayan desahogando las pruebas, puede resultar que el demandado logre acreditar que la obra realizada no produce ningún tipo de amenaza de ruina o derrumbe, que dicha obra es y siempre ha sido estable y que no produce peligro alguno y, por lo tanto, que no era necesario aplicarse dicha suspensión, ni realizar las reparaciones erróneamente consideradas indispensables para evitar un daño al actor.

5.4.1 NATURALEZA DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.

Frías López dice: "No puede decirse que el interdicto de obra peligrosa sea un juicio de naturaleza posesoria, ya que su objeto no es resolver acerca de la posesión sino evitar un daño, teniendo al igual que el interdicto de obra nueva, un carácter precautorio. Tiende a eludir peligros y consigue, con las medidas que toma el órgano judicial para evitar la ruina, incluso ordenar el derribo total del inmueble que los produce."

Vázquez Iruzubieta dice: "Esta claro que este interdicto constituye más bien un procedimiento que, por su objeto, tiende a dar solución a una materialidad administrativa porque se trata de la protección de personas y cosas, no solamente colindantes o vecinos a la cosa materia del interdicto, sino la protección abarca a personas que de alguna manera pueden verse amenazados por este riesgo.". En este caso las personas son determinadas a aquellas que tienen un derecho público o privado de paso por las inmediaciones de la obra u objeto peligroso.

Según la tesis aislada Romanos Clemente, Tomo XXXIX, Página 886; el interdicto de obra peligrosa es prohibitorio porque su objeto es evitar un hecho que perjudica al promovente, estableciendo la sanción de que se prohíba al propietario de obra ruinosa, que continúe conservando su propiedad en ese estado y exigiéndole, en consecuencia, que proceda a su demolición, o que tome las medidas indispensables para que no cause perjuicio.

5.4.2 FINALIDAD DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.

La finalidad de este procedimiento es eminentemente preventiva, ya que, al igual que su antecedente romano, la *damno infecto*, tiende a impedir que se cause daño con una obra en estado de ruina.¹⁷⁵

No repugna, por tanto, calificar a este interdicto como de daño temido, al estilo de la terminología consagrada en Italia, al hablarse de *danno temuto*, cuando el artículo 1,172 del *Codice Civile* otorga acción al propietario, al titular de otro derecho real de goce o al poseedor, que tenga razón de temer de algún edificio, árbol u otra cosa que amenace peligro, un daño grave y próximo sobre la cosa que constituye el objeto de su derecho o de su posesión; para obtener, según las circunstancias, que se provea para evitar el peligro.

La finalidad del interdicto de obra peligrosa consiste en la adopción de medidas urgentes para evitar los riesgos respectivos, o la demolición de la obra o destrucción del objeto peligroso.¹⁷⁶

5.4.3 OBJETO DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.

E. Pallares dice que el objeto de la acción es doble: a) Adoptar las medidas urgentes para evitar los riesgos; b) Obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso.

Contrariamente a lo que disponían las leyes romanas y españolas, el actor no tiene derecho de exigir el otorgamiento de una caución que responda de los daños y perjuicios futuros.¹⁷⁷

5.4.4 PROCEDENCIA DEL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.

De lo expuesto hasta ahora, se desprende que, para los efectos de este interdicto, no basta la realidad de una obra ruinosa, o la posible caída de un árbol u objeto análogo, para su promoción con éxito, sino que es necesario que de este estado de ruina, o mal estado del árbol u objeto análogo, se vaya a originar presumiblemente daño a las personas o al inmueble o derecho real del poseedor civil o precario, así como a las personas con derecho público o privado de paso por las inmediaciones del objeto peligroso.

De esta forma se entiende que el requisito *sine qua non*, para acudir a este procedimiento, es la amenaza de daño. Daño que habrá que acreditar y probar el actor,

¹⁷⁵ *Op. cit. supra* nota 151.

¹⁷⁶ ROJINA VILLEGAS, Rafael. *op. cit. supra* nota 11. p. 747.

¹⁷⁷ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 130. p. 210.

para un mejor éxito en la procedencia de este interdicto, tanto en la realidad como en la medida en que, de producirse dicho daño, vaya a afectar al actor.

La legitimación activa corresponde al poseedor civil o precario de una propiedad contigua o cercana, ya sea bien inmueble o derecho real sobre él constituido, o incluso de un derecho público o privado de paso por las inmediaciones; que pueda resentir o padecer por la ruina o derrumbe de otra en mal estado o por la caída de un árbol u otro objeto peligroso.

Respecto de la legitimación pasiva, el artículo 20 mencionado no ayuda a determinarla con claridad; pero, por analogía, puede aplicarse lo que dispone el artículo 19, ya también mencionado, entendiéndose que pueden ser demandados el poseedor, sin ningún tipo de distinción, e incluso al detentador de la heredad donde se encuentra la obra ruinosa u objeto peligroso.

5.4.5 PROCEDIMIENTO EN EL INTERDICTO DE OBRA PELIGROSA.

El Código procesal civil para el Distrito Federal vigente no hace sino resumir de muy mala forma las disposiciones del Código anterior, por lo que se entenderá mejor el precepto de aquél si se conoce el sistema del anterior, más claro, preciso y eficaz, en donde se hacía uso, naturalmente, del procedimiento sumario.

Conforme al Código anterior, podía usar del interdicto de obra peligrosa el dueño de propiedad contigua o cercana que pueda resentir o padecer por la ruina de la obra, o por la caída de un árbol u objeto en su caso; así como el que tenga necesidad de pasar por las inmediaciones de la construcción que amenaza ruina. Por necesidad se entiende la que, a juicio del Juez, no puede dejar de satisfacerse sin quedar privado, el actor, del ejercicio de algún derecho, o sin que se le siga causando perjuicio en sus intereses.

El interdicto de obra peligrosa podía tener por objeto: I.- Adoptar las medidas urgentes para evitar los riesgos que puede ofrecer el mal estado de un árbol, de una construcción o de cualquier otro objeto; II.- La demolición de la obra o la destrucción del objeto que ofrece los riesgos.

Si la petición se dirigía a que se adopten medidas urgentes de precaución, debía el Juez nombrar un perito y, acompañado de él y del secretario, pasar a inspeccionar por sí mismo la construcción, árbol u objeto. El juez, en vista de la obra y del dictamen pericial, decretaba inmediatamente las medidas oportunas para procurar la debida seguridad, o las negaba por no considerarlas necesarias o, por lo menos, urgentes.

Si el Juez decretaba las medidas de seguridad, debía compeler a la ejecución de ellas al dueño, a su administrador o apoderado, y al inquilino, por cuenta de renta; en defecto de todos éstos, debían ejecutarse por cuenta del actor, con reserva de su derecho para reclamar al dueño de la obra o construcción, los gastos que se ocasionen.

Si el interdicto tenía por objeto la demolición de alguna obra o edificio, debía el Juez convocar a las partes a una junta con término de tres días; pero también, si el Juez lo estimare necesario, podía, antes o después de la junta, decretar una inspección ocular y practicarla acompañado del secretario y de un perito nombrado al efecto. En este caso, el Juez citaba a las partes para que asistan a la diligencia, si querían y lo permitía la urgencia del caso. Dentro de los tres días siguientes a la celebración de la junta o a la inspección judicial en su caso, debía el Juez dictar sentencia; y, en caso de que el Juez decreta la demolición, disponía que se haga bajo la dirección de perito nombrado por él, a fin de evitar que al ejecutarla se cause perjuicio.

CAPÍTULO VI PROPUESTA DE REFORMA

6.1 RAZÓN DE LA PROPUESTA.

La razón para proteger la posesión es, precisamente, porque la posesión es el símbolo ostensible de los derechos por ella representados, es decir, viéndola como consecuencia de un derecho que concede un poder jurídico sobre las cosas; así como por el derecho que pueda originar, ya que la posesión se presenta como un estado de hecho que produce consecuencias jurídicas.

Los interdictos, dice Rojina Villegas: "son acciones posesorias provisionales que tiene por objeto proteger la posesión interina (originaria o derivada), de los bienes inmuebles o de los derechos reales constituidos sobre los mismos."; por tanto, la finalidad de los interdictos es simplemente proteger la posesión provisional o momentánea, como un estado determinado de hecho, de bienes inmuebles y derechos reales sobre ellos; contra los actos de perturbación, de despojo, de ejecución de obras nuevas que dañan las posesiones, o por las obras ruinosas o cualquiera otros objetos peligrosos que, por su mal estado, amenacen con dañarla o perjudicarla y, consecuentemente, a el poseedor en su patrimonio.

Los interdictos son acciones que existen desde el derecho romano, como ya se dijo en el Capítulo IV de la presente tesis; por tanto, desde entonces, se ha protegido a la posesión a través de estas acciones. Los interdictos no son una institución jurídica nueva, al contrario, han existido desde el antiguo derecho romano del cual emana nuestro derecho actual; y por ende buscan la seguridad jurídica y un estado de derecho.

La presencia de los interdictos en nuestra legislación es una posibilidad que otorga nuestra Carta Magna en sus artículos 14, 16 y 17. Los interdictos son instituciones que dan seguridad jurídica a los poseedores civiles o precarios sobre la posesión que tengan sobre bienes inmuebles o derechos reales constituidos sobre inmuebles.

Ahora bien, los interdictos tienen una naturaleza inminentemente procesal, y las notas características de éstos son las siguientes:

- A) Se ventilan en la vía sumaria;
- B) Conciernen a la posesión provisional de los bienes inmuebles y de los derechos reales sobre bienes inmuebles que puedan ser poseídos;

C) Las sentencias que se pronuncian en los interdictos, dejan a salvo las cuestiones de la propiedad y de la posesión definitiva;

D) En los interdictos no pueden presentarse pruebas ni admitirse controversias sobre la posesión definitiva y la propiedad, y

E) Las sentencias que se pronuncian en los interdictos no alcanzan la autoridad de cosa juzgada material y pueden ser cambiadas por las que se pronuncien en los juicios plenarios de posesión o en el reivindicatorio.¹⁷⁸

Por las características anteriores es como se deduce que los interdictos son el medio ideal de protección jurídica que merece la posesión; siendo que esta protección es la más eficaz por ser rápida, expedita y otorgada en juicio sumario.

Contrario a todo lo anterior, los legisladores guanajuatenses no han tomado la debida atención a este tema, dejando desaparecida la regulación de las instituciones jurídicas que constituyen los interdictos, en el Código de Procedimientos Civiles local.

Merece la pena analizar los motivos que se exponen en el citado Código procesal civil local para dar una posible justificación a la no regulación de los interdictos. En la Exposición de Motivos del citado Código se menciona: "Primero.- A efecto de lograr una mayor economía procesal, se ha establecido que todos los términos sean fatales, esto es, que, fenecidos, precluye una situación procesal y la parte pierde el derecho que pudo hacer valer en tiempo, sin necesidad del inútil cuanto engorroso sistema de acuses en rebeldía. Con el mismo fin se establece que la actividad procesal se desarrolle por una sola vez, en una o dos instancias, evitándose así la pérdida de tiempo para las autoridades, motivada por las inútiles resoluciones provisionales que dejaban la cuestión de fondo para un juicio posterior en el que se resolvía definitivamente."

Es difícil de admitir como válida la anterior "justificación". Conforme a la Exposición de Motivos del Código procesal civil local, puede decirse que no se ha regulado el procedimiento sumario que se lleva a cabo en los interdictos por considerar que traen consigo una resolución provisional; y que, por tanto, dejan la cuestión de fondo para un juicio posterior en el que se resolviera definitivamente; refiriéndose, esto último, en el caso, al juicio plenario de posesión. Este punto de vista es erróneo porque en los juicios de interdicto y en el plenario de posesión se discuten cuestiones del todo diversas. Las sentencias que se pronuncian en los juicios plenarios, favorables a una de las partes, no declaran la "ilegalidad" de las que en el interdicto son favorables a la contraparte.

¹⁷⁸ PALLARES, Eduardo. *op. cit. supra* nota 46. p. 431.

Por otra parte, a propia consideración, los interdictos, al ser acciones que protegen la posesión, parece existir un rezago que en la legislación procesal civil local no se encuentren contempladas dichas figuras. En nuestro Estado debería existir la protección judicial a la posesión de una forma eficaz a través de los interdictos; y, sencillamente, no es prudente permitir que en nuestra ley adjetiva civil, no se contemple a las mencionadas figuras que son acciones descendidas de nuestra Carta Magna.

El no regularse a los interdictos en nuestro Código procesal civil, trae consigo forzosamente que los preceptos 1037, 1049 y 1050 de nuestro Código Civil que, básicamente, ordenan que el despojado o perturbado en su posesión sea restituido o mantenido en ella, serán desobedecidos porque hace falta en la ley procesal civil local un procedimiento rápido, expedito y específico en el que únicamente se discuta el hecho de la posesión; de manera eficaz.

6.2 PROPUESTA DE REFORMA PARA REGULAR A LOS INTERDICTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE GUANAJUATO.

La propuesta es sencilla y específica, solamente se propone que se regulen a los interdictos en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato; como lo que son, es decir, como acciones que protegen la posesión interina o momentánea, que se tramitan en el procedimiento sumario, con términos y plazos reducidos y establecidos. Además, que el legislador local, si lo considera prudente, reproduzca los preceptos que, referentes a los interdictos, puedan ser la pauta a seguir de las legislaciones civiles del Distrito Federal, Querétaro, Michoacán o las de Coahuila que es el Estado; este último, en donde más recientemente se han publicado reformas; o también, si el legislador local lo considera necesario, se regulen a los interdictos por medio de la redacción de preceptos que considere más adecuado con atención a las condiciones sociales y económicas de la vida actual en nuestro Estado.

Al efecto y a propia consideración, se consiente redactar, de manera esquemática, las adiciones convenientes para el propósito de regular a los interdictos en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, en su Libro Quinto "Del Procedimiento Sumario".

Al respecto del Título Único, Capítulo Primero "Disposiciones Generales"; se sugiere que se adicione al artículo 745 un inciso más referente a la tramitación sumaria de los interdictos, quedando redactado de la siguiente forma:

Art. 745.- Se tramitarán en la vía sumaria:

- a).- Los juicios de rectificación de actas del estado civil;
- b).- La consignación ordenada por el artículo 1592 del Código Civil;
- c).- La cancelación de inscripciones de las hipotecas en el caso previsto por el artículo 2533 del Código Civil; y
- d).- *Los interdictos posesorios y los de obra nueva y de obra peligrosa.*

Antes de continuar con la sugerida redacción esquemática para regular a los interdictos en nuestra Ley procesal civil, es conveniente hacer mención a ciertas consideraciones.

Lo primero a indicar es que nuestro Código procesal civil no establece tan atinadamente como lo hace su homónimo vigente en el Distrito Federal, un capítulo referente a las acciones, por tal motivo existe la necesidad de remitirse al Código Civil local a efecto de fundamentar el ejercicio de las acciones posesorias; al caso, serían los artículos que enmarca el Libro Segundo, Título Quinto "De la posesión", Capítulo único; destacando a los artículos 1037, 1049 y 1050.

Del contenido del artículo 1050 del Código Civil local, se desprende que el poseedor tiene derecho de ser mantenido en su posesión siempre que fuere perturbado en ella; así como también que el poseedor tiene derecho a ser restituido, siempre y cuando realice su demanda dentro del año siguiente al comienzo público de la nueva posesión, o desde que tuvo conocimiento, si la nueva posesión comenzó ocultamente; lo que indudablemente se traduce en las acciones interdictales de retener y de recuperar la posesión respectivamente, cuyas esencias consisten en el mantener el estado provisional de la posesión protegiéndola de perturbaciones, y en la restitución de la posesión momentánea quebrantada por una privación de ella sin derecho a ello, respectivamente; y sin resolver en definitiva acerca de la posesión o propiedad del bien, en el caso, inmueble o derecho real sobre él.

No obstante lo establecido en el Código Civil, en donde descansarían las acciones interdictales mencionadas en el párrafo anterior, dichos derechos subjetivos se establecen de una manera tal que se ejercitarían en el procedimiento ordinario; debido a la ausencia de regulación en el Código procesal civil como tramitación sumaria, provocando la existencia de juicios tardados, costosos y que no cumplen con su cabal objetivo de proteger la posesión de una manera inmediata y eficaz.

Respecto a las acciones de los interdictos de obra nueva y obra peligrosa, es difícil destacar preceptos, con contenido concreto, en nuestro Código Civil que abarquen el objeto y finalidad que dichos interdictos persiguen.

Con base en el párrafo anterior y demás precedentes, es permisible expresar que es necesario y conveniente que en nuestro Código procesal civil además de incluir la regulación del trámite sumario de los interdictos, se incluya también las acciones interdictales a través de preceptos que las contengan a manera de como se encuentran redactados en la legislación procesal civil del Distrito Federal con el fin de lograr un mejor efecto en las leyes que regulen la protección a la posesión provisional. También será conveniente y necesario que, al menos en un principio, los preceptos que regulen a los interdictos en nuestra Ley adjetiva civil, para su mayor entendimiento y de manera que sea más accesible a las autoridades y público en general, tengan un cierto contenido de carácter didáctico procesal. Posteriormente puede lograrse que las acciones interdictales pasen a formar parte de nuestro Código sustantivo civil, en donde tradicionalmente se encuentran tratados los preceptos de contenido puramente didáctico así como los que contienen los derechos subjetivos, en el caso, acciones posesorias.

Continuando con la redacción que se considera conveniente para regular a los interdictos en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato, se sugiere que se adicione un Capítulo Quinto "De los interdictos" al Título Único del Libro Quinto; dicho capítulo, a propio parecer, deberá contener preceptos en donde se expresen cierta reglas generales para la regulación de los interdictos, inmediatamente otros artículos que contengan el objeto, finalidad y los presupuestos necesarios para la procedencia de las acciones interdictales; y, finalmente, los preceptos que régulen la tramitación, en la vía sumaria, de los interdictos; quedando a propia consideración de la siguiente forma:

CAPÍTULO QUINTO DE LOS INTERDICTOS

(Disposiciones generales)

Art. 763.- Los interdictos sólo podrán intentarse para retener o recuperar la posesión, o para impedir una obra nueva perjudicial a las posesiones o para evitar los riesgos producidos por una obra peligrosa u otro objeto que por su mal estado se tema su caída o derrumbe.

Art.- 764.- Los interdictos sólo procederán respecto de los bienes inmuebles y de los derechos reales constituidos sobre ellos. Además, de los interdictos conocerán siempre los jueces de primera instancia de la ubicación de la cosa.

(Interdicto de retener la posesión)

Art. 765.- Al perturbado en la posesión civil o precaria de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión, contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra sus sucesores a título universal o particular, así como contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha de la perturbación. El objeto de esta acción es poner término a la perturbación, indemnizar en los daños y perjuicios causados por la perturbación al poseedor; que el demandado garantice no volver a perturbar y que sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia.

La procedencia de esta acción requiere que la perturbación consista en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y que el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos.

Al mandar emplazar al demandado podrá el juez ordenar se realicen las medidas urgentes, para que se mantengan las cosas en el estado anterior en que se encontraban al presentarse la demanda, observando en lo conducente lo que este precepto dispone.

(Interdicto de recuperar la posesión)

Art. 766.- El que es despojado de la posesión civil o precaria de un bien inmueble, deberá ser ante todo restituido y le compete la acción de recuperar contra el despojante, contra el que ha mandado el despojo, o contra sus sucesores a título universal o particular, así como contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizarlo de los daños y perjuicios, obtener del demandado que garantice su abstención futura y, a la vez, conminarlo con multa o arresto para el caso de reincidencia.

La acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo. No procede a favor de aquél que, con relación al demandado, poseía clandestinamente, por la fuerza o a ruego, pero sí contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato.

En el auto admisorio de la demanda el juez podrá decretar las medidas necesarias que juzgue adecuadas para asegurar la restitución del inmueble objeto del despojo en caso de que la sentencia sea favorable.

(Interdicto de obra nueva)

Art. 767.- Al poseedor de predio o derecho real sobre él compete el interdicto de obra nueva para suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra se construye en bienes de uso común.

Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador del inmueble donde se construye.

Para los efectos de esta acción, por obra nueva se entiende, no sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. La suspensión quedará sin efecto si el propietario de la obra nueva da, a su vez, contrafianza bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción, salvo que la restitución se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra, o que con ésta se siga perjuicio al interés social, o se contravengan disposiciones de orden público.

(Interdicto de obra peligrosa)

Art. 768.- El interdicto de obra peligrosa se da al poseedor civil o precario de una propiedad contigua o cercana que pueda sufrir daño por la ruina o derrumbe de la obra, caída de un árbol u cualquiera otro objeto análogo; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que produzca el mal estado de los objetos referidos; obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho público o privado de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso.

Este interdicto se da contra el dueño o poseedor del bien peligroso.

El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar desde luego y sin esperar la sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor.

(Tramitación de los interdictos)

Art. 769.- El procedimiento en los interdictos se regirá por las normas aplicables al procedimiento ordinario, con las modalidades siguientes:

I.- El que pretenda entablar el interdicto, presentara escrito de demanda en el que se solicitara se le mantenga o restituya en la posesión del inmueble o derecho real sobre él, o se dicten las medidas tendientes a la suspensión o prevención de los actos o hechos que entrañan riesgo o daño grave respecto de la obra nueva o peligrosa, así como la restitución de las cosas al estado que tenían, todo a costa del responsable. Con la demanda se acompañara los documentos que constituyan principio de prueba de su posesión o indicara otros medios de prueba para acreditarla, precisando con exactitud los actos en que consista la perturbación o el despojo, o los motivos por los que la obra nueva o peligrosa plantea riesgos eminentes o futuros.

II.- Recibida la demanda, el juez, si lo estimare necesario, puede requerir las informaciones previas para acreditar los hechos mencionados en ella y declarara si ha lugar a interdicto, dictando en su caso, las medidas de urgencia que juzgue adecuadas, que confirmara o revocara al pronunciar la sentencia definitiva que corresponda.

III.- El juez podrá ordenar la práctica de inspecciones judiciales aunque no hayan sido ofrecidas por las partes, y puede asistirse de peritos y encomendar a éstos que lleven a cabo comprobaciones especiales.

IV.- En la resolución que declare ha lugar a interdicto, el juez ordenara se emplase al demandado por el término de tres días para que exprese lo que a su derecho corresponda.

Transcurrido este plazo se abrirá el juicio a prueba durante diez días, y dentro de los tres siguientes se celebrará la audiencia de alegatos, debiendo dictarse la sentencia en un término de cinco días.

V.- Todas las excepciones, las defensas y los incidentes que se susciten, se resolverán en la sentencia.

VI.- Si de autos aparecen probados lo hechos de la posesión por una parte y de la perturbación o despojo por la otra, o bien el daño o peligro grave, el juez declarara procedente el interdicto y mandara proteger o restituir la posesión, si es que el demandante, por alguna razón no las recibió antes; o, en su caso, resolverá lo que sea prudente y necesario para evitar definitivamente la consumación del daño o la materialización del peligro.

VII.- Sea cual fuere la sentencia, contendrá siempre la expresión de que se dicta reservando su derecho al que lo tenga para proponer el juicio sobre posesión definitiva o propiedad que corresponda.

VIII.- En caso de no comprobarse las circunstancias expresadas en la demanda, se condenará al actor en las costas.

IX.- Los autos y las sentencias que se dicten en los interdictos, serán apelables en el efecto devolutivo, salvo disposición en contrario.

X.- La sentencia se ejecutará, si así se solicita, sin necesidad de caución. Los autos no se remitirán al Tribunal sino hasta que se haya verificado la ejecución, salvo que las partes de conformidad lo acuerden.

XI.- Si la parte a quien el juez conminare para no ejecutar un acto o hecho perjudicial o para conservar alguna situación de hecho, no acata la orden, se le sancionará con multa o arresto y, además, el juez ordenará que las cosas vuelvan al estado anterior o, en su caso, se lleven a cabo las acciones indispensables para evitar la consumación del daño o la materialización del peligro, todo a costa del infractor, sin que para ello se necesite la promoción de un nuevo interdicto.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho vela por la seguridad jurídica, así como la libertad, igualdad y justicia para toda persona integrante de la sociedad; al efecto, el Derecho tiende al perfeccionamiento y, por lo tanto, debe ser dinámico y evolucionar paralelamente a la realidad social; y sólo a través de normas jurídicas actualizadas es que la sociedad puede alcanzar sus aspiraciones comunes.

SEGUNDA.- El derecho civil es el conjunto de normas que regulan las relaciones entre las personas, en el campo estrictamente particular, y organiza jurídicamente a la familia y al patrimonio.

TERCERA.- El patrimonio es el conjunto de obligaciones y derechos, apreciables en dinero, pertenecientes a una persona.

CUARTA.- Derecho real es el poder jurídico, correspondiente a una persona, que se ejerce sobre una cosa; para obtener de ella cierto aprovechamiento, y que es oponible *erga omnes*.

QUINTA.- La propiedad es el derecho real más amplio, manifestado en el poder jurídico que una persona ejerce sobre una cosa específica para disponer, usar y disfrutar de ésta, con las limitaciones y modalidades que fijan las leyes.

SEXTA.- La posesión es un poder ejercido sobre una cosa o el goce de un derecho, con abstracción de si está fundado ese poder o goce en un derecho o título jurídico. La posesión, por regla general, es la manifestación material y visible de la titularidad de los derechos por ella representados.

SÉPTIMA.- La posesión, en sí misma e independientemente del derecho de propiedad, merece una protección especial que, en el derecho mexicano, la concede no sólo las leyes constitucionales, sino también las comunes; pero tal protección, para ser eficaz, ha de ser rápida, expedita y otorgada en juicio sumario.

OCTAVA.- De la posesión depende el ejercicio mismo de los derechos pertenecientes a un miembro de la sociedad. La posesión debe ser protegida si se quiere conservar el buen orden y paz social; porque es imposible que en todo momento y circunstancia se demuestre ante las autoridades que efectivamente una persona es titular de cierto derecho, prueba ésta actualmente difícil y sujeta a controversias dilatadas y costosas.

NOVENA.- Si la ley únicamente protegiera el derecho y no su posesión o ejercicio, se necesitaría demostrar previamente ante los tribunales que una persona es titular del derecho de que se trate; lo que implica procesos con gastos crecidos y de larga duración. En este caso, los legisladores y las autoridades deben respetar las simples apariencias del derecho, a reserva de que en juicio petitorio se discuta a fondo la existencia de ese derecho.

DÉCIMA.- Los interdictos son verdaderos juicios sumarios que tienen por objeto proteger interinamente la actual y momentánea posesión, en donde no preocupan las cuestiones de posesión definitiva ni de propiedad, sino que el papel de los interdictos se limita, en unos casos, a retener o recuperar la posesión y; en otros, a que la autoridad del orden civil dicte ciertas medidas que impidan que una cosa que amenace ruina cause perjuicios a las posesiones; o a que se suspenda la ejecución de una obra nueva perjudicial a las posesiones.

DÉCIMA PRIMERA.- El objeto de la acción plenaria de posesión, en cambio, es proteger la posesión definitiva. Esta acción se intenta para que se resuelva sobre la mejor posesión en un juicio ordinario, es decir, la controversia se referirá siempre a la calidad de la posesión.

DÉCIMA SEGUNDA.- En la protección a la posesión por medio de los interdictos no se discute sobre el mejor derecho y, por tanto, se prescinde de todos los elementos que prejuzgan sobre la existencia de un mejor derecho en el poseedor; y sólo referirse al simple hecho de la posesión, considerando que en los interdictos se protege la posesión para evitar un daño, según el gran principio de derecho de "no dañar a otro".

DÉCIMA TERCERA.- En los interdictos no se trata de vencer a otro por la existencia de un mejor derecho; simplemente, la finalidad es tutelar un interés, una posesión, para evitar un daño que puede originar un particular.

DÉCIMA CUARTA.- La finalidad del interdicto responde principalmente al propósito de proteger la posesión de una persona del ataque que, de propia autoridad, es emanado de otro particular; mediante la intervención de la autoridad judicial del orden civil desarrollando su función jurisdiccional que le es inherente, para evitar la justicia privada que, en el régimen constitucional mexicano, está expresamente prohibida por el artículo 17 constitucional.

DÉCIMA QUINTA.- El proceso sumario de los interdictos no es definitivo en el sentido de que puede desplegarse después otro proceso ordinario (tradicionalmente llamado petitorio), en donde la litis ya no versará sobre el hecho de la posesión interina, sino sobre la definitiva. En este sentido, los interdictos admiten, pero no implican, otro proceso posterior; por ello, la decisión que resulta en los interdictos no tiene el carácter de provisional, sino de definitiva.

DÉCIMA SEXTA.- Las sentencias en los interdictos son definitivas en cuanto que resuelven definitivamente sobre la acción intentada; y crean una situación jurídica que debe permanecer firme, mientras que la sentencia sobre la posesión definitiva no la modifique.

DÉCIMA SÉPTIMA.- El legislador local no solamente debe respetar los más elementales derechos de los particulares, sino que también debe diseñar los mecanismos idóneos para lograr esa protección. Por esto, sin lugar a duda, que debe ser afrontada la necesidad y conveniencia de que se regule el proceso sumario de los interdictos en el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato; no sólo por el interés particular de quien o quienes pretendan ejercitar acciones interdictales, sino también por el interés colectivo y del propio legislador.

BIBLIOGRAFÍA

- BAÑUELOS SÁNCHEZ, Froylan. Práctica Civil Forense. 6ª ed. Ed. Cárdenas, editor y distribuidor. México, 1982. 812 pp.
- BAZDRESH, Luis. Garantías Constitucionales. 5ª ed. Ed. Trillas. México, 2000. 171 pp.
- BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México. 5ª ed. Ed. Porrúa. México, 1975. 741 pp.
- DE IBARROLA, Antonio. Cosas y Sucesiones. 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1964. 878 pp.
- DE LA MADRID ANDRADE, Mario. La Acción Reivindicatoria desde la Perspectiva Jurisprudencial. Ed. Porrúa, México, 2002. 155 pp.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo. Derecho Civil. Ed. Porrúa, México, 1990. 701 pp.
- Equipo Jurídico DVE. Guía Legal de la Comunidad de Propietarios. Ed. De Vecchi. Barcelona, 1995, 125 p.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 18ª ed., Ed. Porrúa, México, 1971. 444 pp.
- GÓMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. 6ª ed. Ed. Oxford. México, 1998. 426 pp.
- GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Nuevo Código Penal y de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Guanajuato. 6ª ed. Ed. Librería Yussim. León, Gto., 2002. 304 pp.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. El Patrimonio. Ed. José M. Cajica Jr., México, 1971. 849 pp.
- GUZMÁN ARAUJO, Gerardo. El Condominio. 3ª ed., Ed. Trillas, México, 1990. 190 pp.

- MUÑOZ, Luis y CASTRO ZAVALA, Salvador. Comentarios al Código Civil. Tomo I. 2ª ed. Ed. Cárdenas, editor y distribuidor. México, 1983. 895 pp.
- PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, 1965. 800 pp.
- PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. 3ª ed. Ed. Botas. México, 1962. 750 pp.
- PALLARES, Eduardo. Tratado de los Interdictos. 2ª ed. Ed. México. México, 1997. 282 pp.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo I. Tr. José M. Cajica Jr.. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. 481 pp.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo III. Tr. José M. Cajica Jr.. Ed. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1983. 621 pp.
- REYES RETANA PÉREZ GIL, José Ignacio. El Procedimiento Civil en Guanajuato. Ed. Librería Yussim. León, Gto., 2002. 577 pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo I. 32ª ed., Ed. Porrúa, México, 2002. 540 pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil. Tomo II. 29ª ed. Ed. Porrúa, México, 1998. 507 pp.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael. Derecho Civil Mexicano. Tomo III. 11ª ed., Ed. Porrúa, México, 2003. 859 pp.
- TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Los Contratos Civiles y sus Generalidades. 6ª ed., Ed. McGraw-Hill, México, 2002. 1037 pp.
- VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano. 9ª ed. Ed. Porrúa. México, 1988. 453 pp.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Código Civil para el Distrito Federal. 2ª ed. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México D. F., 1981.

Código Civil para el Estado de Guanajuato. 2ª ed. Ed. Librería Yussim. León, Gto., 2001.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Ed. Berbera Editores. México D. F., 1994.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Guanajuato. 2ª ed. Ed. Ivonne Yussim Santoyo. Irapuato, Gto., 2003.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Sista. México, 1991

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. 13ª ed. Ed. Ediciones Fiscales ISEF. México, 2004.

OTRAS FUENTES

DE PINA, Rafael y DE PINA VARA, Rafael. Diccionario de Derecho. 14ª ed., Ed. Porrúa, México, 1986. 508 p.

GUIZA ALDAY, Francisco Javier. Diccionario de Legislación y Jurisprudencia Concordado. Ed. Orlando Cárdenas Editor, Irapuato, Gto., 1995. 823 p.

http://www.comadrid.es/pres_ser_juridicos/revista_huridica/numero9/comentario1.htm.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Ed. Porrúa, México, 1985.

IUS 2003 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Jurisprudencia y Tesis Aisladas. Junio 1917 – Marzo 2003.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 26ª ed., Ed. Porrúa, México, 2001. 849 p.