



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ADQUISICION DE LA PROPIEDAD
MEDIANTE POSESION DERIVADA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

JORGE CABALLERO

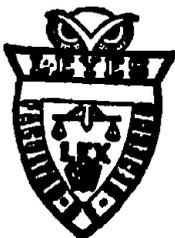
ABSORBENTE DE TESIS:

LIC. JOSE BARROSO FIGUEROA



MEXICO, D. F.

2005



m. 346048



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

OFICIO INTERNO SEMCIV/27/04/05/17

ASUNTO: Aprobación de Tesis

**SR. ING. LEOPOLDO SILVA GUTIERREZ,
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E .**

El alumno **JORGE CABALLERO FERNÁNDEZ** elaboró en este Seminario bajo la asesoría y responsabilidad del Lic. José Barroso Figueroa, la tesis denominada **"ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD MEDIANTE POSESIÓN DERIVADA"** y que consta de 119 fojas útiles.

La tesis de referencia, en mi opinión, satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con apoyo en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, se otorga la aprobación correspondiente y se autoriza su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de esta Facultad.

Reciba un cordial saludo.

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F. 27 de Abril de 2005

LIC. LUIS GUSTAVO ARRATÍBEL SALAS
Director del Seminario

LGASAS'egr.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.
NOMBRE: Jorge Caballero Fernández
FECHA: 29/IV/05
FIRMA: [Firma]



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

Cd. Universitaria, D.F., a 28 de abril del 2005

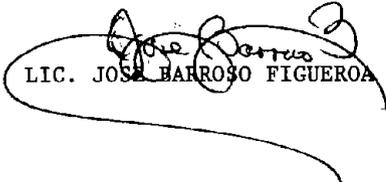
SR. LIC. LUIS GUSTAVO ARRATIBEL SALAS,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO CIVIL
DE LA FACULTAD DE DERECHO, UNAM.
P R E S E N T E:

Por este conducto me es grato comunicar a Ud. que el alumno JORGE CABALLERO FERNANDEZ, con número de -- cuenta 8050666-3, ha concluido la elaboración de su tesis intitulada "ADQUISICION DE LA PROPIEDAD MEDIANTE POSESION DERIVADA".

Después de haber revisado el mencionadao trabajo recepcional, considero que reúne los requisitos necesarios para ser aprobado, razón por la cual solicito a Ud., si para ello no existe inconveniente, tenga la bondad de - concederle su aprobación.

Aprovecho la oportunidad para reiterarle las seguridades de mi alta y distinguida consideración.

A t e n t a m e n t e
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"


LIC. JOSÉ BARROSO FIGUEROA

JBF/sci

**A mi Alma Mater, la UNAM,
Con eterna gratitud.**

**A mis padres,
Don Heriberto y Doña Ascensión,
por su especial apoyo y por sus
sabios consejos.**

**A mi esposa Dolores,
inseparable compañera y amiga de
toda la vida, por su invaluable apoyo
y comprensión.**

**Con mucho cariño y amor
a mis hijas,
Elizabeth, Dolores y María Fernanda.**

**Al Maestro José Dávalos,
con infinita gratitud y mi admiración
por su gran calidad moral y humana.**

**Al Maestro José Barroso,
por su amistad y mi especial agradecimiento
por su extraordinario apoyo en la
elaboración y conclusión del presente
trabajo.**

**A mis hermanos,
Calixto, Rogelio,
Guadalupe y María Cristina,
por el apoyo de siempre.**

ÍNDICE

CAPÍTULO I. GENERALIDADES SOBRE LA FIGURA POSESIÓN.....	1
I. Definición de posesión.....	1
II. Definición de posesión que considera idónea el sustentante. Desglose de los elementos que constituyen la posesión.....	4
III. Alcance de la posesión.....	5
IV. Diferentes teorías que explican la posesión.....	6
1. Teoría de Savigny (llamada subjetivista).....	7
A. Breve exposición de la teoría sostenida por Savigny.....	7
B. Crítica a la teoría de Savigny.....	12
2. Teoría de Ihering.....	14
A. Síntesis de la teoría expuesta por Ihering.....	14
B. Crítica a la tesis de Ihering.....	16
3. Teoría de Saleilles.....	17
A. Teoría ecléctica elaborada por Saleilles para conciliar las dos anteriores.....	17
B. Crítica en contra de la teoría de Saleilles.....	21
V. Análisis crítico en contraste, de las teorías de Savigny, Ihering y Saleilles.....	21
CAPÍTULO II. LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS ACCIONES POSESORIAS.....	23
I. Antecedentes.....	23
II. La posesión en los códigos civiles que tuvieron vigencia en el Distrito Federal, de 1870 y 1884.....	24
III. Corrientes doctrinarias y legislativas recibidas por el Código Civil de 1928. Su diferencia fundamental con los códigos civiles de 1870 y 1884.....	24
IV. Diferentes especies de posesión que admite el Código Civil.....	25

V. Adquisición de la posesión.....	27
VI. Cualidades de la posesión.....	29
VII. Pérdida de la posesión.....	29
VIII. Aspectos procesales.....	30
IX. Las acciones posesorias.....	37
1. Interdictos.....	37
A. Interdicto de adquirir la posesión.....	39
B. Interdicto de retener la posesión.....	40
C. Interdicto de recuperar la posesión.....	41
D. Interdicto de obra nueva.....	42
2. Acción de obra peligrosa.....	44
3. Acción plenaria de posesión.....	45

CAPÍTULO III. ESTUDIO ANALÍTICO Y SISTEMÁTICO DE LA DE LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA..... 47

I. Definición de prescripción. Diferentes especies de prescripción.....	47
II. Concepto de prescripción en el Código Civil vigente. Desglose del concepto legal.....	51
III. Regulación de la prescripción positiva en el Código Civil vigente.....	52
1. Cualidades que requiere la posesión para que opere la prescripción positiva.....	52
I. Posesión en concepto de propietario.....	53
a) Posesión con título objetivamente válido.....	55
b) Posesión con título subjetivamente válido.....	56
c) Posesión sin título, incluso la adquirida mediante violencia o delictuosamente.....	57

II. Posesión Pacífica.....	59
III. Posesión Continua.....	60
IV. Posesión Pública.....	60
2. Reglas para que opere la prescripción positiva.....	61
3. Plazos para que opere la prescripción positiva.....	63
4. Interrupción, suspensión y renuncia de la prescripción positiva.....	66
A. Interrupción de la prescripción positiva.....	66
B. Suspensión de la prescripción positiva.....	68
C. Renuncia de la prescripción positiva.....	69

CAPÍTULO IV. NECESIDAD DE QUE SE PERMITA, EN CIERTOS CASOS, LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD MEDIANTE POSESIÓN DERIVADA.....

.....	71
I. Breve relato de un caso práctico.....	71
II. Doctrina y jurisprudencia sobre prescripción positiva, en cuanto al requisito consistente en que la posesión sea en concepto de propietario.....	74
III. Los fines del Derecho.....	79
1. Exposición sintética sobre la doctrina en cuanto a los fines del Derecho.....	79
2. Valoración y utilidad de la exposición precedente.....	91
IV. ¿Por qué la posesión derivada, en ciertas circunstancias, debe dar lugar a la prescripción positiva?.....	98
1. Razones por las cuales debe permitirse la posesión adquisitiva aun tratándose de posesión derivada.....	98

V. Propuesta de reforma a los artículos 826 y 1151, fracción I, así como adición del artículo 826 bis al Código Civil.....	107
CONCLUSIONES.....	110
BIBLIOGRAFÍA.....	115

CAPÍTULO I

GENERALIDADES SOBRE LA FIGURA JURÍDICA POSESIÓN

I. Definición de posesión.

Numerosos autores han propuesto diferentes definiciones de la figura jurídica posesión. A continuación transcribimos algunas de las que nos parecen más fundadas y atendibles:

Rafael Rojina Villegas define la posesión como una "relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejercitar actos materiales de aprovechamiento, *animus domini* o como consecuencia de un derecho real o personal, o sin derecho alguno".¹

Planiol y Ripert, antiguos profesores de la Universidad de París, definen la posesión como "un estado de hecho, que consiste en detentar una cosa

¹ Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones, Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p. 182.

de una manera exclusiva y en efectuar sobre ella los mismos actos materiales de uso y de goce como si uno fuera su propietario".²

Bonnecase conceptúa la posesión aseverando que "La posesión es un hecho jurídico consistente en el dominio ejercido sobre una cosa mueble o inmueble, que se traduce por actos materiales de uso, de disfrute o de transformación, realizados con la intención de comportarse como propietario de la cosa o como titular de cualquier otro derecho real".³

Savigny define la posesión en los siguientes términos: " Posesión es una relación o estado de hechos que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de realizar en una cosa, actos materiales de uso, goce y transformación, como si fuera propietaria de la misma ".

Jorge Mario Magallón Ibarra se refiere a la posesión de la manera siguiente: " Desde el punto de vista de su etimología, posesión es una palabra que parece encontrarse en la locución latina *possessio*, que deriva del verbo *possidere*, que a su vez se compone de *sedere* y del prefijo *pos* o *posse*, que equivale a poder (como facultad de sentarse o de fijarse en un

² Planiol, Marcel y Ripert Georges, Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Tomo III, Segunda Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991, p. 95.

³ Bonnecase, Julien, Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Editorial José Cajica, Jr., Puebla, Pue., p. 634.

lugar determinado). Es pues, un poder de hecho que se ejercita sobre las cosas de la naturaleza exterior".⁴

Tanto Rafael De Pina como Leopoldo Aguilar Carvajal, no obstante que se ocupan ampliamente del tema de la posesión, omiten definir qué se entiende por ésta, no sin antes aclarar que conceptualarla es una tarea compleja e Improba.

Cabe recordar que los códigos civiles vigentes en el Distrito Federal de 1870 y 1884 definen la posesión en idénticos términos, en sus artículos 919 y 822, respectivamente: " Posesión es la tenencia de una cosa o el goce de un derecho, por nosotros mismos o por otro en nuestro nombre".

A diferencia de sus antecesores, el Código Civil de 1928 (vigente a partir del 1º de octubre de 1932), que a su promulgación era para el Distrito y Territorios Federales en materia local y para toda la República en materia federal, y actualmente adaptado al Distrito Federal, no define la posesión sino se refiere al poseedor en su artículo 790, estableciendo que " 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 ".

⁴ Magallón Ibarra, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, Tomo IV, Derechos Reales, Editorial Porrúa, S.A., México, 1990, p. 106.

El aludido artículo 793, dispone:

“Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor”.

De lo anterior colegimos que la posesión es para el Código Civil, un poder de hecho que de manera no dependiente se ejerce sobre una cosa o, en su caso, el goce que se tiene de un derecho.

II. Definición de posesión que considera idónea el sustentante.

Desglose de los elementos que la constituyen la posesión.

De las diversas definiciones transcritas, consideramos como la más apropiada de acuerdo a nuestra regulación jurídica y práctica local, la aportada por Rafael Rojina Villegas, por lo que ha continuación procederemos a su estudio analítico, mediante el desglose correspondiente.

Así, advertimos que la posesión:

- 1) Es una relación o estado de hecho, es decir, significa la posibilidad material de disponer de la cosa, misma que se entiende contenida en

la esfera de actuación del titular. Ibarrola, al referirse a este elemento, dice que es algo perceptible sensorialmente.

2) La posesión debe conferir al titular y tan sólo a él, la facultad de retener la cosa, es decir con exclusión de los demás.

3) La posesión debe traducirse en la posibilidad de realizar actos de aprovechamiento de la cosa, o sea que el titular pueda servirse efectivamente de ella.

4) Por último, la posesión puede provenir de un derecho real, de un derecho personal o tenerse sin derecho alguno. Sobre esto último volveremos más adelante.

III. Alcance de la posesión.

Está determinada por los bienes que son susceptibles de posesión. El Derecho Romano de los primeros tiempos sólo admitió la posesión de los bienes corporales, ya que únicamente sobre ellos se podía ejercer un poder de hecho; posteriormente admitió la posesión de derechos y la denominó *cuasi possessio*. Cabe aclarar que no había identificación entre ambos conceptos (posesión y *cuasi* posesión).

Modernamente se reconoce que no hay razón técnica para distinguir entre posesión de cosas corporales y posesión de cosas incorpóreas, ya que, en último análisis, lo que se está poseyendo en ambos casos es lo mismo: el derecho sobre la cosa y no la cosa en sí.

El alcance de la posesión está determinado por otro aspecto:

Sólo son susceptibles de posesión los bienes y derechos que pueden serlo de apropiación, es decir, los que están en el comercio, o sean todos cuantos pertenecen a la propiedad de los particulares así como los bienes del Estado llamados propios, ya que los demás estatales son imprescriptibles e inalienables.

¿Se puede poseer un derecho personal? Nuestro Código Civil, al igual que el Suizo, admite esta posibilidad en su artículo 790, *in fine*: "Posee un derecho el que goza de él".

IV. Diferentes teorías que explican la posesión.

Se mencionan tres como las principales: las de Friedrich Karl von Savigny, Rudolf von Ihering y Raymond Saleilles.

1. Teoría de Savigny (llamada subjetivista).

A. Breve exposición de la teoría sostenida por Savigny.

Es una doctrina de carácter tradicional y de inspiración romanista. Según este autor, la posesión es una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el *animus domini* o *rem sibi habendi*.⁵

Dentro del Derecho Romano, explica Savigny, la posesión fue considerada simple y sencillamente como una relación o estado de hecho, de modo que posesión y propiedad (que es un derecho) nunca se confundieron para los romanos.

La posesión no tuvo el carácter de un derecho sino de un hecho. Por eso originalmente la posesión sólo era admitida por los romanos respecto de bienes corpóreos, no fue sino posteriormente cuando empezó a admitirse la posibilidad de poseer derechos, como la servidumbre, en la que propiamente lo poseído no era el predio sino el derecho a atravesarlo o de hacer pasar agua por él, según el caso. De esta manera se admitió la posibilidad de que fueran poseídos no sólo bienes corpóreos, sino también

⁵ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, op. cit., p. 185 y ss.

derechos, pero a este fenómeno se llamó *cuasi* posesión y nunca se le confundió con la verdadera posesión.

Posteriormente, Savigny habría de inspirarse para formular su doctrina sobre la posesión, en el Derecho Romano.

Veamos los elementos de la definición de Savigny:

1) La posesión es una relación o estado de hecho, es decir, existe un poder físico sobre la cosa.

2) La relación o estado de hecho confiere a la persona la posibilidad de ejercer ese poder físico. Muy importante: la posesión no se caracteriza necesariamente por el ejercicio de actos que demuestren ese poder físico, pues también hay posesión cuando se tiene la mera posibilidad de ejercer ese poder físico.

3) La posibilidad debe ser actual (es decir ahora, no sujeta a condición o plazo), inmediata (sin necesidad de intermediarios) y exclusiva (esto es, reservada sólo al poseedor).

4) La posesión debe ser *animus domini* (con intención de adueñamiento) o *rem sibi habendi* (reteniendo la cosa para sí). Es lo característico de la tesis de Savigny. Este es el elemento subjetivo (psicológico) de la posesión y constituye la esencia de ella, pues incluso la tenencia material o *corpus* se puede tener por conducto de otro. No se puede pensar que haya posesión sin *animus* aunque sí sin *corpus*. Sin el *animus* el tenedor se convierte en simple detentador; el arrendatario, el depositario, el usufructuario no tienen la posesión sino la detentación.

La determinación del *animus* no es arbitraria, sino que debe analizarse el título en virtud del cual se está poseyendo: este título debe ser suficiente para trasladar el dominio. Así pues, el *animus* no es el simple deseo de apropiamiento. El título explica jurídicamente el porqué el poseedor se estima a sí mismo propietario, por ejemplo, por que compró o heredó el bien. Pero ahondemos en el estudio de la definición.

Como puede apreciarse, la tesis de Savigny entiende a la posesión como integrada por dos elementos: uno objetivo y otro subjetivo.

Al aspecto objetivo, que llama *corpus*, se alude con las palabras "relación o estado de hecho que confiere a una persona la posibilidad física, actual,

inmediata y exclusiva de realizar actos de aprovechamiento sobre una cosa”.

El subjetivo consiste en el *animus domini* o *rem sibi habendi*. En cuanto al *corpus*, éste se manifiesta en la posibilidad física de realizar actos de aprovechamiento sobre la cosa; es lo que se llama la tenencia o detentación de la cosa, y viene a constituir un factor de la posesión, al que falta el *animus* para convertirse en ésta. El *corpus* tiene frente al *animus* un carácter secundario según Savigny (de ahí que la tesis de este autor se llame subjetivista); tan es así, que teniéndose el *animus* el *corpus* puede ser ejercitado a través de otra persona, vg., puedo entregar un bien en depósito a alguien, a pesar de lo cual continúo siendo poseedor, pues por una parte conservo el *animus* y en cuanto al *corpus* lo ejerzo a través del depositario.

Como ya se dijo, la posibilidad a que se refiere la definición de Savigny debe ser además inmediata, lo cual significa que no es necesaria la intermediación de nadie para su ejercicio, y exclusiva, lo que equivale a decir que se otorga al poseedor la facultad de excluir a todos los demás en el aprovechamiento de la cosa, pues bien puede oponer su posesión válidamente frente a terceros.

El aspecto más importante de la posesión en Savigny, es el *animus* que se traduce en la intención de poseer en concepto de dueño (*animus domini*) o reteniendo la cosa para sí (*rem sibi habendi*).

Sin este segundo elemento no se logra la verdadera posesión: se tendrá la tenencia; la detentación, la posesión llamada precaria, pero no la auténtica posesión. Así por ejemplo, el arrendatario no es poseedor porque aun teniendo materialmente la cosa le falta el *animus* o sea la intención de retenerla en concepto de propietario.

Respecto el *animus* surgen dos problemas:

1) ¿Esa intención de poseer *animus domini* o *rem sibi habendi* queda al arbitrio del poseedor? Se dice que no, sino que la legislación debe determinar los casos en que se considera que media este *animus*; no basta que el detentador se crea propietario, es necesario que exista una causa suficiente y explicativa de tal sentimiento.

2) ¿Cómo probar la intención del poseedor? Como esto pertenece a la esfera psicológica, cuya penetración es muy difícil, Savigny resuelve el problema diciendo que quien tiene el *corpus* y una causa con respaldo legal que explique la posesión, tiene en su favor la presunción de que posee

animus domini o *rem sibi habendi*. Esta presunción es *juris tantum* (o sea que admite prueba en contrario).

B. Crítica a la teoría de Savigny.

Se han enderezado en contra de esta teoría importantes críticas principalmente a cargo Ihering:⁶

En referencia al *corpus*, se ha dicho que la posibilidad a que alude Savigny es insuficiente para explicar la posesión, pues puede haber posibilidad sin posesión y posesión sin posibilidad.

Usando como base el Derecho Romano, para el primer caso se ha propuesto el ejemplo del tesoro: se dice que el dueño tiene posibilidad de disponer del tesoro y sin embargo no tiene su posesión; tiene posibilidad, por que si vende el predio dispone del tesoro, en tanto que lo transmite como parte del inmueble, es decir juntamente con él, pero no tiene posesión porque, incluso, puede ignorar su existencia.

Por otro lado, puede haber posesión sin posibilidad, como en el caso del propietario cuyas abejas que escapan van a posarse en predio ajeno; según el Derecho Romano (al igual que el nuestro) mientras no las pierda de vista

⁶ Ibarrola Antonio de, *Cosas y Sucesiones*, Editorial Porrúa, México, 1981, p. 87 y ss., y Rojina Villegas, Rafael, *op.cit.*, p. 188 y ss.

tiene posesión de ellas, aunque ciertamente no tiene posibilidad de realizar actos de aprovechamiento dadas las circunstancias.

Ihering también formula críticas a Savigny, en cuanto a la noción que da éste de *animus*. La crítica tiene un aspecto que el propio Ihering llamó legislativo, otro que denominó interno y uno más al que califica de práctico.

En cuanto al legislativo, expresa que no es cierto que el Derecho Romano exigiera el *animus* para entender que hay posesión, pues para dicho derecho la tenencia era posesión, sin exigirse el requisito de que se poseyera *animus domini* o *rem sibi habendi*; así, por ejemplo, en la enfiteusis había posesión no obstante que faltaba el *animus domini*. Al referirse al aspecto interno, afirma que puede decirse que hay posesión aun cuando falte el *rem sibi habendi*, como ocurre con el caso del arrendatario, al que debemos reconocerle posesión aunque no pueda consumir la cosa.

Finalmente, al referirse al aspecto práctico, destaca cómo Savigny tiene que recurrir a la presunción para probar el *animus domini*; dice Ihering que lo justo sería que quien alega poseer *animus domini* pruebe esa circunstancia, pero como la prueba de ello resulta muy difícil, Savigny tiene que recurrir a la presunción del *animus domini* para resolver el problema; pero esto origina cierta injusticia, porque entonces la parte contraria debe

probar que no hay tal *animus*; el hecho de que Savigny cree esta presunción, significa que no pudo resolver el problema en forma directa y por tanto, que existe una falla en su teoría.

2. Teoría de Ihering.

A. Síntesis de la teoría expuesta por Ihering.⁷

Acepta este autor los dos elementos que para la posesión señala Savigny, o sean el *corpus* y el *animus*, pero considera más importante al *corpus*; de ahí la denominación de objetiva que se ha dado a su teoría.

Corpus.- Refuta la idea de que la simple relación material o de hecho entre la persona y la cosa sea suficiente para configurar el *corpus*. Para que éste exista es necesario que haya un interés, mismo que se explica en razón de un propósito de la persona, propósito que consiste en llevar a cabo la explotación económica de la cosa.

Cabe recordar que la idea de interés es fundamento de toda la doctrina de Ihering.

Animus.- A diferencia de Savigny, que considera al *corpus* y al *animus* como los dos elementos de la posesión que se conjugan entre sí para dar

⁷ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, op. cit., p. 194.

vida a ésta pero que tienen entidad autónoma y por tanto pueden ser separados, Ihering considera que *corpus* y *animus* son inseparables; no pueden separarse o disociarse pues el uno implica al otro.

Para Ihering el *animus* es, precisamente, ese propósito de explotación económica de que hablamos con anterioridad; el *corpus* consiste en los actos que exteriorizan la explotación económica; por tanto, siempre que alguien realice actos de explotación económica de un bien se le considera poseedor.

Por eso en la concepción de Ihering, detentación equivale a posesión: el detentador es siempre considerado como poseedor, excepto en los casos en que la ley dispone expresamente otra cosa, como ocurre tratándose del depositario, del arrendatario, etc., a los que la ley no considera verdaderos poseedores; pero fuera de estos casos, detentación es posesión.

Prueba del *Animus*.- En un principio Ihering se pronunció por que la prueba del *animus* se hiciera recurriendo a la causa generadora de la posesión; en este caso el presunto poseedor tenía en su favor la presunción del *animus*, pero su contraparte podía destruir esa presunción *juris tantum*, probando que la causa generadora no era suficiente para originar verdadera posesión (es decir, posesión en nombre propio).

Después de sostener durante muchos años esta postura, Ihering la modifica para considerar que el *animus* resulta de la disposición legal; la regla general es que *animus* se presume en todos los casos salvo que alguna disposición legal disponga que no la hay en el caso de que se trate (es decir que no hay posesión sino detentación); así pues, no hay que juzgar el *animus* por la causa generadora sino por lo que la disposición legal dice al referirse a la protección de la posesión.

Ihering estima que la posesión es protegida porque constituye la exteriorización de la propiedad: es decir la imagen de la propiedad. A falta de texto expreso, toda tenencia se presume, con presunción absoluta, posesión.

B. Crítica a la tesis de Ihering.⁸

Saleilles se encarga de realizar la crítica a Ihering. Considera que su tesis encierra una antinomia en la medida que equipara posesión a detentación, por una parte, y por la otra considera que la posesión es protegida por ser un reflejo de la propiedad.

⁸ Ibidem, p. 197.

Ihering confunde propiedad con detentación, lo que, según Saleilles es indebido. Por último, se le critica su afirmación de que el Derecho Romano consideraba la posesión como un hecho, excepto en los casos en que el texto legal establecía lo contrario; en realidad, dice Saleilles, no había tales textos legales, pues los romanos siempre se atuvieron a la causa generadora de la posesión para la prueba del *animus*.

Si toda detentación con explotación es posesión, el fundamento de la protección posesoria es un hecho; pero si luego advierte que se le protege como un reflejo de la propiedad, el fundamento es un derecho; se trata de dos puntos de vista irreconciliables.

3. Teoría de Saleilles.

A. Teoría ecléctica elaborada por Saleilles para conciliar las dos anteriores.

Se considera esta postura como ecléctica (Saleilles mismo la califica así). Define la posesión como "la realización consciente y voluntaria de la apropiación económica de las cosas".⁹ Al igual que sus antecesores, Saleilles admite los dos elementos tradicionales de la posesión, el *corpus* y el *animus*, sólo que los entiende de diversa manera.

⁹ *Ibidem*, p. 197.

Corpus.- Rechaza la idea de Savigny que identifica al *corpus* con la detentación y también la de Ihering para quien el *corpus* está ligado con la explotación económica de la cosa.

Para Saleilles, el *corpus* está constituido por el conjunto de actos mediante los que se manifiesta una relación permanente de apropiación económica de la cosa; el *corpus* son los actos que hacen ver que una persona actúa como propietaria de una cosa; son de tal naturaleza que a cualquiera que se le pregunte responde que quien tiene la cosa es el propietario, porque a sus ojos se presenta como tal. Vemos que a diferencia de lo postulado por Savigny, no se trata aquí de una apropiación en sentido jurídico sino económico; lo que importa es que el poseedor proyecte imagen de propietario.

El *corpus* en la posesión debe corresponder a una relación análoga a la del propietario con lo que es suyo. ¿Cómo debe ser esa relación?

1. De acuerdo con la naturaleza de la cosa, vg., si se trata de una casa, habitándola, arrendándola, etc.

2. De acuerdo al uso a que la cosa esté destinada desde el punto de vista económico. Así, por ejemplo, un terreno de sembradío, cultivándolo.

3. De acuerdo con las costumbres del lugar y de la época. Por ejemplo, una casa en Acapulco, habitándola por temporadas.

Además, el *corpus* en la posesión debe tener determinadas características, que hagan apreciable la apropiación económica de la cosa:

1. Debe ser permanente. Esto quiere decir que no basta la tenencia pasajera, sino que debe existir una proyección en el tiempo; esto es, actos continuados de posesión.

2. Debe ser actual. El contrato que convenga una posible apropiación, no es suficiente.

3. Debe ser indiscutible, fuera de disputa.

4. Debe ser pública, o sea a los ojos de todos, sin ocultaciones.

Animus.- Para este autor el *animus* se concreta en la intención de realizar actos de apropiación sobre las cosas. Podemos ver la diferencia con Savigny, que exige la apropiación jurídica de la cosa, *animus domini* o *rem sibi habendi*, y también con Ihering, que se basa en la explotación económica de la cosa. Respecto a esto último, no es lo mismo explotación

económica que apropiación económica: ésta última es la que da la posesión. Vg. El usufructuario realiza la explotación económica del predio recibido en usufructo, pero no tiene por qué apropiárselo, pues el usufructo no es traslativo de dominio; el usufructuario no tiene verdadera posesión.

En cuanto a la prueba del animus, entiende Saleilles que debe tomarse en cuenta la causa generadora de la posesión.

Refuta a Ihering y afirma a que no es cierto que la tradición romana considerará propietario a todo detentador salvo disposición legislativa en contrario; dice que, en realidad, fue la doctrina la que señaló quién era poseedor, tomando en cuenta la causa generadora de la posesión (*causa possessionis*); el momento que importa es aquel en que se toma posesión; así, por ejemplo, si alguien toma posesión con propósito no de detentar sino de poseer, la posesión le permite actos de apropiación sobre la cosa, aunque después enloquezca, pues se considera que sigue teniendo el *animus*.

Concluye Saleilles. Posesión: efectividad consciente y querida de apropiación económica de las cosas.

Estará la posesión, por tanto, 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 tenerlo en consideración sólo en tanto que contradiga las apariencias que revela el acto de la detentación y, también, en tanto que imprima a la posesión del detentador un carácter de dependencia económica que excluya toda idea de posesión jurídica.

B. Crítica en contra de la teoría de Saleilles.

Mientras algunos autores consideran que a la tesis de Saleilles se le deben hacer las mismas críticas formuladas a las de Savigny y Ihering, otros piensan que su posesión ecléctica logra superar las que se manifiestan a ambas.

V. Análisis crítico en contraste, de las teorías de Savigny , Ihering y Saleilles.

1. Savigny. Se basa en la apropiación jurídica. *Corpus* y *animus* son separados; *corpus* es la detentación, el *animus* requiere la intención de poseer en calidad de propietario o *rem sibi habendi*. El *animus* se presume, en base a un justo título, salvo prueba en contrario.

2. Ihering. Se funda en el vínculo de explotación económica. *Corpus* y

animus son inseparables. El *animus* se presume salvo disposición legal en contrario.

3. Saleilles. Se apoya en la apropiación económica. Admite el *corpus* y el *animus*; el *corpus* se constituye por los actos que evidencian la apropiación económica de la cosa; el *animus* se presume en base a la causa generadora de la posesión.

CAPITULO II

LA POSESIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS ACCIONES POSESORIAS

I. Antecedentes.

Son dos las posturas extremas en materia de posesión y tienen en común reconocer en ésta la existencia de dos elementos integrativos, el *animus* y el *corpus*. La teoría objetiva da preminencia al *corpus* y la subjetiva al *animus*.

Las diversas legislaciones se inclinan por uno u otro elementos, según la doctrina que los ha inspirado. La teoría subjetivista fue seguida en las legislaciones influidas por el Código Napoleón, entre ellas, la propia legislación francesa, la italiana, la española y la portuguesa, en tanto que los códigos de Alemania y Suiza se inclinaron claramente por la doctrina objetiva.

II. La posesión en los códigos civiles que tuvieron vigencia en el Distrito Federal, de 1870 y 1884.

Estos códigos tuvieron influencia definida del Código Napoleón, a través del proyecto de Código elaborado para España por García Goyena, de ahí que fueran partidarios de la tesis subjetivista, aunque con algún matiz de la objetivista; incluso la definición que dan de posesión, es la misma que incluye el Código Napoleón, conforme al cual posesión equivale a tenencia de la cosa, y como tenencia se asemeja a detentación, resulta que la definición ha sido conceptuada como defectuosa.

III. Corrientes doctrinarias y legislativas recibidas por el Código Civil de 1928. Su diferencia fundamental con los códigos civiles de 1870 y 1884.

El Código Civil de 1928 se inspiró en los de Suiza y de Alemania, y su orientación es, por tanto, objetivista. La doctrina que se desarrolló en torno a estos ordenamientos legales fue la objetiva y resultó, precisamente, la que influyó en el Código Civil que últimamente fue adaptado para el Distrito Federal. El Código Alemán define la posesión como un poder de hecho sobre la cosa y nuestro Código Civil, en su artículo 790, aun cuando no

define a la posesión, si al poseedor, utilizando para ello conceptos que evidentemente coinciden con los empleados por su congénere alemán.

Lo anterior establece una clara y tajante diferencia entre los códigos decimonónicos y el del siglo XX, pues se inscriben en corrientes diversas, que sin ser opuestas, obedecen a enfoques claramente divergentes, susceptibles de engendrar consecuencias fácticas muy distintas.

IV. Diferentes especies de posesión que admite el Código Civil.

El Código Civil admite tres conceptos:

- 1.- Posesión originaria,
- 2.- Posesión derivada, y
- 3.- Detentación.

El artículo 791 explicita quién es poseedor originario y quién poseedor derivado.

Poseedor originario es el propietario de la cosa o el que la posee a título de tal, vg., en un arrendamiento el dueño de la casa será el poseedor originario (también lo será el que aparezca como dueño de la casa, aunque no tenga su escritura de propiedad).

Poseedor derivado es quien posee la cosa en virtud de un acto jurídico no traslativo de dominio; en el ejemplo anterior, lo sería el arrendatario.

Lo aseverado se deduce del texto del artículo 791 citado, para cuya mejor comprensión transcribimos:

“Art. 791. Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo, los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro, una posesión derivada.”

El artículo 793 nos muestra al detentador, como aquel que tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentre respecto del titular de la cosa; aclara el Código que debe retenerla en provecho del propietario y en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido; entonces, por ejemplo, a una persona a la que se la paga que cuide una casa en Acapulco, no es poseedora sino detentadora de ella. Esto es lo que el Código alemán llama posesión inmediata dependiente.

La redacción del artículo 793 es como sigue:

“Art. 793. Cuando se demuestre que una persona tiene en su poder una cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del propietario de esa cosa, y que la retiene en provecho de éste en cumplimiento de las órdenes e instrucciones que de él ha recibido, no se le considera poseedor.”

V. Adquisición de la Posesión.

En principio podemos decir que la posesión se adquiere cuando se tiene tanto el *animus* como el *corpus*; surge el problema de determinar si hay posesión cuando sólo se da uno de los dos elementos. Desde luego la posesión es perfecta cuando se tienen ambos elementos como es el caso de los contratos traslativos de dominio, si se entrega la casa al adquirente, “tiene éste el *corpus* por la entrega y el *animus* nace de él por la traslación de la propiedad a su favor”.¹

Los partidarios de la teoría subjetiva estiman que la pérdida del *animus* implica la pérdida de la posesión, aun cuando se tenga la tenencia de la cosa. Vg. Soy dueño de una casa y la vendo pero la retengo como arrendatario; en este caso dejó de ser poseedor, pues no obstante que habito la casa, soy simple detentador de ella; en cambio si pierdo el *corpus*, mientras conserve el *animus* soy su poseedor e incluso puedo poseerla por

¹ Cfr. Ibarrola, Antonio de, op.cit., p. 159.

conducto de otra persona, como ocurriría en el caso de que compre la casa y la dé en alquiler; la posesión puede operar *corpore alieno*.

En el caso que mencionamos, conforme a la teoría objetiva (y también según el artículo 791 del Código Civil) el arrendatario no es simple detentador, es también poseedor aunque con posesión derivada: esto es importante, porque el poseedor está rodeado de múltiples protecciones de que no disfrutaría un mero detentador. Dentro de la tesis objetiva, la ausencia de *animus* no implica de por sí la pérdida de la posesión.

En nuestro derecho la posesión se pierde en ciertos casos por la pérdida del *corpus*, como sería el caso de que alguien es despojado de la casa por un tercero y esta situación se prolonga por más de un año. Al respecto dispone el artículo 828, fracción V, del Código Civil: La posesión se pierde:.. V. Por despojo, si la posesión del despojado (debiera decir despojante) dura más de un año.

¿Cómo puede adquirirse la posesión? A este respecto el artículo 795 del Código Civil, expresa:

“Art. 795. Puede adquirirse la posesión por la misma persona que va a disfrutarla, por su representante legal, por su mandatario y por un tercero sin mandato alguno; pero en este último caso no se entenderá adquirida la

posesión hasta que la persona a cuyo nombre se haya verificado el acto posesorio lo ratifique.”

VI. Cualidades de la Posesión.

Existe en doctrina la polémica respecto a si debe hablarse de las cualidades o de los vicios de la posesión. Esta polémica es hasta cierto punto intrascendente, en virtud de que son tanto cualidades como vicios según se vea; se trata del mismo problema, sólo que contemplado desde diferentes puntos de vista, lo que se constata del hecho de que la ausencia de vicios en la posesión presupone las cualidades de ésta y viceversa.

Se habla de las cualidades de la posesión aumentando o disminuyendo su número; así por ejemplo, en el Código de 1884 se tenían por tales la buena fe, el justo título y el que se poseyera pública, pacífica y continuamente; en el Código vigente ya sólo se reconocen estas tres últimas, que al faltar dan por resultado los siguientes vicios: clandestinidad, violencia y discontinuidad. El Código actual exige también que la posesión apta para prescribir sea en concepto de propietario.

VII. Pérdida de la Posesión.

Esta opera, lógicamente, al perderse sus dos elementos (el *corpus* y el *animus*). “El poseedor enajena la cosa; la abandona, convirtiéndola en una

res derelicta, cosa abandonada.² En cuanto a la pérdida de sólo uno de ellos, son aplicables soluciones análogas a las que examinamos al hablar de la adquisición de la posesión.

Desde el punto de vista positivo, de acuerdo con el Código Civil, la pérdida de la posesión se presenta en los casos que seguidamente transcribimos:

“Art. 828 . La posesión se pierde:

- I. Por abandono;
- II. Por cesión a título oneroso o gratuito;
- III. Por la destrucción o pérdida de la cosa o por quedar ésta fuera del comercio;
- IV. Por resolución judicial;
- V. Por despojo, si la posesión del despojado dura más de un año;
- VI. Por reivindicación del propietario;
- VII. Por expropiación por causa de utilidad pública.”

VIII. Aspectos Procesales.

Las legislaciones tienden a dar una protección eficaz a la posesión; esto se debe a que así conviene a la armonía social y, también, a que en mucho se le ha considerado imagen de la propiedad. La regla general ha sido proteger

² *Ibidem*, p. 160.

al poseedor que cuenta con un justo título de su posesión y que, además, ha obrado de buena fe.

La protección posesoria, dice Leopoldo Aguilar³, se ejerce mediante tres instituciones jurídicas:

1ª. La presunción de que el poseedor es propietario. Este principio encuentra su consagración legal dentro de nuestro derecho en el artículo 798 del Código Civil, conforme al cual la posesión da al que la tiene la presunción de ser propietario para todos los efectos legales.

Sabemos que nuestro Código, en su artículo 791, reconoce dos clases de poseedores: originario y derivado. La presunción a que hemos hecho referencia, y que es *juris tantum* (admite prueba en contrario), sólo favorece al poseedor originario, pues para el poseedor derivado, la presunción que consagra el mismo artículo consiste en suponer que ha obtenido la posesión del dueño de la cosa o derecho.

¿Qué importancia tiene esta presunción? La de hacer recaer la obligación de rendir prueba en contrario en quien pretenda despojar al poseedor; así, en consecuencia, supuesto un juicio de reivindicación el poseedor aparecerá siempre como demandado, y a él le tendrán que probar que no

³ Aguilar Carvajal, Leopoldo, Segundo Curso de Derecho Civil (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones), Editorial Porrúa, México, 1980, p. 237 y 238.

es propietario; si ninguna de las partes prueba nada, el poseedor vence gracias a la presunción.

2ª. Se dota al poseedor de numerosas defensas que le permiten accionar para defender su posesión; desde los remedios sumarísimos llamados interdictos hasta la acción plenaria de posesión y, en México, también la acción declarativa. De las acciones posesorias nos ocuparemos por separado.

3ª. La adquisición de la propiedad de la cosa o de los frutos que produzca.

¿Qué derecho tiene el poseedor conforme al Código Civil vigente, sobre los frutos que produzca la cosa? Esto depende de la clase de poseedor que sea; nuestro ordenamiento sustantivo reconoce cuatro categorías:

1ª. Poseedor de buena fe con posesión adquirida por título traslativo de dominio. A él se refiere el artículo 810 del Código.

“Art. 810. El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo 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 en la cosa mejorada o reparando 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.”

Se entiende interrumpida la buena fe por el hecho de que el poseedor conozca los vicios que tenga el título o se dé cuenta de que carece de él, es decir cuando no ignore que posee indebidamente (art. 808 C.C.).

“Art. 808. 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.”

Para mejor compenetración del sentido del artículo citado, transcribimos los artículos del 817 al 819.

“Art. 817. Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora.”

“Art. 818. Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa.”

“Art. 819. Son gastos voluntarios los que sirven sólo al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor.”

2ª. Poseedor que posee en concepto de dueño, por más de un año, aunque sea de mala fe, con tal que su posesión no sea delictuosa. A él se refiere al artículo 813 del Código Civil.

“Art. 813. El que posee en concepto de dueño por más de un año, pacífica, continua y públicamente, aunque su posesión sea de mala fe, con tal que no sea delictuosa, tiene derecho:

I. A las dos terceras partes de los frutos industriales que haga producir a la cosa poseída, perteneciendo la otra tercera parte al propietario, si reivindica la cosa antes de que se prescriba; y

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 y civiles que produzca la cosa que posee, y responde de la pérdida o deterioro de la cosa sobrevenidos por su culpa.”

3ª. Poseedor que posee mediante título traslativo de dominio, con mala fe (aunque sin delito) y durante menos de un año:

“Art. 812. El que posee por menos de un año, a título traslativo de dominio y con mala fe, siempre que no haya obtenido la posesión por un medio delictuoso, está obligado:

I. A restituir los frutos percibidos; y

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 hubiere estado poseída por su dueño. No responde de la pérdida sobrevenida natural e inevitablemente por el solo transcurso del tiempo.

Tiene derecho a que se le reembolsen los gastos necesarios.”

4ª. Poseedor que ha obtenido la posesión mediante un hecho delictuoso.

Dice el Código Civil:

“ART. 814. El poseedor que haya adquirido la posesión por algún hecho delictuoso está obligado a restituir todos los frutos que haya producido la cosa y los que haya dejado de producir por omisión culpable.

Tiene también la obligación impuesta por la fracción II del artículo 812.”

¿A que se debe que la ley proteja al poseedor?

La razón varía según la clase de poseedor que sea. Al de la primera categoría, porque ha procedido rectamente y tiene título; al de la segunda, porque pudo haber permanecido mucho tiempo en la posesión y quizá le resulta muy oneroso restituir (incluso puede ser y casi siempre lo es, que por negligencia del propietario haya durado en la posesión, y éste debe ser sancionado por su morosidad; además, a la sociedad le conviene que la cosa produzca y si el poseedor la ha hecho producir, entonces la sociedad le recompensa disminuyendo su obligación); al poseedor de la tercera categoría, por equidad; al de la cuarta se le trata con mayor dureza porque su conducta ha sido delictuosa.

La adquisición de los frutos por el poseedor constituye la regla general; sin embargo, existen dos excepciones fundamentales:

- 1) En el caso de que se decrete la nulidad del título en virtud del cual posee, pues, como ya sabemos, la nulidad hace que los efectos del acto se destruyan retroactivamente; por tanto, al retrotraerse los efectos, el poseedor con nada se queda, y
- 2) En el caso de que la posesión esté sujeta a condición resolutoria, porque entonces también se retrotraen los efectos al momento inicial, al cumplirse la condición.

IX. Las acciones posesorias.

De los tres medios a que hemos hecho referencia para la defensa de la posesión, o sea la presunción de propiedad a favor del poseedor, las acciones posesorias y la adquisición de frutos, queda pendiente de análisis el relativo a las acciones posesorias.

Las acciones posesorias son: los interdictos, la acción de obra peligrosa y acción plenaria de posesión (o publiciana) declarativa.

1. Interdictos.

Pueden definirse como los juicios sumarísimos que tienen por objeto retener o recuperar la posesión interina de una cosa, suspender la obra nueva o que se tomen las medidas para evitar los daños que pudiera ocasionar la obra peligrosa.

Tradicionalmente la definición de interdicto incluía la palabra "adquirir", diciendo "tienen por objeto adquirir, retener o recuperar, etc."; esto podría ser adecuado en doctrina, pero ya nuestro Código de Procedimientos Civiles no admite el interdicto de adquirir que ha sido substituido por la acción de petición de herencia (arts. 13 y 14). El Código de Procedimientos Civiles de 1884 sí hablaba, en su artículo 1131, de "adquirir".

Historia del interdicto.

Los interdictos nacen en el Derecho Romano. Los romanos consideraron la posesión como un hecho y no como un derecho; de ahí que no contara con la protección del Jus Civile. Es por eso que el poseedor que se veía perturbado o despojado no podía defenderse invocando una norma que lo protegiera, pero como evidentemente era de justicia proteger al poseedor, éste podía ocurrir al pretor, quien estaba facultado para dictar un decreto llamado interdicto, disponiendo lo que al poseedor le estaba permitido o vedado hacer para su defensa.

El espíritu era dotar al poseedor de un medio eficaz y rapidísimo para defender su posesión; es decir, se resolvía, simplemente, si era o no de protegerse una determinada posesión.

El Derecho Germánico también influyó en la evolución de la posesión y su defensa; en él se instituyó el plazo de un año para reclamar la posesión; este plazo se explica porque en dicho lapso operaba la prescripción. Finalmente la institución se vio influida por el Derecho Canónico que protegió a todo aquel que sufriera una expulsión violenta.⁴

Nuestro Código procesal civil de 1884 admite los cinco interdictos tradicionales de adquirir, retener y recuperar la posesión, y los de obra

⁴ Cfr. Aguilar Carvajal, Leopoldo, *op.cit.*, pp. 244 y 245.

nueva y de obra peligrosa. Estableció este Código, procedimientos rapidísimos, verdaderamente de acuerdo con la función y espíritu de los interdictos; incluso autorizaba al juez para tomar medidas provisorias en favor del poseedor sin escuchar a su contraparte, lo cual se tachó de inconstitucional en su momento.

El actual Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, admitió los interdictos originales, salvo el de adquirir que, como ya se dijo, fue substituido por la acción de petición de herencia.

De otra parte, por desgracia, originalmente estableció que para la tramitación de los interdictos (fracción II del Art. 130) debía utilizarse la vía sumaria que, aunque aparentemente rápida, en la práctica resultó muy lenta, con lo cual los interdictos dejaron de cumplir su función; hoy día dicho precepto ha sido derogado, pero como no se le substituyó por ningún otro, tendrá que recurrirse a la vía ordinaria, lo cual puede resultar aún peor.

A. Interdicto de adquirir la posesión.

Se incluyó en el Código de Procedimientos Civiles de 1884 y servía para que el heredero fuera puesto en posesión de los bienes que le correspondían en virtud de la herencia, ya fuera testamentaria o legítima (intestamentaria). Actualmente ha sido suprimido y en su lugar aparece la

acción de petición de herencia, en los términos de los artículos 13 y 14 del mencionado Código de Procedimientos Civiles, que expresan:

“Art.13. La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o *ab 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 acciones, sea indemnizado y le rindan cuentas.”

B. Interdicto de retener la posesión.

Procedimiento: originalmente el interdicto de retener la posesión se tramitaba, de acuerdo con la fracción XI del artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles, mediante juicio sumario; a partir de la reforma de 26 de febrero de 1973 (Diario Oficial del 14 de marzo del mismo año), cuyo artículo tercero transitorio suprimió los juicios sumarios, debe tramitarse como ordinario, lo cual, por lo tardado que suelen ser estos juicios, desvirtuó totalmente la función y naturaleza del interdicto.

El artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles expresa:

“Art. 16. 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 aproveche 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.”

C. Interdicto de recuperar la posesión.

La regulación específica para el trámite del interdicto, la hacen los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles.

“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 en favor de aquel 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.”

D. Interdicto de obra nueva.

Se refiere a este interdicto el artículo 19 del Código de Procedimientos Civiles. Tiene por objeto detener la construcción de una obra nueva e incluso lograr su demolición, en el caso de que con ella pueda perjudicarse la posesión de otra persona. Se entiende por obra nueva no sólo la de nueva construcción sino también cualquier añadidura a lo que ya existe.

Respecto de este interdicto, dice el artículo 19 del Código de la materia:

“Art. 19. 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 nueva 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.”

2. Acción de obra peligrosa.

Su regulación específica aparece en el artículo 20 del mismo Código de Procedimientos Civiles y tiene por objeto que se tomen medidas para evitar el riesgo originado por el mal estado de una propiedad contigua a la del poseedor, o bien la caída de un árbol u otro objeto semejante.

El artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles dispone:

“Art. 20. 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 privado o público 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.”

3. Acción plenaria de posesión.

Se le llama tradicionalmente acción publiciana. Tiene ciertas características que la distinguen de los interdictos; su alcance es más amplio. Actualmente se encuentra regulada en el artículo 9 del Código de Procedimientos Civiles, que dice:

“Art. 9. Al adquirente con justo título y de buena fe le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y acciones en los términos del artículo 4°, el poseedor de mala fe; o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas, o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño.”

Conviene insistir en que para el ejercicio de la acción plenaria de posesión se necesita justo título y posesión de buena fe, y que no proceda cuando las posesiones de las partes son dudosas, cuando el actor tiene su título registrado y el demandado no y tampoco contra el legítimo dueño. Sus diferencias con los interdictos, dice Aguilar Carvajal, son los siguientes: ⁵

⁵ Cfr. Aguilar Carvajal, Leopoldo, *op. cit.*, p.248.

1ª. La acción plenaria de posesión tiene por objeto resolver sobre la posesión definitiva de la cosa; el interdicto sobre la posesión interina de la cosa.

2ª. La acción plenaria sólo puede ejercitarse por el poseedor originario con justo título y buena fe; el interdicto por cualquier poseedor.

3ª. La acción plenaria sólo puede referirse a la posesión originaria, el interdicto también a la derivada.

4ª. La acción plenaria se tramita en vía ordinaria, el interdicto en la vía sumaria.

5ª. La acción plenaria sólo procede tratándose de bienes inmuebles y el interdicto puede versar lo mismo sobre inmuebles que muebles.

CAPÍTULO III

ESTUDIO SISTEMÁTICO Y ANALÍTICO DE LA PRESCRIPCIÓN POSITIVA

I. Definición de prescripción. Diferentes especies de prescripción.

En el punto II del presente capítulo nos referiremos de manera específica al concepto legal de prescripción, contenido en el artículo 1135 del Código Civil vigente en el Distrito Federal.

Ahora nuestra atención se centra en la definición de esta figura jurídica por la doctrina científica, para lo cual, siguiendo un método simétrico al que empleamos al abordar la posesión, reproduciremos las definiciones elaboradas por eminentes tratadistas y, en seguida, haremos un pronunciamiento no precisamente acerca de cuál estimamos acertada de acuerdo a la naturaleza de la figura en cuestión, sino respecto de la que

estimamos más idónea y acorde con nuestra legislación y práctica locales.

Debemos proceder a una aclaración que consideramos pertinente antes de seguir adelante. Para la legislación vigente el término prescripción alude a dos figuras jurídicas diametralmente opuestas entre sí, pues por una parte se refiere a aquella que consiste en la adquisición de derechos mediante el transcurso del tiempo y con la satisfacción de ciertos requisitos y, por otra, a la que estriba en liberarse de obligaciones bajo condiciones similares a las referidas. Es obvio que no es lo mismo adquirir que liberarse, aunque ambos acontecimientos tengan en común que se reflejan como un incremento patrimonial.

Para los efectos de nuestro trabajo recepcional, interesa la primera de las dos acepciones antes mencionadas de la palabra prescripción, es decir, la que es en forma de adquisición de derechos, precisamente a la que el Código Civil vigente llama también “positiva” (artículo 1136) y la tradición, empleando un término de linaje latino, conoce como usucapión (usucapio).¹ A esta posesión se le menciona asimismo con el calificativo de “adquisitiva”.

¹ “USUCAPIO.- Usucapión: modo de adquisición de la propiedad mediante la posesión continuada durante el tiempo y con las condiciones establecidas por la ley”, Gutiérrez Alviz y Armando, Faustino, Diccionario de Derecho Romano, Editorial Reus, S.A., Segunda edición, Madrid, S/f. p. 687.

El otro significado de prescripción es una forma de extinción de las obligaciones y, desde luego, escapa del objeto de esta tesis. Esclarecido lo anterior, procederemos a evocar algunas de las definiciones que se han acuñado por autores justamente afamados, respecto a la voz jurídica prescripción en su sentido de *usucapión*.

Primeramente y considerando que la prescripción-usucapión es una figura que encuentra su origen en el Derecho Romano, estimamos conveniente recordar que, en palabras de Eugenio Petit, la usucapión es para los romanos “la adquisición de la propiedad por una posesión suficientemente prolongada, y reuniendo determinadas condiciones: el justo título y la buena fe”.²

El gran jurista romano Modestino define la usucapión, al decir de Marta Morineau y Román Iglesias, como “la adquisición de la propiedad por la posesión continuada durante el tiempo señalado por la ley (D. 41, 3, 3)³ o, en la versión de Raúl Lemus García, como “la adición del dominio por la continuación de la posesión durante el tiempo definido por la ley”

² Petit, Eugenio, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Saturnino Calléja, S.A., Madrid, 1951, p.197.

³ Morineau Iduarte, Marta e Iglesias González, Román, *Derecho Romano*, Editorial Harla, México, p. 125.

*(usucapio es adjectivo domini per continuationem possessionis temporis lege definiti).*⁴

Ernesto Gutiérrez y González define a la usucapición como una forma de adquirir un derecho real mediante la posesión de la cosa en que recae, en una forma pacífica, continua, pública y con la apariencia del título que se dice tener, a nombre propio y por todo el tiempo que fija la ley.⁵

Enseña Lemus García que la palabra usucapición deriva de “USO-CAPERE que significa adquirir por el uso”⁶. En cuanto a su sinónimo prescripción (positiva o adquisitiva), explica Planiol que “no quiere decir nada, sino que es sólo una abreviación de la expresión latina: *praescriptio longi* y la *longissima temporis*, es decir, una excepción fundada en el tiempo transcurrido y que era escrita al principio de la fórmula, de aquí su nombre”.⁷

Modernamente, Rojina Villegas define: “La prescripción adquisitiva, llamada por los romanos usucapición, es un medio de adquirir el dominio mediante la posesión en concepto de dueño, pacífica, continua, pública, y

⁴ Lemus García, Raúl, *Derecho Romano (Personas, Bienes, Sucesiones)*, Editorial Limsa, México, 1964, p. 193.

⁵ Gutiérrez y González, Ernesto, *El Patrimonio*, Editorial Porrúa, 3ª. Edición, México, 1990, p. 515.

⁶ Lemus García, Raúl, *op. cit.*, p. 193.

⁷ Planiol, Marcel y Ripert, Georges, *op. cit.*, p. 342.

por el tiempo que marca la ley”.⁸ Bonnecase explica: “La prescripción adquisitiva o usucapión es un modo de adquirir la propiedad por medio de una posesión prolongada durante un plazo determinado”.⁹

Marcel Planiol y Georges Ripert, afirman que “la prescripción adquisitiva o usucapión es un medio de adquirir la propiedad de una cosa, por la posesión prolongada de la misma, durante un tiempo determinado”.¹⁰

De los autores nacionales consultados, no incluyen un concepto de prescripción en sus respectivas obras, Leopoldo Aguilar Carvajal, Antonio de Ibarrola, Rafael De Pina y Jorge Mario Magallón Ibarra, como fácilmente se advierte al consultar sus obras.

II. Concepto de prescripción en el Código Civil vigente. Desglose del concepto legal.

El artículo 1135 del Código Civil para el Distrito Federal dice que “Prescripción es un medio de adquirir bienes o de librarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo y bajo las condiciones establecidas por la ley.”

⁸ Rojina Villegas, Rafael, op. cit., p. 220.

⁹ Bonnecase, Julien, op. cit., p. 488.

¹⁰ Planiol, Marcel y Ripert Georges, op. cit., p. 342.

Del concepto que ofrece el precepto transcrito, vemos que bajo el rubro de prescripción se da cabida a dos fenómenos absolutamente distintos: uno consistente en la adquisición de bienes; otro en liberarse del cumplimiento de obligaciones.

Algunos autores, para superar la ambivalencia del término, prefieren llamar al primer fenómeno usucapión, evocando así el antiguo nombre romano de la institución. En realidad estos fenómenos debieran tener designación diversa, porque son diferentes.

III. Regulación de la prescripción positiva en el Código Civil vigente.

Nuestro Código es su artículo 1136 llama prescripción positiva a la que consiste en la adquisición de bienes mediante la posesión y negativa a la que libera de obligaciones. Nosotros estudiaremos únicamente la prescripción positiva, por ser la que corresponde al tema de nuestro trabajo recepcional.

1. Cualidades que requiere la posesión para que opere la prescripción positiva.

La prescripción positiva es, simplemente, la institución jurídica que mediante ciertos requisitos convierte al poseedor en propietario.

Pero, ¿qué requisitos debe llenar la prescripción para que se produzca este efecto?

El artículo 1151 del Código Civil señala que la posesión necesaria para prescribir debe ser:

- I. En concepto de propietario;
- II. Pacífica;
- III. Continua;
- IV. Pública.

Analicemos cada uno de estos requisitos:

I. Posesión en concepto de propietario.

El Código Civil de 1884 no hablaba de posesión en concepto de propietario, sino con justo título; es decir, exigía un título (Art. 1079.- La posesión necesaria para prescribir, debe ser: I. Fundada en justo título). Este título podía ser objetivamente válido o subjetivamente válido, esto es, suficiente conforme a la ley o, cuando menos, suficiente para crear en el ánimo del poseedor la idea de que él era el propietario (además, el poseedor tenía en su favor la presunción de ignorar los vicios de su título).

¿Por qué el Código actual cambió a “en concepto de propietario”? Porque los códigos anteriores sólo reglamentaban la posesión originaria que siempre es *animus domini*, en tanto que el actual también regula la derivada, que nunca es apta para la prescripción: el arrendatario, usufructuario, etc. que son poseedores derivados, no puede adquirir el bien que detentan haciéndolo prescribir en su favor.

Para disipar cualquier duda, el Código exige que la posesión apta para la prescripción sea en concepto de propietario. Este requisito también se ve en el artículo 826 del mismo ordenamiento:

“Art. 826. Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción.”

Puede decirse que nuestro Código actual, al utilizar la expresión “en concepto de propietario”, admite tres posibilidades respecto a la posesión:

- a) Posesión con título objetivamente válido.
- b) Posesión con título subjetivamente válido.
- c) Posesión sin título: incluso posesión adquirida mediante violencia (artículo 1154) o bien, delictuosamente (artículo 1155).

a) Posesión con título objetivamente válido.

Antes que nada, ¿qué significa al efecto de nuestro estudio el concepto título? Ello se refiere no a un documento (como una escritura), sino al acto por el que se adquirió la posesión. Dice el artículo 806 del Código Civil en su último párrafo: "Entiéndese por título la causa generadora de la posesión".

Si el poseedor está poseyendo en virtud de un título objetivamente válido, la prescripción tiene lugar. Por ejemplo: adquiero en compraventa perfectamente legal un óleo, pero resulta que quien me lo vendió lo obtuvo mediante una compraventa que por alguna razón era nula. Declarada nula la primera compraventa, me hago propietario de la pintura, sin embargo, por prescripción.

La causa generadora de la posesión para los efectos de la prescripción adquisitiva (usucapión), puede acreditarse con un título con apariencia de ser objetivamente válido, como puede percibirse de la siguiente ejecutoria:

"USUCAPIÓN. LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN, PUEDE ACREDITARSE CON UN TÍTULO CON APARIENCIA DE SER OBJETIVAMENTE VÁLIDO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TLAXCALA).

En términos de los artículos 1152 y 1187 del Código Civil para el Estado

de Tlaxcala, la persona que plantea la usucapión, expresando la causa generadora de su posesión, debe probar la existencia de su título, ya sea objetiva o subjetivamente válido, el cual por su propia naturaleza debe ser traslativo de dominio, como la compraventa, donación, permuta, etc. Ahora bien, si la citada legislación sustantiva civil, permite adquirir por usucapión al poseedor que tiene un título subjetivamente válido, con mayor razón podrá adquirir a través de ese medio, quien tiene un título que en apariencia es objetivamente válido; lo anterior, en observancia al principio lógico jurídico que dice: 'El que puede lo más, puede lo menos'. Es cierto que si el actor en un juicio de usucapión tiene un título perfecto, carecería de sentido el ejercicio de tal acción; sin embargo, cuando se exhibe un título que en apariencia es objetivamente válido, el juzgador no puede por este solo hecho declarar improcedente la acción, puesto que la ley sólo exige que el demandante pruebe la causa generadora de la posesión, no pudiendo en consecuencia aquél desestimar la acción por no encontrar vicio alguno en el título, máxime si se considera que existen vicios que no pueden detectarse por la sola lectura del documento."¹¹

b) Posesión con título subjetivamente válido.

Dice Rojina Villegas que es aquel "... que se cree fundadamente suficiente para adquirir el dominio, aunque en realidad no sea bastante para esa adquisición".¹² Vg. Equivoco el lindero de mi propiedad y construyo parte de mi casa en terreno ajeno; pasa el tiempo y después de

¹¹ Amparo directo 4/976, Paulina Molina Meléndez, 15 de febrero de 1996, Unanimidad de votos, Ponente: Jaime Manuel Marroquín Zavala, Tercer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito.

¹² Rojina Villegas, Rafael, op. cit., p. 659.

muchos años se descubre el error; he estado poseyendo una pequeña fracción de mi vecino, por la equivocación, pero en concepto de propietario. También adquiero por prescripción. Mi error es fundado: se basó en mi escritura que fue mal interpretada (P.e. Por haberse movido una mojonera).

c) Posesión sin título, incluso la adquirida mediante violencia o delictuosamente.

Caso no incluido en el Código de 1884, que siempre exigía título. Como ahora ya no se exige el justo título, sino tan sólo que se posea en concepto de propietario, incluso quien adquiere la posesión por violencia o delictuosamente puede llegar a prescribir en su favor el bien.

Para que la prescripción comience a correr se requiere que cese la violencia o que la pena que corresponda al delito se haya extinguido, o bien que haya prescrito la acción penal. En última instancia, lo importante es destacar que se puede adquirir la prescripción aun sin título, con tal de que se posea en concepto de propietario. Veamos los artículos 1154 y 1155:

“Art. 1154. Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para

la prescripción será de diez años para los inmuebles y de cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia.”

“Art. 1155. La posesión adquirida por medio de un delito se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe.”

Para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su momento, lo importante para poseer en concepto de propietario ha sido que se tenga un poder sensorialmente apreciable sobre la cosa y que se haya entrado a poseer en virtud de causa diversa a la que genera posesión derivada. La jurisprudencia firme 261, publicada en el apéndice del Seminario Judicial de la Federación (jurisprudencia de 1917 a 1965) dice al respecto:

“La exigencia del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales y las legislaciones de los Estados de la República que contienen disposiciones iguales, de poseer en concepto de propietario para poder adquirir por prescripción, comprende no sólo los casos de buena fe, sino también al caso de la posesión de mala fe, por lo que no basta la simple intención de poseer como dueño, sino que es necesario probar la ejecución de actos o hechos, susceptible de ser apreciados por los sentidos que de manera indiscutible u objetiva demuestren que el poseedor es el dominador de

la cosa, el que manda en ella y la disfruta para sí, como dueño en sentido económico, aun cuando carezca de título legítimo frente a todo el mundo, y siempre que hayan comenzado a poseer en virtud de una causa diversa de la que origina la posesión derivada.¹³

II. Posesión Pacífica.

Exige el Código que la posesión sea pacífica. Esta cualidad de la posesión sólo la toma en cuenta la ley (artículo 823) al momento entrar en la posesión, pues después se pueden realizar actos de violencia para defenderla sin que se perjudique aquella.

“Art. 823. Posesión pacífica es la que se adquiere sin violencia.”

Cabe aclarar, sin embargo, que la posesión adquirida violentamente si después se hace pacífica, sirve para adquirir por prescripción, empezando a correr el plazo al cesar la violencia, siempre y cuando se prolongue por el tiempo que se requiere cuando hay mala fe.

13 Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Seminario Judicial de la Federación, Pp. 787 y 788, Quinta Época: Tomo CXXVII, Página 485. A.D.2619/54, Isabel Lapaley de Brid 5 votos. Sexta Época, Cuarta parte, Cuarta parte:
Vol. XXII, Página 338, A.D., 5065/58, Juan Páez, 5 votos.
Vol. XXXII, Página 220, A.D., 7523/58, Ignacio Valente Ortega Chávez, 5 votos.
Vol. XXXVI, Página 67, A.D. 7673/58, Felipe Rivas y coags., 5votos.
Vol. XXXVI, Pagina 34, A.D., 5027/61, Tomás Cavaría González, Unanimidad de 4 votos.

III. Posesión Continua.

A este respecto el artículo 824 establece que "Posesión continua es la que no se ha interrumpido por alguno de los medios enumerados en el Capítulo V, Título VII, de este Libro". Es decir, por alguno de los medios previstos por la ley y de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1168. Más adelante volveremos sobre este punto.

El Código, además, establece en favor del poseedor ciertas presunciones de continuidad:

"Art. 801. El poseedor actual que pruebe haber poseído en tiempo anterior, tiene a su favor la presunción de haber poseído en el intermedio."

"Art. 805. Se reputa como nunca perturbado o despojado, el que judicialmente fue mantenido y restituido en la posesión."

IV. Posesión Pública.

El artículo 825 se refiere a la posesión pública.

"Art. 825. Posesión pública es la que se disfruta de manera que pueda ser conocida de todos. También lo es la que está inscrita en el Registro de la Propiedad."

2. Reglas para que opere la prescripción positiva.

Suele decirse que la prescripción está sujeta a ciertas reglas. Mencionaremos las principales, siguiendo básicamente los lineamientos que ofrece el Maestro Rojina Villegas.¹⁴

1ª. Sólo se pueden adquirir por prescripción los bienes susceptibles de apropiación; esto se debe a que la prescripción va a desembocar en la propiedad.

2ª. Sólo pueden adquirir por prescripción quienes tengan capacidad de goce al efecto. Así, por ejemplo, los extranjeros que no pueden adquirir la propiedad por prescripción en una faja de 50 kilómetros en las costas y 100 kilómetros en las fronteras (párrafo primero -in fine- de la fracción I del artículo 27 constitucional).¹⁵

¹⁴ Rojina Villegas, Rafael, op. cit., Pp. 235 y ss.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "Artículo 27, fracción I: Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud de lo mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos internos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones."

3ª. Los incapaces de ejercicio pueden adquirir por prescripción mediante sus legítimos representantes.

4ª. Se presume que el que comenzó a poseer con determinado carácter, continúa poseyendo en esa misma forma, a menos que se pruebe que ha cambiado la causa de la posesión.

5ª. La posesión del causante aprovecha al causahabiente. Esto significa que en materia de prescripción si una persona recibe la posesión de otra, el tiempo que esa otra persona haya estado poseyendo cuenta también para ella. Al respecto, el artículo 1149 del Código Civil dice:

“Art. 1149. El que prescriba puede completar el término necesario para su prescripción reuniendo al tiempo que haya poseído el que poseyó la persona que le transmitió la cosa, con tal de que ambas posesiones tengan los requisitos legales.”

6ª. La prescripción futura es irrenunciable, pero en cambio sí puede ser renunciada la prescripción ya adquirida. Los artículos 1141 y 1142 del Código Civil disponen al respecto:

“Art. 1141. Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho de prescripción para lo sucesivo.”

“Art. 1142. La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido.”

3. Plazos para que opere la prescripción positiva.

Al respecto debe tenerse en cuenta si se trata de bienes muebles o inmuebles, pues los plazos son distintos y, lo mismo, si se ha procedido de buena fe o no, pues también ello influye en la prolongación de los plazos. Los bienes inmuebles se adquieren por prescripción en los plazos que señala el artículo 1152:

“Art. 1152. Los bienes inmuebles se prescriben:

- I. En cinco años, cuando se poseen en concepto de propietario, con buena fe, pacífica, continua y públicamente;

- II. En cinco años, cuando los inmuebles hayan sido objeto de una inscripción de posesión;

III. En diez años, cuando se poseen de mala fe, si la posesión es en concepto de propietario, pacífica, continua y pública;

IV. Se aumentará en una tercera parte el tiempo señalado en las fracción I y III, si se demuestra, por quien tenga interés jurídico en ello, que el poseedor de finca rústica no la ha cultivado durante la mayor parte del tiempo que la ha poseído, o que por no haber hecho el poseedor de finca urbana las reparaciones necesarias, ésta ha permanecido deshabitada la mayor parte del tiempo que ha estado en poder de aquél.”

La inscripción de la posesión a que se refiere la fracción II se obtiene mediante una acción declarativa.

¿Por qué la fracción IV prevé un aumento de la tercera parte del tiempo en los casos a que se refiere?

Se trata de una sanción al poseedor por su negligencia. Tiene que ver con la función social de la propiedad, que quiere que ésta produzca una utilidad; si la finca rústica nada ha producido por no haberse cultivado o la urbana no ha sido habitada por falta de reparación, se presume que el poseedor va a ser un mal propietario, por eso se le hace esperar más

tiempo antes de enriquecerlo permitiéndole adquirir el dominio.

En cuanto a los bienes muebles, se prescriben en los términos que marca el artículo 1153:

“Art. 1153. Los bienes muebles se prescriben en tres años cuando son poseídos con buena fe, pacífica y continuamente. Faltando la buena fe, se prescribirán en cinco años.”

Adviértase que no se exige que la posesión sea pública (como en tratándose de los inmuebles), lo cual es lógico, pues la ostentación de la posesión resultaría difícil.

¿Qué debe entenderse por buena fe y mala fe? Al respecto tengamos en cuenta lo dispuesto en los artículos 806, 807 y 808, que expresan:

“Art. 806. Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

Es poseedor de mala fe el que entra a la posesión sin título alguno para poseer; lo mismo el que conoce los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

Entiéndese por título la causa generadora de la posesión.”

“Art. 807. La buena fe se presume siempre; al que afirme la mala fe del poseedor le corresponde probarla.”

“Art. 808. 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.”

4. Interrupción, suspensión y renuncia de la prescripción positiva.

A. Interrupción de la prescripción positiva.

Tiene lugar como resultado de la pérdida de la posesión o de la reclamación que de la cosa haga el propietario. Por eso el artículo 1168 del Código Civil, dice:

“Art. 1168. 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 u otro cualquier 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; y

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 quien prescribe.

Empezará a contarse el nuevo término de la prescripción, en caso de reconocimiento de las obligaciones, desde el día que se haga; si se renueva el documento, desde la fecha del nuevo título, y si se hubiere prorrogado el plazo del cumplimiento de la obligación, desde que éste hubiere vencido.” ¿Qué efecto produce la interrupción de la prescripción?

“Art. 1175. El efecto de la interrupción es inutilizar, para la prescripción, todo el tiempo corrido antes de ella.”

B. Suspensión de la prescripción positiva.

La regla general sobre el inicio y avance de la prescripción está contenida en la parte primera del artículo 1165 del Código Civil, conforme al cual “La prescripción puede comenzar y correr contra cualquier persona”. Sin embargo, la ley no permite que corra contra determinadas personas. La suspensión de la prescripción consiste en que ésta no puede comenzar a correr o continuar la que ya esta corriendo, en contra de las personas que la ley específicamente señala en el artículo 1167.

“Art. 1167. 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 o coposeedores, respecto del bien común;

V. Contra los ausentes del Distrito Federal que se encuentren en servicio público;

VI. Contra los militares en servicio activo en tiempo de guerra, tanto fuera como dentro del Distrito Federal.”

El fundamento de lo establecido por el Código Civil en las anteriores disposiciones, está basado, por una parte, en razones de equidad y, por otra, en la necesidad de salvaguardar los intereses de los funcionarios públicos, de los que se supone se ven en la necesidad de descuidar sus propios intereses para atender los de la colectividad que les han sido encomendados (es justo que la sociedad les compense haciendo que la prescripción no les perjudique).

Esto último puede también decirse de los militares que se encuentren en servicio activo en tiempo de guerra (defendiendo a la patria: las guerras son siempre contra extranjeros. Cuando la confrontación es frente a connacionales, se llama revolución).

¿Qué efecto produce la suspensión de la prescripción?. Que no siga corriendo el tiempo útil para ella, sino cuando ha desaparecido la circunstancia que la interrumpió. El tiempo previamente transcurrido no se inutiliza, pues si así fuera, lo diría la ley expresamente, como lo hace tratándose de la interrupción.

C. Renuncia de la prescripción positiva.

La prescripción futura no puede ser renunciada, pero sí la adquirida o el tiempo transcurrido para que opere. Solamente con el objeto de continuar nuestra exposición de manera sistemática, transcribiremos nuevamente los artículos 1141 y 1142:

“Art. 1141. Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada, pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo.”

La renuncia de la prescripción puede ser expresa o tácita.

“Art. 1142. La renuncia de la prescripción es expresa o tácita, siendo esta última la que resulta de un hecho que importa el abandono del derecho adquirido.”

Cabe aclarar que el caso a que se refiere la fracción III del artículo 1168 (relativo a la interrupción de la prescripción), no se refiere en realidad a interrupción sino a renuncia de la prescripción.

CAPÍTULO IV

NECESIDAD DE QUE SE PERMITA, EN CIERTOS CASOS, LA ADQUISICIÓN DE LA PROPIEDAD MEDIANTE POSESIÓN DERIVADA

I. Breve relato de un caso práctico.

Hace como año y medio, un señor al que conocí en mi infancia, sabiendo que yo había optado por la carrera de Derecho, me consultó un asunto que lo affigía.

En el año de 1969, mi conocido había tomado en arrendamiento una pequeña casa por el rumbo de la Colonia Asturias de esta capital. Vino cumpliendo las rentas con toda oportunidad, para lo cual ocurría a entregar el dinero de las mensualidades y a recabar los recibos correspondientes, a la habitación que ocupaba el propietario, en un hotel cercano, pues dicho propietario era soltero y le resultaba cómodo, según parece, proceder de esa manera. Como la casa tomada en alquiler tenía

un amplio patio de tierra en la parte posterior, solicitó del dueño su autorización para construir un cobertizo que le permitiera mantener bajo techo materiales que empleaba en su oficio de herrero. El arrendador consintió y el cobertizo quedó hecho.

Hacia 1982, en una ocasión en que fue a pagar la renta, le informaron que la persona que buscaba había manifestado que tenía "urgentemente" que marcharse a su lugar de origen, sin especificar cual era éste, por lo que mi consultante decidió guardar el efectivo y periódicamente visitaba el hotel en cuestión, para averiguar si había alguna noticia de su arrendador, de quien no volvió a saber nada.

En 1984, temiendo que se acumularan rentas que después no podría pagar, consultó a un abogado, recibiendo el consejo de que hiciera ofrecimiento de pago seguido de consignación de las mismas, a lo que procedió hasta 1987, en que decidió que era inútil continuar, pues nadie comparecía a recogerlas.

Entre tanto, un hijo suyo había contraído matrimonio y como no tenía dónde vivir, el improvisado cobertizo se convirtió en bodega con sólidas paredes de ladrillo y sobre él se edificó un pequeño departamento con los

servicios necesarios. En esta construcción se invirtieron los ahorros de varios años.

Me explicó el mismo señor que como se había pactado al tomar la localidad en arrendamiento, él había venido pagando el impuesto predial y el consumo de agua. Asimismo, que últimamente había decaído su salud por lo que creía que no viviría mucho y deseaba que cuando él faltara, aprovecharan a su familia las inversiones que había hecho para el mantenimiento del inmueble original y en la nueva construcción del fondo, inversiones que para una persona de su condición económica, eran cuantiosas.

Por último me consultó si el paso del tiempo, en las condiciones que acabo de relatar, no le conferían algún derecho.

Estudí brevemente el caso y le expliqué en términos accesibles, que ningún derecho se había generado en su favor, que era un poseedor precario y que lo que se conoce como prescripción positiva no podía beneficiarlo. Me miró incrédulo y seguramente pensó en asesorarse de alguien que supiera más Derecho que yo.

II. Doctrina y jurisprudencia sobre prescripción positiva, en cuanto al requisito consistente en que la posesión sea en concepto de propietario.

Ya anteriormente, en el capítulo segundo, vimos cuáles son las llamadas cualidades de la posesión que la hacen apta para la adquisición de un bien por prescripción, entre ellas de manera relevante, que tal posesión sea en concepto de propietario. Estudiamos, asimismo, qué debe entenderse por "en concepto de propietario". Ahora bien, ¿qué han requerido los tribunales como necesario para que se tenga por satisfecho el requisito a que hemos venido haciendo referencia? Veamos el siguiente muy importante criterio jurisprudencial:

"PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA. PARA QUE SE ENTIENDA SATISFECHO EL REQUISITO DE LA EXISTENCIA DE LA 'POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO' EXIGIDO POR EL CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y POR LAS DIVERSAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS DE LA REPÚBLICA QUE CONTIENEN DISPOSICIONES IGUALES, ES NECESARIO DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DE UN TÍTULO DEL QUE SE DERIVE LA POSESIÓN.

De acuerdo con lo establecido por los artículos 826, 1151, fracción I, y 1152 del Código Civil para el Distrito Federal, y por las legislaciones de los Estados de la República que contienen disposiciones iguales, para usucapir un bien raíz, es necesario que la posesión del mismo se tenga en concepto de dueño o de propietario. Este requisito exige no sólo la exteriorización del dominio sobre el inmueble mediante la ejecución de

actos que revelen su comportamiento como dueño mandando sobre él y disfrutando del mismo con exclusión de los demás, sino que también exige se acredite el origen de la posesión, pues al ser el concepto de propietario o de dueño un elemento constitutivo de la acción, el actor debe probar, con fundamento en el artículo 281 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que inició la posesión con motivo de un título apto para trasladarle el dominio, que puede constituir un hecho lícito o no, pero en todo caso debe ser bastante para que fundadamente se crea que posee en concepto de dueño o de propietario y que su posesión no es precaria o derivada. Por tanto, no basta para usucapir, la sola posesión del inmueble y el comportamiento de dueño del mismo en un momento determinado, pues ello no excluye la posibilidad que inicialmente esa posesión hubiere sido derivada".¹

Contradicción de tesis 39/92. Sustentada entre el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. 23 de mayo de 1994. Cinco votos. Ponente: Luis Gutiérrez Vidal. Secretaria: María Guadalupe Saucedo Zavala. Tesis de Jurisprudencia 18/94. Aprobada por la Tercera Sala de este alto Tribunal, en sesión de veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, por cinco votos de los señores Ministros: Presidente Carlos Sempé Minvielle, Mariano Azuela Gúitron, Sergio Hugo Chapital Gutiérrez, Irma Cué Sarquis y Luis Gutiérrez Vidal, designados los dos últimos por el H. Pleno de este alto Tribunal, para cubrir la vacantes existentes.

¹ Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación 78, junio de 1994, 3ª. J., 18/94, p. 30.

Que la posesión sea en concepto de propietario es un criterio sustentado invariablemente por los Tribunales mexicanos y lo que constantemente se enfatiza, es que se haya entrado a la posesión del bien de que se trate en virtud de una causa diferente a aquellas que generan la posesión derivada:

“USUCAPIÓN. LA POSESIÓN QUE ADQUIERE Y DETENTA EL QUE EJERCITA LA ACCIÓN DEBE SER EN CONCEPTO DE PROPIETARIO.

De una interpretación armónica de los artículos 735, 736, 752, 753, 754 y 699 del Código Civil del Estado de Guerrero, se desprende que, uno de los requisitos que debe cumplir el poseedor del bien inmueble que pretende usucapir, lo es que la posesión que adquiere y detenta sea en concepto de propietario, es decir, que sin serlo realice actos de posesión como tal; por tanto, una persona que tiene la posesión derivada como, entre otras cosas, lo es un arrendatario, la posesión que éste tiene no es apta para usucapir, porque se trata de una posesión que no adquirió ni detenta en concepto de dueño sino que posee el bien en virtud de esa calidad de arrendatario; y sólo será apta la posesión para prescribir desde que el poseedor comience a poseer a nombre propio en concepto de dueño, o sea, que el término para la usucapión comienza a correr desde el día en que haya cambiado la causa de la posesión. Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito.”²

Otras importantes ejecutorias al respecto son las dos siguientes:

² Amparo Directo 206/96, Isidro Pineda Real, 2 de Mayo de 1996, Unanimidad de votos, Ponente: Joaquín Dzib Núñez, Secretario: José Luis Vázquez Camacho, Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo IV, Materia Civil, Tesis 578, p. 420.

“PRESCRIPCIÓN POSITIVA, POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO).

De los términos del artículo 911 fracción I del Código Civil, de la entidad, que dice: ‘911. La posesión necesaria para usucapir debe ser: I. En concepto de propietario;’..., se desprende la exigencia de que la posesión que se estime apta para prescribir sea en concepto de propietario, presupuesto legal que indiscutiblemente determina que no basta la simple intención de sentirse dueño de la cosa sino que son necesarios que se realicen actos y hechos susceptibles de ser apreciados por los sentidos que indiquen que se es el dueño o dominador de la cosa, lo que no puede tenerse así con la sola afirmación del promovente de que a la muerte de su padre que tenía una posesión derivada, él continuó en posesión del inmueble sintiéndose propietario. Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito”.³

“PRESCRIPCIÓN POSITIVA. NECESIDAD DE ACREDITAR LA CAUSA GENERADORA DE LA POSESIÓN. (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MICHOACÁN).

Una correcta interpretación del artículo 758 del Código Civil del Estado de Michoacán, debe de ser en el sentido de que, quien pretenda que se le declare en juicio, propietario de un inmueble por virtud de la posesión que ha estado ejerciendo sobre él, tiene que mencionar en la demanda la causa generadora de la misma y acreditarla durante el procedimiento, ya que lógicamente sólo de esa manera el juzgador estará en condiciones de determinar si la ‘adquirió’ y ‘disfrutó’ en concepto de dueño; de tal suerte que no basta que el interesado manifieste su origen, que detenta el bien con ese carácter y demuestre la ejecución de actos de dominio. Sin que

³ Amparo directo 319/93, Luciano Hernández Rocha, 4 de Mayo de 1993, Unanimidad de votos, Ponente: Raúl Solís Solís, Secretaria: Ma. del Rocío F. Ortega Gómez.

esa forma de entender el indicado precepto legal contraría la jurisprudencia número 1379 de la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el apéndice de 1917 a 1988, ya que la misma en su parte final exige que se haya 'comenzado a poseer en virtud de una causa diversa de la que origina la posesión derivada', lo cual indudablemente presupone, como ya se dijo, que el promovente exprese y justifique el motivo de su posesión. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito".⁴

"PRESCRIPCIÓN POSITIVA. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN CUANDO NO SE JUSTIFICA LA POSESIÓN EN CONCEPTO DE PROPIETARIO.

Conforme a lo establecido por el artículo 1151 del Código Civil para el Distrito Federal, la posesión necesaria para prescribir debe ser: en concepto de propietario, pacífica, continua y pública; por otra parte, el artículo 826 del citado ordenamiento dispone que sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción. De lo anterior se sigue que para justificar la posesión en concepto de propietario, no basta con revelar el origen de ésta, afirmando que se posee a título de dueño, sino que además se tiene que acreditar la ejecución de actos o hechos susceptibles de ser apreciados por los sentidos que de manera indiscutible y objetiva demuestren que el poseedor es el dominador de la cosa. Octavo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito".⁵

Son muy numerosas las ejecutorias que podemos encontrar en el mismo

⁴ Amparo directo 433/90, Consuelo Alcántar Cedillo y coagraviados, 8 de enero de 1991, Unanimidad de votos, Ponente: Héctor Federico Gutiérrez de Velasco Romo, Secretario: Antonio Rico Sánchez.

⁵ Amparo directo 263/93, René Mishan Pérez, 20 de Mayo de 1993, Unanimidad de votos, Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez, Secretario: Juan Manuel Hernández Páez.

sentido y no es el caso de presentar una retahíla de todas ellas (ni podríamos lograrlo). Creemos que en el centro del problema está la cuestión relativa a que el poseedor derivado no abuse de que tiene la detentación de la cosa y manibre para quedarse con ella. Es este un escrúpulo muy arraigado y difícil de remover, ampliamente justificado pero creemos que no debe ser radical y que debe admitir excepciones.

Empero, hagamos previamente una oportuna digresión para ocuparnos de los fines del Derecho.

III. Los fines del Derecho.

1. Exposición sintética sobre la Doctrina en cuanto a los fines del Derecho.

En el momento en que planteé el plan de investigación de la presente tesis profesional, si bien ya había concebido la idea que constituiría su espina dorsal, lo cierto es que el armazón que habría de rodear esa idea medular aún estaba por definirse, por lo cual los diferentes aspectos a ser abordados y desarrollados estaban en la fase de esbozo.

La investigación que realicé del tema, y que trajo consigo la profundización en sus numerosas facetas, me ha colocado en la necesidad de revisar a

fondo qué puntos o cuestiones deben ser destacados con mayor énfasis y qué otros no resultan tan importantes.

Creo ahora que lo referente a los fines del derecho y su vinculación con el tema de este trabajo recepcional, reviste una importancia básica, por lo que resulta indispensable abordarlo como paso previo a la ulterior fundamentación a que procederé, cuando exponga las razones por las cuales considero que debe admitirse que la posesión derivada pueda producir la prescripción adquisitiva.

Para la breve exposición sobre los fines del derecho a que enseguida se procederá, se toma como principal referencia, precisamente, la obra "Los Fines del Derecho"⁶, que equivale a la consulta de los principales autores que se han ocupado de la materia, porque reúne los puntos de vista que separadamente sustentan Luis Le Fur, entonces profesor de Filosofía del Derecho de París, Francia y, en algún momento anterior, Presidente del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica; José T. Delos, catedrático de la Facultad Libre de Lille, Francia, y Gustavo Radbruch, profesor de la Universidad de Heidelberg, Alemania.

⁶ Le Fur, Delos, Radbruch, Bien Común, Justicia, Seguridad, Los Fines del Derecho, Traducción de Daniel Kuri Brea, Manuales Universitarios UNAM, México 1981.

Se trata de tres genuinas luminarias de la Filosofía del Derecho, cuyos trabajos, seguidos de un debate a viva voz, fueron expuesto en el Tercer Congreso del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica, celebrado en Roma, Italia, en los años de 1937-1938, es decir, cuando estaba apunto de iniciarse la segunda guerra mundial.

Ciertamente de entonces a la fecha ha transcurrido ya más de medio siglo, pero las tesis de estos tres maestros, son las clásicas en la etapa moderna del tema y continúan siendo la fuente obligada de consulta para quien se adentra en el mismo.

En opinión de Kuri Breña, traductor y prologuista de dicha obra, los trabajos de los tres maestros “ofrecieron puntos de vista diferentes, coincidiendo el pensamiento francés, al cual se opuso la concepción del maestro alemán, y se suscitó una interesante y profunda discusión en la cual intervinieron Le Fur, de París; Julius Moor, de Budapest; Claude Dupasquier, de Neufchatel; Mircea Djuvara, de Bucarest y el R.P. Yves de la Brière”.⁷

No explica el maestro Daniel Kuri en qué disintieron los tres grandes juristas, pero podemos deducir de la lectura de sus aportaciones, que

⁷ Le Fur, Delos, Radbruch, op. cit., p. 10.

mientras los franceses Le Fur y Delos consideraron que no había oposición entre los tres fines del Derecho (bien común, justicia y seguridad jurídica) Radbruch estimó que tales fines se oponen. Pero no adelantemos.

Primeramente, veamos cuál es el contenido de los tres fines del derecho comentados, es decir, qué significan.

De los tres ilustres catedráticos en comentario, es J.T. Delos quien, al parecer, nos ofrece un concepto más técnico de bien común: "El bien común es el conjunto organizado de las condiciones sociales gracias a las cuales la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual"⁸.

Radbruch define al bien común con un criterio sociológico, así: "...es el bien de todos o, por lo menos, del mayor número de individuos posible, el bien de la mayoría, de la masa."⁹

Asimismo, Radbruch nos proporciona una noción de lo que debe entenderse por justicia. Comienza por afirmar que esa noción ya fue determinada de manera definitiva por Aristóteles, quien le atribuye el

⁸ Ibidem, p. 45.

⁹ Ibidem, p. 57.

significado de igualdad, “no tratamiento igual de todos los hombres y todos los hechos, sino aplicación de una medida igual. El tratamiento mismo será diferente en la medida en que difieren los hombres y los hechos; y habrá pues, no una igualdad de tratamiento absoluto, sino proporcional. He ahí la *iustitia distributiva* de Aristóteles. La *iustitia conmutativa* no es más que un caso de aplicación del principio de la *iustitia distributiva* aplicada a hombres que se consideran como iguales”.¹⁰

Para mejor comprensión de lo anteriormente expuesto, proporcionamos los conceptos de justicia distributiva y justicia conmutativa. La primera es “la que regula la proporción con que deben distribuirse los castigos y las recompensas”;¹¹ la segunda, “la que regula la proporción o igualdad que debe existir entre las cosas, cuando se dan o cambian unas con otras”¹².

En la justicia distributiva se da a cada quien lo que le corresponde; en la conmutativa se da un equivalente de lo recibido. Aunque desde ángulos diferentes, ambas categorías de justicia reposan sobre la idea de igualdad. Para la conceptualización de lo que es la seguridad (jurídica), expondremos de manera muy resumida las visiones que tienen de ella, respectivamente, J.T. Delos y G. Radbruch.

¹⁰ Ibidem, p. 59.

¹¹ Palomar de Miguel, Juan, Diccionario para Juristas, Mayo Ediciones, México 1981, p. 766.

¹² Idem.

Comienza Delos por aseverar que tanto la seguridad como la justicia forman parte del bien común, así como que ambas constituyen fines del derecho. Aclara a continuación, que “la seguridad y la justicia son profundamente diferentes”¹³; pero, ¿serán opuestas?

Aclara en seguida que no es de la naturaleza del derecho conciliar antinomias: “La justicia, bajo sus especies diversas, constituye la única materia de derecho positivo y es ella la que realiza la unidad entre los elementos heterogéneos entre los cuales el derecho positivo viene a buscar sus fines”.¹⁴

Caracterizando a la seguridad, J.T. Delos estima que “es la garantía dada a un individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en *seguridad* aquel (individuo en el Estado, Estado en la comunidad internacional) que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y por consecuencia *regulares*—conforme a la *regula*—, *legítimos*—conformes a la *lex*—”¹⁵.

¹³ Le Fur, Delos, Radbruch, op. cit., p. 46.

¹⁴ Ibidem, p. 46.

¹⁵ Ibidem, p. 47.

Reflexiona que la seguridad es una *noción societaria*, en tanto que está ligada a un hecho de organización social.

Recapitula, finalmente, que “la seguridad se entiende a la vez en un sentido *objetivo* y en un sentido *subjetivo* indisolublemente ligados...es que la seguridad es esencialmente una relación entre el individuo y un estado social objetivo, en el cual el individuo está incluido. La seguridad ‘pone en relación lo objetivo y lo subjetivo’; implica la confrontación de un sujeto, el individuo, con la armadura social objetiva que lo protege”.¹⁶

Dicho en otras palabras, “ La seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente”.¹⁷

Comentemos brevemente el pensamiento de J.T. Delos. Creemos que su concepción de la seguridad (jurídica) es restringida. Desde luego que lo que él caracteriza como la seguridad es exacto, o por mejor decir, parcialmente exacto; esto es, sí es la seguridad pero no toda la seguridad. Probablemente las circunstancias que entonces se vivían (se estaba en

¹⁶ *Ibidem*, p. 48.

¹⁷ Adame Gddard, Jorge, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo VIII, voz “seguridad jurídica”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, p. 98.

los umbrales de la segunda guerra mundial) influyeron de manera definitiva en las concepciones filosófico-jurídicas imperantes.

La seguridad, en una época de persecución debía consistir en una serie de protecciones para salvaguardar al individuo de la arbitrariedad estatal; dos gigantescos estados totalitarios, el nacional-socialista y el bolchevique se cernían intimidantes sobre las libertades individuales. Pero, falta a J.T. Delos, la noción de seguridad consistente en el proceso de consolidación de las situaciones de toda índole, susceptibles de afectar al individuo; aquel proceso que fragua las situaciones fácticas y las convierte en jurídicas, que trasmuta lo que al principio sólo era apariencia en realidad jurídica.

Por lo anterior, más completa nos parece la idea de seguridad que explica Radbruch, para quien "se puede concebir la seguridad de tres maneras. Se presenta desde luego como seguridad por el Derecho: es la seguridad contra el homicidio y el robo, es la seguridad contra los peligros de la calle.

En este sentido, la seguridad es un elemento del bien común, y no tiene, por tanto, nada que ver con nuestra materia. Nuestra segunda definición entiende por seguridad la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma de derecho, la prueba cierta de los

hechos de que depende su aplicación, y la ejecución cierta de lo que ha sido reconocido como derecho.

Nuestra tercera definición de la seguridad no es aplicada generalmente al derecho objetivo sino al derecho subjetivo, en donde es calificada de principios de los derechos adquiridos, pero este principio conservador, aun reaccionario, no tiene ninguna relación con nuestra materia".¹⁸

Tampoco la concepción de Radbruch nos parece del todo satisfactoria. La conclusión que se obtiene de lo que postula, es que para los efectos de ser considerada entre los fines del Derecho, la seguridad corresponde a la segunda acepción o sea la certidumbre del derecho, que hace consistir en la certidumbre del contenido del derecho en vigor, completada por la seguridad contra las modificaciones, es decir, las normas deben poseer estabilidad, "la seguridad contra las modificaciones del derecho arbitrarias y efectuadas en todo momento, o bien, y como ya hemos dicho, una cierta seguridad contra las modificaciones".¹⁹

Según nuestro criterio, faltó a Radbruch contemplar el otro lado de la moneda de la seguridad, o sea el relativo a la imagen que proyecta una

¹⁸ Le Fur, Delos, Radbruch, op. cit., p. 64.

¹⁹ *Ibidem*, Pp. 64 y 65.

determinada situación y que hace nacer para los terceros expectativas que deben ser respetadas, en virtud de que tales terceros, no indagan y analizan aspectos jurídicos, sino se dejan llevar por la apariencia que contemplan. Es de moral legislativa, respetar las expectativas de terceros que se involucran de buena fe en situaciones que en el orden normal de las cosas debieran satisfacer esas expectativas.

De una u otra manera se puede apreciar que el fin del Derecho no es único, sino que existe una pluralidad de fines; ahora bien, es discutible si tales fines se oponen o no entre sí. Podríamos responder que hay ambigüedad al respecto.

Ya decía Le Fur: “¿Pero el fin del derecho es el bien común, la justicia y la seguridad a la vez, o alguna de estas cosas si entre ellas existe oposición, o si, como se ha dicho varias veces, son entre ellas antinómicas? Yo creo, y espero poder demostrar, que la justicia y la seguridad, lejos de ser verdaderamente antinómicas, son más bien los dos elementos, las dos caras del bien común o del orden público que, bien comprendidas, tienen el mismo sentido...²⁰, etc”. Esta manera de pensar es compartida por J.T. Delos, como ya lo hicimos notar párrafos atrás.

²⁰ *Ibidem*, p. 15.

Reiteramos nuestra aseveración en el sentido de que hay ambigüedad en las posturas de los tres tratadistas analizados. En cuanto a Le Fur y Delos, ya antes hemos referido la afirmación de este último en el sentido de que “la seguridad y la justicia forman parte del bien común”²¹ y el agregado a continuación, según el cual “es evidente también que la seguridad y la justicia son profundamente diferentes”.²²

Esta explicación, nos parece, es tanto como decir que los citados fines del Derecho son iguales pero distintos, lo cual, aun atendiendo al matiz, no es mucho adelantar.

En cuanto a Radbruch, es más definido que sus contradictores, aunque del contexto de su exposición, como que se percibe en ciertos párrafos, es evidente la influencia de la tendencia unificadora. Inicia su exposición este jurista, con una fuerte y enfática toma de posición: “Cuatro viejos adagios hacen aparecer a nuestros ojos los principios supremos del derecho y al mismo tiempo las fuertes antinomias que reinan entre esos principios. He aquí el primero: *Salus populi suprema lex est*; pero ya un segundo adagio responde: *iustitia fundamentum, regnorum*: ¡No es el bien común el fin supremo del derecho, sino la justicia.

²¹ Ibidem, p. 46.

²² Idem.

Esta justicia, sin embargo, es una justicia suprapositiva, y no es la justicia positiva o más exactamente la legalidad, la que contempla nuestro tercer adagio así concebido: *fiat iustitia pereat mundus*; la inviolabilidad de la ley debe ser colocada por encima del bien común. A lo cual, en fin, el cuarto adagio objeta: *summum ius, summa iniuria*: la estricta observancia de la ley implica la injusticia más sublevante... Así, el *bien común*, la *justicia*, la *seguridad*, se revelan como los fines supremos del derecho. Estos fines no se encuentran, sin embargo, en una perfecta armonía, sino por el contrario, en un antagonismo muy acentuado".²³

Recapitula, hacia el final de su texto, que "El bien común, la justicia y la seguridad, ejercen un *condominiun* sobre el derecho, no en una perfecta armonía, sino en una antinomia viviente. La preeminencia de uno u otro de estos valores frente a otros, no puede ser determinada por una norma superior—tal norma no existe—sino únicamente por la decisión responsable de la época. El Estado de policía atribuía la preeminencia al bien común, el derecho natural a la justicia y el positivismo a la seguridad.

El estado autoritario inaugura la nueva evolución haciendo pasar de nuevo el bien común al primer plano; pero la historia nos enseña que el contragolpe dialéctico no dejará de producirse, y que nuevas épocas, al

²³ *Ibidem*, p. 57.

lado del bien común reconocerán a la justicia y a la seguridad un valor más grande que el que les atribuye el tiempo presente”.²⁴

Un excelente resumen conclusivo de las aportaciones de los maestros que han ocupado nuestra atención, formula el reconocido profesor de Neuchâtel Claudio Dupasquier: “La única divergencia esencial que se levanta entre las notables comunicaciones del R.P. Delos y el señor profesor Radbruch, concierne a la cuestión de las antinomias: en una armoniosa construcción, el R.P. Delos reduce el bien común, la justicia y la seguridad, a la unidad. Radbruch saca a la luz su conflictos posibles”.²⁵

2. Valoración y utilidad de la exposición precedente.

¿Cuál ha sido el objeto de la exposición resumida que hemos hecho, de los puntos de vista de los distinguidos juristas Le Fur, Delos y Radbruch, respecto de los fines del Derecho?

Simplemente destacar que la justicia no es el único fin del derecho y ni siquiera el más importante de ellos. Dejemos sentado asimismo, que compartimos la postura de Radbruch en el sentido de que habiendo una pluralidad de fines, pueden éstos entrar en conflicto, no obstante que

²⁴ Ibidem, p. 70.

²⁵ Ibidem, p. 75.

teológicamente coinciden en el propósito de hacer benéfica la actuación de la norma.

Es cierto que la justicia es la estrella polar que orienta al derecho y está en la base misma que lo sustenta; que suele ser la palanca que lo pone en movimiento, que lo motiva y lo valoriza. Pero eventualmente puede confrontarse con otros de los fines del derecho y entonces habrá que sacrificarla, si es el caso, para lograr una finalidad más valiosa.

En ocasiones se presentan en la realidad situaciones que juzgadas bajo la luz de la justicia deberían tener una cierta solución, pero que contempladas desde el ángulo de la seguridad jurídica admiten una muy diferente.

A veces, para resolver si debe prevalecer ya la justicia o ya la seguridad, se atiende a la apariencia que la situación en cuestión ofrece y, consecuentemente, las expectativas que la misma pudo haber despertado en el entorno donde ocurrió.

Dentro del Derecho de Familia, que es a no dudarlo la parte más progresista y dinámica del Derecho Civil (con el cual aún lo une un relajado cordón umbilical), encontramos situaciones en las que ya se ha

dado el paso que rompe con la tradición y adopta soluciones que se amoldan a criterios de seguridad y no de justicia. Veamos tres ejemplos:

1º. Por decreto de fecha 27 de diciembre de 1983, fue adicionada la fracción XVIII al artículo 267 del Código Civil (ahora reubicada como IX del mismo precepto, con la reforma en su redacción que en enseguida especificamos). La citada fracción XVIII establecía como causal de divorcio “La separación de los cónyuges por más de dos años, independientemente del motivo que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos” (a la fecha, la ya citada fracción IX conserva el mismo texto, pero rebaja el tiempo de duración de la separación a un año).

Esta causal quebranta el sistema que desde su aparición había seguido el Código Civil y que recoge en su artículo 278, al considerar que el “divorcio sólo puede ser demandado por el cónyuge que no haya dado causa a él...”; es decir, por el cónyuge inocente o sano, según la causal de que se trate.

Aquí, en el supuesto de la fracción XVIII, no se busca un cónyuge culpable (en este caso lo de cónyuge enfermo no tiene nada que ver) y la acción se concede indistintamente a uno u otro consorte. ¿Por qué ocurre así?

Sucede que la hipótesis legal consiste en que los cónyuges han dejado de cumplir con el deber de cohabitación, que consagra el artículo 163, también del Código Civil (“Los cónyuges vivirán junto en el domicilio conyugal”), lo cual es una situación anómala que conviene resolver, pues viviendo separadamente proyectan una imagen de soltería que podría estimular expectativas en terceros y hacerlos que se involucren con alguno de ellos en una relación irregular.

Hay que desatar esa vinculación; o permanecen casados y se reúnen, o bien, si prefieren estar separados, pues que se divorcien, pero es inadmisibile que permanezcan en la situación equívoca.

La facilidad que se da a los cónyuges para salir de la ambigüedad, es la causal de divorcio en cuestión. No se buscan culpables, no se indagan causas; simplemente se constata de manera objetiva la separación y su duración, y eso es suficiente para que se decrete el divorcio. Se trasmuta en regular la irregularidad, y ya.

Vemos que aquí se hace a un lado la justicia (¿cuál de los cónyuges dio lugar a la inconveniente situación?) y se opta por la seguridad jurídica (las cosas son tal como parecen).

2º. ¿Es justo que quienes no han satisfecho todos los requisitos y cumplido todas las formalidades que la ley establece para la unión matrimonial, tengan derechos y obligaciones simétricos a quienes sí lo han hecho? La respuesta lógica es que no, pues de otro modo, ¿para qué mantener la institución matrimonial?

Este modo de pensar, es decir, el de que los derechos y obligaciones inherentes a la calidad de cónyuge se reserven para quienes tengan ese estado legalmente, prevaleció durante mucho tiempo, pero con el advenimiento del Código Civil de 1928, se hizo reconocimiento del concubinato, unión extramatrimonial que cada vez ha ido generando mayores derechos y obligaciones para los miembros de la pareja que lo integran, hasta alcanzar su máxima expresión con la adición al ordenamiento legal citado, de los artículos 291 Ter. y 291 Quater. (D.O. de 25 de mayo de 2000):

“Art. 291 Ter. Regirán al concubinato todos los derechos y obligaciones inherentes a la familia, en lo que le fueren aplicables”.

“Art. 291 Quater. El concubinato genera entre los concubinos derechos alimentarios y sucesorios, independientemente de los demás derechos y obligaciones reconocidos en este Código o en otras leyes.”

Conforme al primero de los artículos transcritos, para el concubinato rigen todos los derechos y obligaciones familiares, lo cual nos autoriza a concluir que ahí se comprenden los relativos al matrimonio, porque ¿qué otros derechos y obligaciones (véase que son jurídicos, no éticos) pueden ser más importantes para los miembros de la pareja concubinaria?

El cuadro se completa cuando el segundo de los artículos especifica que los derechos son “alimentarios y sucesorios”, esto es, los propios de los cónyuges. Lo que el legislador ha hecho es equiparar a los concubinarios con los cónyuges.

Aquí de lo que se trata es dar seguridad jurídica a esa relación irregular que es el concubinato, porque crea una apariencia análoga a la de la unión matrimonial que, incluso, obliga a alimentar tras la cesación de la convivencia. Tales consecuencias son injustas para el concubinario obligado, que muy frecuentemente no se casó porque no quería las responsabilidades que ahora se le imponen, pero que las tiene como expresión de la voluntad jurídica de dar estabilidad a la unión concubinaria.

3º. ¿Es justo que se tenga por hijo a quien no lo es, tan sólo porque parece serlo? A diferencia de la modernidad de los dos casos anteriores,

el origen del que ahora nos ocupa se remonta al Derecho Romano. La prueba idónea mediante la cual actualmente el hijo demuestra su filiación, es el acta correspondiente del Registro del Estado Civil, pero el artículo 341 del Código Civil señala que "A falta de acta o si ésta fuere defectuosa, incompleta o falsa, se probara con la posesión constante de estado de hijo".

La posesión de estado se conforma, tradicionalmente, con el nombre (nomen), el trato (tractus) y la fama (fama); por ello el artículo 343 del Código Civil, refiriéndose a la prueba de la posesión de estado de hijo, establece:

"Art. 343. Si un individuo ha sido reconocido constantemente como hijo por la familia del padre, de la madre y en la sociedad, quedará probada la posesión de estado de hijo, si además concurre alguna de las circunstancias siguientes:

I. Que el hijo haya usado constantemente el apellido de los que pretenden ser su padre y su madre, con anuencia de éstos;

II. Que el padre o la madre lo hayan tratado como hijo, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento; y

III. Que el presunto padre o madre tenga la edad exigida por el artículo 361.”

Podría ser que alguien, sin ser hijo, probara que tiene la posesión de estado de tal y, por ejemplo, a la muerte del que supuestamente es su padre reclamara la herencia, excluyendo a auténticos consanguíneos del *de cuius*. Reiteramos, ¿sería justo?

Sin embargo, la ley da al posible hijo esa posibilidad, asegurándole la calidad que deriva de que venía actuando como descendiente, porque todos los reconocen y tratan como si lo fuera, y hay que dar firmeza a esa situación. Cabe reflexionar que el tema de los fines del derecho, se vincula frecuentemente con la teoría de la apariencia.

IV. ¿Porqué la posesión derivada, en ciertas circunstancias, debe dar lugar a la prescripción positiva?

1. Razones por las cuales debe permitirse la posesión adquisitiva aun tratándose de posesión derivada.

Es posible aseverar que toda la tradición y toda la legislación, Doctrina y práctica actuales, están en contra de permitir que mediante posesión derivada puede operar la prescripción adquisitiva. Existe en esto una rara

unanimidad; es extraño contemplar dentro del Derecho un consenso universal.

Empero, no debemos arredrarnos ante este panorama; recordemos que cuando se introdujo a la Constitución, en 1917, un capítulo dedicado exclusivamente a la materia laboral, ello produjo un cisma entre los constituyentes e incluso dio lugar a burlas; se dijo que ese proceder era absurdo, que jamás se había visto tal en el pasado y que era contrario a la técnica legislativa incorporar al texto de la Carta Magna disposiciones que deberían aparecer en un reglamento. Incluso el diputado Fernando Lizardi comentó irónicamente desde la tribuna camarál, que decir en el texto constitucional que la jornada no podría exceder de ocho horas, le quedaba “al artículo exactamente como un par de pistolas a un Santo Cristo”.²⁶

El enorme Heriberto Jara respondió que a algunos podría parecer “hasta ridícula”²⁷ esta proposición y luego expuso sólidos razonamientos para fundamentarla, mismos que resultaría excesivo reproducir ahora, pero que condujeron al que fue, quizá, el mayor y más imitado y perdurable acierto del Constituyente de 1917.

²⁶ Cfr. Dávalos, José, *Derecho Individual del Trabajo*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1985, p. 63.

²⁷ *Ibidem*, op. cit. P. 63.

Otro tanto podríamos decir de las innovaciones que en su momento fueron la incorporación al Código Civil, de la protección al concubinato (a la promulgación del Código Civil de 1928, en ese año) o la adición de la fracción XVIII al artículo 267 del mismo ordenamiento (es decir, también al Código Civil de 1928, pero por Decreto de 27 de diciembre de 1983). En ambos casos se dieron las sonrisas sardónicas y los comentarios hirientes, pero los preceptos ahí permanecen, dentro del ordenamiento legal, cumpliendo una función útil.

Volviendo al tema, de nuestro trabajo recepcional, recordemos que el artículo 826 del Código Civil, establece que sólo la posesión en concepto de dueño la posesión necesaria para prescribir debe ser en concepto de propietario. A esto debemos agregar que de acuerdo al artículo 791 no sería posesión en concepto de dueño sino derivada, la que tiene aquel que recibe de otro una cosa, adquiriendo "el derecho de retenerla temporalmente", como serían los casos del usufructuario, el arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro análogo.

Refiriéndose a la diferencia entre la posesión originaria y la derivada, Luis Arratíbel Salas y Francisco José Huber Olea, refieren que ésta radica en "el comportamiento que tienen las personas. En la primera, el individuo

sabe que es el propietario del bien y por ende se comporta como tal. En la segunda, el sujeto sabe que tiene la tenencia del objeto en virtud de que el dueño se lo ha permitido. Para pretender adquirir la propiedad por el paso del tiempo, será imposible que el poseedor derivado la obtenga, sin importar que tan largo sea el lapso que ha tenido la cosa”.²⁸

Como hasta ahora se encuentra la legislación, para que el poseedor derivado adquiriera una posesión apta para prescribir, es necesario que cambie la causa generadora de la posesión, por que de no ser así, se sigue poseyendo en el mismo concepto en que se adquirió:

“Art. 827. 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.”

Comprobar que ha operado este cambio es sumamente difícil, pero sobre todo lo extraordinario es que en la realidad lo haya. Dicho en otros términos y en forma descarnada, el precepto de facto obliga al poseedor derivado de muchos años, que ha venido actuando como si fuera propietario en ausencia de un dueño que ha desaparecido, a mentir,

²⁸ Arratibel Salas, Luis Gustavo y Huber Olea, Francisco José, Código Civil para el Distrito Federal, Comentado, Concordado y con Tesis de Jurisprudencia, Tomo I, Editorial Sista, México, 2004, p. 545.

afirmando “me lo vendió” o “me lo regalo”, o algo parecido, cuando bien podía autorizar la adquisición bajo condiciones rigurosas pero legales. Tal vez el dispositivo no fuera justo, pero sin duda crearía seguridad jurídica.

La permisión de que hablamos se justifica a la luz de la Teoría Objetiva de la posesión, que es la recogida por el Código Civil, recepción que se ha hecho patente al permitir que sea eficaz para adquirir por prescripción, la posesión obtenida mediante violencia e, incluso, lo que es extremo, mediante delito. En cuanto a la posesión violenta, el artículo 1154 dispone:

“Art. 1154. Cuando la posesión se adquiere por medio de violencia, aunque ésta cese y la posesión continúe pacíficamente, el plazo para la prescripción será de diez años para los inmuebles y de cinco para los muebles, contados desde que cese la violencia.”

El criterio de los tribunales ha sido en el sentido de que la posesión violenta se purga tan pronto como cese ésta:

“PRESCRIPCIÓN POSITIVA, A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE CESA LA VIOLENCIA, PROCEDE COMPUTAR EL TÉRMINO PARA QUE OPERE LA.

De lo dispuesto en los artículos 823 y 1154 del Código Civil, se advierte que la posesión violenta se purga por el simple hecho de que cese la

violencia. En consecuencia, uno de los elementos de la acción de prescripción positiva es que la posesión inicialmente violenta, en un momento determinado haya dejado de serlo por haber pasado a ser pacífica y que desde entonces se haya mantenido así durante el término legal necesario para producir la prescripción; por tanto, el poseedor debe argüir y demostrar en el juicio, que la posesión que obtuvo violentamente, a partir de cierto momento cesó, pues es necesario que tal circunstancia forme parte de la litis, para que el juez, una vez justificado este hecho, considere que desde ese momento comenzó la posesión (apta para prescribir)".²⁹

Respecto de la posesión delictuosa, el artículo 1155 establece:

“Art. 1155. La posesión adquirida por medio de un delito se tendrá en cuenta para la prescripción, a partir de la fecha en que haya quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal, considerándose la posesión como de mala fe.”

En ocasiones el origen de la posesión puede ir más allá de la violencia e, incluso, caer dentro del ámbito de lo penal: es la posesión delictuosa. Del texto del artículo 1155 se aprecia con toda claridad que la posesión que se obtiene incurriendo en delito, queda purgada cuando ha quedado extinguida la pena o prescrita la acción penal; es a partir de ese momento

²⁹ Amparo en Revisión 480/88: Efraín Ochoa, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, Segunda Parte 2, Enero a junio de 1988, p. 505.

que empieza a correr el término para la prescripción, el cual se prolonga por el tiempo previsto para los casos de posesión de mala fe, o sea por diez años tratándose de inmuebles (artículo 1152, fracción III) o cinco años, si lo que se adquiere por posesión es mueble (artículo 1153, in fine).

No obstante la evidente nitidez de los artículos 1154 y 1155, el criterio judicial contenido en algunas ejecutorias, tras de reconocer que en nuestro Derecho prevalece la Teoría Objetiva, es en el sentido de que en los supuestos de adquisición violenta o delictuosa de la posesión, el poseedor debe haber entrado a esa posesión y disfrutarla posteriormente en concepto de propietario, lo cual es absurdo, ¿cómo podría el agresor o el ladrón decir que su posesión la obtuvo en concepto de dueño y así la siguió teniendo?

Al respecto es ilustrativa la siguiente ejecutoria:

“PRESCRIPCIÓN POSITIVA EN CASO DE DELITO.

El Código Civil actual ha superado el sistema en la regla general del artículo 1151 y ha tomado en cuenta la teoría objetiva de la posesión para permitir que aún los casos de delito o de violencia (artículos 1154 y 1155) se pueda usucapir a partir del momento en que cesen los efectos de la ilicitud, siempre que se entre a la posesión y disfrute de la misma en concepto de dueño, es decir, como propietario de la cosa; requisitos sin

los cuales ni en el caso de la buena fe ni en el de la mala fe se puede producir usucapión”.³⁰

En el caso de la posesión lograda mediante delito, según el artículo 1155, para que esa posesión sea útil a los efectos de la prescripción adquisitiva, es preciso que la pena haya quedado extinguida o bien, prescrita la acción penal.

¿Cómo se extinguirá la pena?. Pues mediante el cumplimiento de la misma por el reo o bien por prescripción si no fue aprehendido. La acción penal queda extinguida por el transcurso del tiempo, en los plazos que se contarán en los términos señalados en el artículo 108 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal y cuya duración será la que determine el artículo 111 del mismo ordenamiento legal.³¹

³⁰ Amparo Directo 1085/59, Ponente : Gabriel García Rojas, Sexta Época, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXIX, Cuarta Parte, Noviembre de 1959, p. 178.

³¹ “ Artículo 108, (Plazos para prescripción de pretensión punitiva). Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva serán continuos; en ellos se considerará el delito con sus modalidades y se contarán a partir de:

- I. El momento en que se consumó el delito, si es instantáneo;
- II. El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente;
- III. El día en que se realiza la última conducta, si el delito es continuado;
- IV. El momento en que realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida, si se trata de tentativa; y
- V. El día en que el Ministerio Público de la adscripción haya recibido el oficio correspondiente, en los casos en que se hubiere librado orden de reaprehensión o presentación, respecto del procesado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

“ Artículo 111, (Prescripción de la pretensión punitiva según el tipo de pena). La pretensión punitiva respecto de delitos que se persigan de oficio prescribirá:

- I. En un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de la libertad, incluidas las modalidades del delito cometido, pero en ningún caso será menor de tres años.

Esta regla se aplicará cuando la pena privativa de la libertad esté señalada en forma conjunta o alterna con otra diversa.

- II. En un año, si el delito se sanciona con pena no privativa de la libertad.

Es claro que las hipótesis de posesión violenta o delictuosa son muy graves y totalmente contrarias a Derecho; sin embargo, el legislador permite que, con largos lapsos, puedan dar lugar a la prescripción positiva. ¿Porqué se niega esta posibilidad a la posesión derivada o precaria?

Creemos que por temor a que quien da en arrendamiento, comodato, usufructo, etc. pueda llegar a perder su propiedad, cuando un poseedor precario abusivo manibre para despojarlo aduciendo prescripción adquisitiva sobre el bien que le fue entregado. Hay cierta justificación para esa reticencia, pero no es así como debe procederse en Derecho; se debe actuar suponiendo la buena fe, aunque incluyendo precauciones.

Pensamos que los supuestos de posesión violenta o delictuosa revisten tal gravedad, que debieran ser tratados con mayor rigor que el caso del poseedor derivado, a quien debiera permitírsele que adquiriera por prescripción adquisitiva bajo las circunstancias que precisaremos en el punto siguiente.

Bien podría alegarse que no es justo que alguien pierda por el transcurso del tiempo, lo que entregó de buena fe a un poseedor precario, pero aquí lo que sostenemos es que la legislación en este supuesto no debe

perseguir justicia sino seguridad jurídica, cuando, por una parte, el propietario después de haber entregado el bien, se desentiende totalmente de él y es ilocalizable; el poseedor precario bien intencionado, por otra parte, no puede dar con el propietario (o poseedor originario) por más esfuerzos que hace, y los terceros, por una más, perciben a quien tiene en su poder el bien, como dueño del mismo.

La prescripción adquisitiva, desde el ángulo del propietario que la pierde, es una sanción que la ley le impone por su negligencia para reclamar lo suyo. Esto, que es genérico, también se surte tratándose del poseedor originario no propietario.

V. Propuesta de reforma a los artículo 826 y 1151, fracción I, así como adición del artículo 826 bis al Código Civil.

Nuestra propuesta, es en el sentido de que se reformen los artículo 826 y 1151, fracción I, del Código Civil, para quedar de la siguiente manera:

Art. 826. Sólo la posesión que se adquiere y disfruta en concepto de dueño de la cosa poseída puede producir la prescripción, excepto en el caso del artículo 826 bis.

Art. 1151. La posesión necesaria para prescribir debe ser:

- I. En concepto de propietario, salvo el caso del artículo 826 bis.

Además, deberá adicionarse al ordenamiento legal señalado, el artículo 826 bis, con el siguiente texto:

Art. 826 bis. El poseedor derivado inicia el tiempo hábil para adquirir por prescripción cuando hubieren transcurrido cinco años desde que tuvo la última comunicación o se tuvo la última noticia del poseedor originario, de su representante o de su causahabiente.

Como puede apreciarse de la redacción del artículo 826 bis que se propone, se da el largo plazo de un lustro para que empiece a correr el tiempo de la prescripción a favor del poseedor derivado, a condición de que dentro del lapso de cinco años señalados no tenga comunicación alguna con el poseedor originario (propietario o no) ni tampoco durante el mismo período se haya tenido noticia de él, es decir, se desconozca su paradero, y tampoco haya comparecido su representante (no se especifica, a propósito, si lo es por ley o voluntario, para que incluya a ambos) o bien su causahabiente (si es que trasladó la propiedad del bien, ya sea *intervivos* o *mortis causa*).

No se trata en la especie de un caso de ausencia, sino del desconocimiento del paradero de la persona (lo que deberá probarse en el juicio relativo) exclusivamente para los efectos de la prescripción. Se aclara que el cómputo de los cinco años se inicia desde que el poseedor derivado tuvo su último contacto con el originario; es decir, que él personalmente tuvo ese contacto y no por medio de otra persona.

También se agrega que durante el referido período tampoco debe haber tenido noticia del poseedor originario; ahora ya no es una vinculación personal sino algo indirecto: lo importante es que el poseedor derivado no haya tenido oportunidad de contactar a la persona de quien recibió el bien y entregarlo a ésta o cumplir otras obligaciones, por ejemplo, pagar la renta si es arrendatario. *Mutatis mutandis*, otro tanto se puede aplicar tratándose del representante o del causahabiente del poseedor originario.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Tres son las principales teorías que explican la posesión: la teoría subjetivista, sostenida principalmente por Friedrich Karl von Savigny; la teoría objetivista sustentada por Rudolf von Ihering, y la teoría ecléctica que encuentra su expositor más definido en Raymond Saleilles.

SEGUNDA. La teoría subjetivista se basa en la apropiación jurídica, separando *animus* y *corpus*; el *corpus* es la detentación y el *animus* la intención de poseer en calidad de propietario; el *animus* se presume en base al justo título. La teoría objetivista se funda en el vínculo de explotación económica; *corpus* y *animus* son inseparables, presumiéndose el segundo, salvo disposición legal en contrario. La tesis ecléctica se funda en la apropiación económica; el *corpus* se manifiesta en los actos que hacen evidente la apropiación económica de la cosa y el *animus* se presume en base a la causa generadora de la posesión.

TERCERA. Los códigos civiles de 1870 y 1884, que tuvieron vigencia en el Distrito Federal, debido a la influencia que resintieron del Código Napoleón (a través del Proyecto de Código Civil español de García Goyena), se orientaron según la teoría subjetivista. En cambio, el Código Civil vigente (de 1928, adoptado el 25 de mayo de 2000 para el Distrito Federal), inspirado en los de Alemania y Suiza, sigue la tesis objetivista.

CUARTA. El actual Código Civil admite los tres siguientes conceptos: posesión originaria, posesión derivada y detentación. Poseedor originario es el propietario de la cosa o el que la posee a título de tal; poseedor derivado es quien posee la cosa en virtud de un acto jurídico no traslativo de dominio, y detentador quien tiene la cosa en virtud de la situación de dependencia en que se encuentra respecto del titular de ella, vg. aquel a quien se encarga que la cuide.

QUINTA. Conforme al artículo 1135 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, el concepto prescripción da cabida a dos fenómenos completamente diversos, consistente el primero (prescripción

positiva) en una forma de adquirir bienes y el segundo (prescripción negativa), en una forma de liberarse de obligaciones, en ambos casos mediante el transcurso del tiempo y siempre que se satisfagan los requisitos legales. Es obvio que este proceder es inconveniente porque genera confusión; deberían denominarse de manera diferente. En Doctrina a la prescripción positiva, siguiendo la tradición romana, se le suele designar como *usucapión*.

SEXTA. La prescripción positiva es una institución jurídica cuya virtud es, mediante el transcurso del tiempo y con satisfacción de ciertos requisitos, convertir al poseedor en propietario. De estos requisitos, el que resulta de mayor relevancia para el presente trabajo recepcional, es el relativo a que quien pretende adquirir por prescripción posea en concepto de propietario.

SÉPTIMA. En virtud del requisito referido en la conclusión precedente, el poseedor precario jamás podrá adquirir por prescripción. Respecto de lo anotado están acordes la legislación, la doctrina y la práctica judicial de nuestro medio.

OCTAVA. El Derecho posee una pluralidad de fines, siendo los principales el bien común, la justicia y la seguridad jurídica. Se discute si estos fines están en perfecta armonía o si eventualmente podrían entrar en conflicto. Nos adherimos a la postura conforme a la cual no siempre son compatibles y en ocasiones pueden confrontarse, en cuyo supuesto alguno de ellos tendrá que prevalecer.

NOVENA. Aunque tradicionalmente el reinado de los fines del Derecho se ha conferido a la justicia, modernamente se ha ido valorando cada vez más a la seguridad jurídica. En el cuerpo de esta tesis exponemos algunos ejemplos relativos a hipótesis que postergan a la justicia en beneficio de la seguridad jurídica.

DÉCIMA. En nuestra legislación, llevando a extremos la aplicación de la teoría objetiva, se permite que la posesión adquirida violentamente o mediante delito sea apta para prescribir, lo cual estimamos constituye un acierto, porque es conforme con la realidad.

DÉCIMAPRIMERA. Proponemos que también, en aplicación de la tesis objetiva y haciendo predominar en el caso el fin seguridad jurídica sobre el de la justicia, se reformen los artículos 826 y 1151, fracción I, y se adicione el que podría ser artículo 826 bis, a efecto de que se permita adquirir por prescripción al poseedor derivado, iniciándose el tiempo hábil para ello, cuando hayan transcurrido cinco años desde que tuvo el último contacto o se tuvo la última noticia del poseedor originario, de su representante o de su causahabiente, lo que el interesado deberá probar en el juicio relativo.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo, *Segundo Curso de Derecho Civil (Bienes, Derechos Reales y Sucesiones)*, Editorial Porrúa, 4ª Edición, México 1980.

AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y DERBEZ MURO, Julio, *Panorama de la Legislación Civil de México*, Instituto de Derecho Comparado, UNAM 1960.

ÁLVAREZ, José María, *Instituciones de derecho real de Castilla y de Indias*. Edición facsimilar de la reimpresión mexicana de 1826, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 1982.

ARRATÍBEL SALAS, Luis Gustavo y HUBER OLEA, Francisco José, *Código Civil para el Distrito Federal, Comentado, Concordado y con Tesis de Jurisprudencia*, Tomo I, Editorial Sista, México 2004.

BARROSO FIGUEROA, José, *La Posesión y la Prescripción*, Apuntes de clase, México, C.U.

BONNECASE, Julien, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Traducción por Cajica JR., José M. Distribuidor Porrúa Hnos. y Cia. México.

BONNECASE, Julien, *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Colección Clásicos de Derecho, Editorial Harla, México 1993.

DÁVALOS, José, *Derecho Individual del Trabajo*, Editorial Porrúa, S.A., México 2001.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *Derecho Civil (Parte general, Personas, Negocio Jurídico e Invalidez)*, Editorial Porrúa, México 1990.

GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *El Patrimonio*, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 1990.

IBARROLA, Antonio de, *Cosas y Sucesiones*, Editorial Porrúa, México 1981.

LE FUR, DELOS, RADBRUCH, CARLYLE, *Los Fines del Derecho, Bien Común, Justicia, Seguridad*, Traducción de Daniel Kuri Breaña, Manuales Universitarios, UNAM, México 1981.

LEMUS GARCÍA, Raúl, *Derecho Romano (Personas, Bienes y Sucesiones)*, Editorial Limsa, México 1964.

MAGALLÓN IBARRA, Jorge Mario, *Instituciones de Derecho Civil*, Tomo IV, Derechos Reales, Editorial Porrúa, S.A., México 1990.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Estudios del Código Civil, Tratado de las Cosas*, Tomo II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México 2004.

MOTO SALAZAR, Efraín y MOTO, José Miguel, *Elementos de Derecho*, Editorial Porrúa, México 2002.

MORINEAU IDUARTE, Marta e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, *Derecho Romano*, Editorial Harla, México.

PETIT, Eugenio, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Calleja, S.A., Madrid 1951.

PLANIOL, MARCEL Y RIPERT, Georges, *Tratado Elemental de Derecho Civil, Los Bienes, Tomo III*, Segunda edición, Cárdenas editor y distribuidor, México 1991.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Tomo Tercero, Bienes, Derechos Reales y Posesión, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, Editorial Porrúa, S.A., México 1995.

VON IHERING, Rudolf, *La Posesión (teoría simplificada)*, Traducción directa del alemán, revisada y corregida por G. POSADA, Adolfo, Editorial Atalaya, Buenos Aires 1947.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

LEGISLACIONES

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil Federal

Código de Procedimientos Civiles para el D.F.

DICCIONARIOS

Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, 1ª y 13ª ediciones, México.

ESPASA CALPE, *Diccionario Jurídico*, Edición Espasa Calpe, S.A., Madrid 2001.

GUTIÉRREZ ALVIZ Y ARMANDO, Faustino, *Diccionario de Derecho Romano*, Editorial Reus, S.A., 2ª edición, Madrid s/f.

PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Ediciones Mayo, México 1981.

PUBLICACIONES ELECTRÓNICAS

CD IUS 2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CD Acciones Civiles de Prescripción Adquisitiva 2004, Jurisprudencia y Tesis Aisladas Relacionadas, Raúl Juárez Carro Editorial, S.A., de C.V.